

Univerzita Karlova v Praze  
Právnická fakulta

Michal Stanek

# **NÁHRADA ŠKODY V INVESTIČNÍCH SPORECH**

**Diplomová práce**

Vedoucí diplomové práce: Doc. JUDr. Vladimír Balaš, CSc.

Katedra mezinárodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 22. ledna 2016

## **Prohlášení**

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

V Praze dne 22. ledna 2016

---

Michal Stanek

## **Poděkování**

Na tomto místě bych velmi rád poděkoval doc. JUDr. Vladimíru Balašovi, CSc. za veškerou podporu nejen ve spojení s touto diplomovou prací. Následně bych také rád poděkoval všem těm, se kterými jsem se setkal při soutěži Foreign Direct Investment International Arbitration Moot, která ve mně vzbudila zájem o obor a připravila mi četné krásné zážitky. Také bych chtěl poděkovat své rodině a přítelkyni za morální podporu po dobu psaní této práce.

## Obsah

Úvod.....	1
1. Historický vývoj mezinárodního práva zahraničních investic a systému řešení investičních sporů .....	4
2. Současný stav systému řešení investičních sporů.....	13
3. Pojmy „investor“ a „investice“ .....	17
3.1. Pojem „investor“.....	18
3.2. Pojem „Investice“ .....	18
4. Povaha investičních sporů .....	21
4.1. Mezinárodní investiční arbitráž .....	22
4.2. Konečnost rozhodnutí v mezinárodní investiční arbitráži .....	24
4.3. Uznání a výkon rozhodnutí investičních tribunálů .....	25
4.4. Zrušení rozhodčího nálezu.....	27
5. Prameny práva náhrady škody v investičních sporech .....	28
5.1. Obyčejové mezinárodní právo .....	29
5.1.1. Články o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání .....	30
5.1.2. Rozhodnutí mezinárodních soudů a tribunálů .....	33
5.1.3. Rezoluce Valného shromáždění OSN.....	33
5.2. Bilaterální smlouvy o ochraně investic.....	34
5.3. Rozhodnutí mezinárodních investičních tribunálů .....	36
6. Náhrada škody v investičních sporech obecně .....	37
6.1. Náhrada škody a kompenzace.....	38
6.2. Náhrada škody v systému nápravných prostředků .....	39
6.3. Vztah restituce a kompenzace.....	40
6.3.1. Restituce ve formě nepeněžitého plnění .....	41
7. Nahraditelná škody .....	43

7.1.	Existence škody .....	46
7.1.1.	<i>Damnum emergens a lucrum cessans</i> .....	46
8.	Žalobní důvody .....	48
8.1.	Vyvlastnění .....	49
8.1.1.	Přímé vyvlastnění .....	50
8.1.2.	Znárodnění .....	50
8.1.3.	Nepřímé vyvlastnění .....	50
8.1.4.	Plíživé vyvlastnění .....	50
8.1.5.	Regulatorní vyvlastnění .....	51
8.1.6.	Vyvlastnění a kompenzace .....	51
8.2.	Porušení mezinárodního práva.....	52
8.2.1.	Spravedlivé a rovné zacházení.....	53
8.2.2.	Další žalobní důvody .....	55
8.3.	Porušení smlouvy s investorem .....	56
9.	Přičitatelnost jednání státu .....	57
10.	Kauzální nexus.....	58
11.	Dokazování v otázkách náhrady škody .....	61
11.1.	Důkazní břemeno a důkazní standard .....	62
11.2.	Dokazování <i>prima facie</i> .....	64
12.	Výše náhrady škody.....	65
12.1.	Bezodůvodné obohacení či škoda vzniklá investorovi .....	66
12.2.	Omezení výše nahrazované škody .....	68
12.2.1.	Spoluzavinění investora .....	68
12.2.2.	Nesplnění povinnosti minimalizovat škodu po jejím vzniku.....	70
12.2.3.	Omezení plynoucí z veřejné povahy státu .....	71
13.	Okolnosti vylučující protiprávnost .....	72

13.1.	Stav nouze .....	73
13.1.1.	Stav nouze dle obyčejového mezinárodního práva .....	74
13.1.2.	Stav nouze podle smlouvy o ochraně investic .....	76
13.2.	<i>Force majeure</i> .....	78
13.3.	Okolnosti vylučující protiprávnost a kompenzace .....	79
	Závěr .....	81

# Úvod

Mezinárodní investice představují v dnešní globální ekonomice mimořádně významný a dynamický faktor.<sup>1</sup> Postupné zvyšování objemu mezinárodního obchodu a investičních aktivit, které přinesla globalizace, současně se stále se zvyšujícím počtem bilaterálních a multilaterálních smluv o ochraně investic a sporů z nich plynoucích, zapříčinilo rozvoj mezinárodního investičního práva nejen jako atraktivní právní disciplíny, ale i jako součásti obchodní strategie podniků.

Strukturování zahraničních investic a znalost této oblasti práva může často předejít sporům s hostitelským státem či může vést k plné náhradě škody za protiprávní jednání daného státu. Je to právě náhrada škody, která tvoří, zároveň s konečností a vykonatelností rozhodčích nálezů, základ investičních sporů.

Náhrada škody představuje hlavní znak investičních sporů. Nic nezpůsobí tak zápornou reakci veřejnosti na fungování mezinárodního práva jako náhrada škody, která je vnímána jako přemrštěná a která není založená na uspokojivém odůvodnění.<sup>2</sup> Přesně tuto reakci jsme mohli sledovat například v případě rozhodnutí *CME v Czech Republic*, kde došlo přesně k výše popsané situaci a „zdiskreditování“ systému řešení investičních sporů.

Problematika náhrady škody je v česky psané literatuře značně zanedbaná, i přes fakt že Česká republika je třetím nejžalovanějším státem na světě. Ani zahraniční literatura však nepodává ucelený pohled na danou problematiku, snad s výjimkou předního díla Ripinského a Williamse, kteří se ve své knize *Damages in International Investment Law* snaží tuto situaci napravit v komplexním díle.<sup>3</sup> S ohledem na české právní prostředí se ovšem jedná o publikaci, která do značné míry vychází z chápání náhrady škody dle anglického smluvního práva, ke kterému jsou standardy mezinárodního práva přirovnávány.

Proto jsem považoval za přínosné o daném tématu pojednat v českém jazyce se

---

<sup>1</sup> ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů* (2. vydání, Linde, Praha, 2008), s. 175.

<sup>2</sup> WÄLDE, Thomas W., SABAHI, Borzu. Compensation, Damages and Valuation v MUCHLINSKI, ORTINE, SCHREUER (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2008) 1049 – 1124, s. 1054 – 1055.

<sup>3</sup> RIPINSKY, Sergey, WILLIAMS, Kevin. *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law, 2008). Mimo zmíněnou práci samozřejmě existuje literatura rozsáhlá, vždy se však týká partikulárnějších otázek.

snahou přiblížit koncepty fungující v rámci náhrady škody v investičních sporech i absolventům a studentům českého práva. Z důvodu neexistence české literatury na toto téma bylo v rámci této práce nutné pojednat o tématu poněkud širěji, aby se čtenář přiblížil chápání této velmi zajímavé problematiky jako celku. Bez chápání náhrady škody v investičních sporech právě v celkovém kontextu mezinárodního práva zahraničních investic nelze toto téma správně uchopit, což může vést k zjednodušeným, avšak ne vždy správným závěrům.

Cílem této práce je tedy seznámit čtenáře s problematikou investičních sporů a náhradou škody v jejich kontextu. Proto jsem považoval za přínosné otázku náhrady škody v investičních sporech rozdělit do dvou základních otázek: (i) co je investičním sporem; a (ii) jak v systému investičních sporů funguje institut náhrady škody.

Vzhledem k tomu, jak obsáhlé zadané téma je, jsem při zpracování této práce přistoupil k užití metody analýzy – tedy rozdělení základních otázek na otázky partikulárnější. Podle mého názoru tato metoda nejlépe slouží účelu vysvětlit, jakým způsobem systém investičních sporů funguje a jakou roli v něm hraje institut náhrady škody. Analytická metoda totiž umožňuje věnovat se detailněji jednotlivým zásadním otázkám fungování investičních sporů, z čehož následně umožňuje porozumět otázkám náhrady škody v těchto sporech právě v souvislostech a celkovém kontextu.

Z uvedených důvodů se pro zodpovězení základních otázek následující text člení do třinácti kapitol. V první kapitole je zkráceně představen historický vývoj sporů vzniklých ze zahraničních investic, aby byly čtenáři představeny alternativy k současnému systému a důvody vzniku a existence systému investičních sporů, jak jej vidíme dnes.

Ve druhé kapitole se věnuji současnému stavu systému investičních sporů. Zde představím širší kontext investičních sporů a jejich rozsah. Obsahem této kapitoly je krátké představení systému řešení investičních sporů a jeho postavení v rámci řešení sporů v mezinárodním právu.

Kapitola třetí pojednává o pojmech „investor“ a „investice“ a předkládá jejich tradičně používané definice. Tato analýza má význam zejména s ohledem na stanovení okruhu subjektů, které mají právo požívat ochranu systému investičních sporů, a jejich majetku, který může být předmětem náhrady škody.

Kapitola čtvrtá se věnuje analýze investičních sporů z právního hlediska a má za



cíl přiblížit jejich fungování a úskalí, která se pojí se současným systémem řešení sporů. Zejména se věnuje povaze mezinárodní investiční arbitráže a poskytuje přehled jejích výhod a nevýhod.

Po těchto čtyřech kapitolách věnujících se investičním sporům následují kapitoly pojednávající o náhradě škody. Přírozeným a logickým začátkem je stanovení pramenů práva, které mohou být aplikovány v rámci práva náhrady škody v investičních sporech. Těm se tedy věnuje kapitola pátá.

Kapitola šestá již detailněji popisuje náhradu škody jako institut mezinárodního práva zahraničních investic. V této kapitole jsou představeny základní principy náhrady škody.

Kapitola sedmá předkládá obecný rámec nahraditelnosti škody a stanovuje základní předpoklady pro možnost náhrady škody. Věnuje se také prvnímu předpokladu náhrady škody v investičních sporech – existenci škody.

Následující kapitola osmá pak pojednává o žalobních důvodech, které investoři využívají při požadavku na náhradu škody, a přičitatelnosti jednání státu, jakožto předpokladům možnosti přiznat náhradu škody.

Kapitola devátá se zabývá otázkou přičitatelnosti jednání žalovanému státu a v této souvislosti konzultuje obyčejové mezinárodní právo jako rozhodné právo v tomto ohledu.

Kapitola desátá se věnuje otázce příčinné souvislosti mezi vznikem škody a jednáním státu. Tato otázka není v současné době uspokojivě řešená investičními tribunály, proto kapitola desátá poskytuje přehled různých standardů, které byly v investičních sporech aplikovány.

Kapitola jedenáctá pojednává o problematice dokazování v souvislosti s požadavkem na náhradu škody a představuje základní principy a praktické dopady současného pohledu na dokazování v investičních sporech se zaměřením na náhradu škody.

V kapitole dvanácté představují otázky výše náhrady škody a jejích možných omezení. Tato kapitola záměrně nepojednává o různých metodách kalkulace, ale věnuje se obecnějšímu rámci právních otázek spojených s výší náhrady škody.

Poslední třináctá kapitola se věnuje okolnostem vylučujícím protiprávnost jako faktoru omezujícímu náhradu škody jako takovou.

V těchto třinácti kapitolách tedy v obecné rovině představují náhradu škody v investičních sporech. Procházejí investiční spory v jejich historickém kontextu a představují náhradu škody a její postup od počátku, tedy od faktického jednání státu, přes žalobu a předpoklady nahraditelnosti škody, až po omezení její výše v rámci úvah rozhodujícího tribunálu.

## **1. Historický vývoj mezinárodního práva zahraničních investic a systému řešení investičních sporů**

Předtím než se tato práce začne věnovat aktuálním otázkám investičních sporů a náhrady škody, je nutné ve zkratce pojednat o historickém vývoji tohoto odvětví. Tato nutnost pramení z jedinečného postavení mezinárodního práva zahraničních investic, které se může bez historického exkursu zdát neopodstatněné a nevázané na obyčejové mezinárodní právo, čímž by mohlo docházet k jeho zkreslení, jak jej můžeme často pozorovat nejen ve veřejných debatách o otázkách projednávané transatlantické dohody mezi Evropskou unií a Spojenými státy americkými.

Dalším důvodem pro zahrnutí historického vývoje je potřeba postavit současný systém řešení investičních sporů do kontrastu s formami řešení sporů, které existovaly v minulosti. Oba důvody tedy vedou k tomu, že pro pochopení současného systému a jakési „smíření se“ s některými jeho chybami, je nutné si uvědomit alternativy, které k současnému systému existují.

Přesný okamžik vzniku ochrany mezinárodních investic a investorů proti jednáním hostitelských států není možné určit, ale tato ochrana sahá velmi daleko do historie. Historicky, jak je známo, existoval jeden hlavní mechanismus řešení sporů – válka. Válka jako prostředek řešení otázek práva má historicky nezpochybnitelné postavení. Její náklady a výsledky ovšem nepředstavují systém efektivního řešení sporů a už vůbec ne řešení spravedlivého. Neexistuje lepší argument proti válce než ten, že válka sama o sobě nikdy nic nevyřešila. Naopak jakákoli válka vždy končí setkáním rady, která uzavře mírovou smlouvu.<sup>4</sup>

Po Vestfálském míru (1648) vývoj mezinárodního práva zakotvil právo cizinců

---

<sup>4</sup> RICHARD, Henry, M.P. The Recent Progress of International Arbitration, dokument přednesený na konferenci asociace pro reformu a kodifikaci práva národů v Kolíně nad Rýnem v pátek 19. srpna 1881 (Wertheiner, L.B.A and Co, Printers, Londýn), s. 5.

žit a cestovat do zahraničí jako formu jejich nediskriminace.

O století později Emmer de Vattel<sup>5</sup> položil základy principu diplomatické ochrany. Před tím, než se začal uplatňovat současný systém ochrany zahraničních investic, docházelo k jejich ochraně prostřednictvím státu, ze kterého investor pocházel. Formy diplomatické ochrany byly různé a zahrnovaly rozhodčí tribunály, komise či dokonce nátlakové metody (jako například „diplomacii válečných lodí“).<sup>6</sup>

Z diplomatické ochrany tedy pramení základy dnešního práva zahraničních investic, jelikož pomocí právě tohoto institutu byla ochrana investic zajišťována před rozvojem současného systému.

Institut diplomatické ochrany dává možnost státu, aby zasáhl ve prospěch svého občana v případě porušení mezinárodního minimálního standardu.<sup>7</sup> Obsahem diplomatické ochrany tedy je právo státu převzít nárok svého příslušníka poškozeného v cizině na odčinění jemu způsobené újmy a uplatňovat tento nárok vůči povinnému státu jako svůj vlastní.<sup>8</sup> V důsledku toho dochází k transformaci existujících právních poměrů v mezistátní právní poměr.<sup>9</sup> Právo chránit své občany je dokonce považováno za elementární princip mezinárodního práva,<sup>10</sup> což bylo potvrzeno i Mezinárodním soudním dvorem.<sup>11</sup> Tento systém ovšem závisí na ochotě domovského státu investora se do mezinárodního „sporů“ zapojit. Proto často docházelo k situacím, kdy stát ochranu svému příslušníku neposkytl, nebo naopak k situacím, kdy stát poskytl ochranu až nepřiměřenou.

Například diplomacie válečných lodí, jako jedna z neoficiálních forem ochrany státních příslušníků, jednoznačně představuje ochranu nepřiměřenou. Tato metoda ochrany investorů, kteří byli zpravidla velmi vlivnými korporacemi navázanými

---

<sup>5</sup> DE VATTEL, Emmer. *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and nature of Natural Law and on Luxury* (Liberty Fund Inc., Spojené státy americké, 2008), Kniha II, kapitola VI, odst. 71.

<sup>6</sup> V anglickém originále „gunboat diplomacy“.

<sup>7</sup> Jedná se o standard mezinárodně uznávaný jako minimální, tedy standard, který nelze „snížit“ národní legislativou. Z hlediska mezinárodního práva veřejného se mu musí podřídít všechny státy, jelikož vyjadřuje obyčejové právo.

<sup>8</sup> ŠTURMA, *op. cit.* 1, s. 104.

<sup>9</sup> Tzv. „Vattelova fikce“. Viz PARLETT, Kate. Diplomatic Protection and the International Court of Justice v SLOAN, James, TAMS, Christian J. (eds.). *The Development of International Law by the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2013) 93 - 104, s. 95.

<sup>10</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v UK)*, PCIJ Rep Series (1924) A No. 2, s. 12.

<sup>11</sup> *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations case* (Advisory Opinion), ICJ Rep (1949), 181; *Barcelona Traction, Light and Power co (Belgium v Spain)*, ICJ Rep (1970) 3.

na vládu, spočívala v tom, že investor přesvědčil svou vládu, aby poslala k pobřeží hostitelského státu válečné lodě, dokud nebude sjednána náprava za jednání vlády státu hostitelského.<sup>12</sup> Stav mezinárodního práva tak fakticky vedl k situacím, kdy se dodržování mezinárodního práva vynucovalo pomocí válečných lodí, či lépe řečeno jeho tvrzené porušení bylo automaticky sankcionováno, aniž by o jakémkoli porušení bylo kdy rozhodnuto.

Například v roce 1902 poslali Velká Británie, Německo a Itálie své válečné lodě k pobřeží Venezuely s požadavkem, aby byly nahrazeny ztráty způsobené jejich občanům v důsledku nemožnosti splácet venezuelský státní dluh.<sup>13</sup> Důležité je uvědomit si, že v tomto případě nikdo nezkoumal, za jakých podmínek bylo náhrady dosaženo, nikdo se nezajímal o to, jestli byla práva investorů skutečně porušena. V případě řešení této otázky cestou dnešní investiční arbitráže by se jistě otevírala možnost namítnout okolností vylučující protiprávnost ve vztahu k dané krizi, jak je argumentovala například Argentina ve vztahu k nedávné finanční a politické krizi.<sup>14</sup>

Takové fungování ochrany investorů byl evidentně nepřijatelný. V roce 1907 se proto sešla v Haagu Druhá mezinárodní mírová konference, která přijala Úmluvu o mírovém řešení mezinárodních sporů, jež zakotvovala pro případ sporu z investic možnost arbitráže mezi státy.<sup>15</sup> Velmi přesvědčivě a trefně na ní popsal systém mezinárodní arbitráže Henry Richard:

„Arbitráž je klidná, nenápadná, často provedená tak tiše, že přitahuje málo pozornosti vnějšího světa. Ale válka je hlasitá, hlučná, názorná, oslňující oči lidí svou zlověstnou slávou, naplňující jejich uši svým násilím a křikem, takže každý je povinen se dívat a naslouchat. Jedna je jako veliký a silný vítr, který burácí v horách a trhá skály na kusy. Ta druhá připomíná klidný, malý hlásek, daleko pronikavější

---

<sup>12</sup> SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle* (Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008), s. 10.

<sup>13</sup> REDFERN, A. et al. *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. edice, Sweet & Maxwell, Londýn, 2004), s. 562 - 563.

<sup>14</sup> Bez ohledu na to, jak (ne)úspěšně se těmito argumenty Argentina bránila, důležité je, že jsou dostupné.

<sup>15</sup> Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (Hague I) ze dne 18. října 1907, články 37 – 40. Zde je nutné poznamenat, že konvence z roku 1907 spolu s konvencí z roku 1899 tvoří zakládající dokumenty Stálého rozhodčího soudu v Haagu.

a převažující, protože je to hlas pravdy, hlas spravedlnosti, hlas Boží.“<sup>16</sup>

Zakotvení arbitráže jako možnosti řešení sporů mezi státy, i když v této podobě stále ve formě arbitráže mezi dvěma státy, rozhodně přispělo ke spravedlivějšímu uspořádání poměrů mezi znesvářenými stranami. Na rozdíl od války či od nátlakových metod diplomatické ochrany se konečně spory vznikající ze zahraničních investic začaly řešit v první řadě dle mezinárodního práva, které bylo autoritativně vyloženo pro daný případ.

Avšak samotné zavedení mezinárodní arbitráže stále zůstávalo součástí diplomatické ochrany, jelikož se jednalo o arbitráž mezi státy, které musely vyjádřit souhlas s touto formou řešení sporu. Samozřejmě se v tomto případě jednalo o situaci, kdy domovský stát investora musel nejprve atrahovat spor jako vlastní, jelikož investoři sami neměli postavení subjektu mezinárodního práva veřejného a tudíž nemohli tyto spory iniciovat přímo vlastním jménem. Tím pochopitelně docházelo k různému zacházení s investory, jelikož u některých nemuselo být pravděpodobné, že by je jejich domovský stát hájil ve sporu se státem hostitelským, zejména mám tedy na mysli malé a střední investory, jejichž investice v zahraničí nepředstavovaly až tak významný artikl. Vzhledem k tomuto nedostatku bylo třeba jít ještě dál, protože systém řešení sporů neřešil další otázky ohledně aplikace diplomatické ochrany. Tento systém diplomatické ochrany se tak časem stal neudržitelným.

Dalším důvodem pro opuštění systému diplomatické ochrany byl fakt, že tento systém neumožňoval rozvoj přeshraničních ekonomických operací, jelikož se soustředil výhradně na jiné otázky. Státy tedy hledaly nový systém a došlo k vytvoření systému bilaterálních smluv o ochraně investic.

Dnes přiznávané právo zahraničních investorů přímo žalovat stát před mezinárodním tribunálem dle bilaterální smlouvy o ochraně investic (dále také jako „BIT“)<sup>17</sup> tak lze *de facto* chápat jako rozšíření diplomatické ochrany poskytované státy, protože jsou to právě státy, které vytvořily toto právo pro zahraniční investory skrz

---

<sup>16</sup> RICHARD, *op. cit.* 4, s. 14 – 15.

<sup>17</sup> Či případně podle jiného mezinárodního instrumentu jako je například smlouva o volném obchodu či multilaterální mezinárodní smlouva s investiční kapitolou.

BIT.<sup>18</sup>

Z důvodu vytvoření tohoto nového systému již tradiční forma diplomatické ochrany ve vztahu k investičním sporům není zapotřebí (přestože samozřejmě stále existuje).<sup>19</sup> V rámci diplomatické ochrany a vývoje pramenů práva mezinárodních investic tak došlo historicky k vytvoření mezinárodního minimálního standardu, který musí být dodržován z titulu obyčejového mezinárodního práva veřejného. Z toho důvodu i při neexistenci BIT či jiné smlouvy mezi dotčenými státy, může domovský stát investora vždy požadovat dodržování principů mezinárodního práva ve vztahu k jednání s cizinci.<sup>20</sup> V tomto ohledu můžeme považovat mezinárodní minimální standard za základ moderního substantivního práva zahraničních investic.

Problém tohoto nového systému ochrany cizinců se začal projevovat zejména ve vztahu k vlastním občanům hostitelského státu. Nutnost dodržovat minimální standard je totiž zakotvena toliko vůči cizincům. Občané dotčeného státu jsou tak vystaveni většímu riziku než cizinci.

Právě na tuto notu reagovala tzv. Calvova doktrína.<sup>21</sup> Základem této doktríny je teze, že by nikdo neměl být nucen chránit cizince víc než své občany. Do značné míry se tato doktrína staví na ekonomické suverenitě států a rovnosti. Systém, který dává větší ochranu cizincům, vytváří, dle této doktríny, nerovnost mezi národy.<sup>22</sup> Tato doktrína tedy vyžadovala, kromě jiného, vyčerpání vnitrostátních prostředků ochrany před tím, než by bylo možné podat mezinárodní žalobu skrze diplomatickou ochranu, čímž by se celý proces protáhl o několik let a efektivita nápravy by tím vzala za své.

Přirozeně proti se postavily rozvinuté státy, které trvaly na ochraně před vyvlastněním pro své investory, i když by tato ochrana neměla být poskytnuta občanům hostitelského státu.

Avšak v případě ochrany před vyvlastněním nejedná o obyčejové mezinárodní

---

<sup>18</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 13.

<sup>19</sup> Existence diplomatické ochrany je důležitým prvkem zejména ve vztahu k úvahám o správnosti současného systému. Je nutné si uvědomit, že zrušení systému sporů mezi investorem a státem by vedlo k návratu k diplomatické ochraně a ve skutečnosti by tak vedlo ke snížení možnosti chránit male a střední investory, protože jednoduše nejsou dost silní, aby své vlády přesvědčili o nutnosti zasáhnout.

<sup>20</sup> SEIDL-HOHENVELDERN, I. *Corporations in and under International Law* (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures), (Grotius Publications, Cambridge, 1987).

<sup>21</sup> Podle argentinského právníka Carlose Calva.

<sup>22</sup> Velmi zajímavé je, že i přes omezenou platnost a ne zcela přesvědčivé argumenty této doktríny, současná pozice Evropské Unie ve vztahu k vnitro-unijním smlouvám o ochraně investic mezi jejími členy je vedeno v zásadě stejnými argumenty o nerovnosti a diskriminace.

právo, jak tehdy rozvinuté státy argumentovaly, nýbrž o obecné zásady právní, které byly společné „civilizovaným“ národům.<sup>23</sup> Tento rozpor lze demonstrovat na příkladu sporu Spojených států amerických a Mexika ve třicátých letech minulého století.

V roce 1938 Mexiko vyvlastnilo Britské a Americké ropné společnosti s odůvodněním, že je to nutné pro dosažení sociální spravedlnosti. Spojené státy zdůrazňovaly, že mezinárodní právo přiznává nutnost kompenzace v případě vyvlastnění, avšak Mexiko oponovalo, že kompenzace není v tomto případě na místě.

Odpověď Spojených států prostřednictvím tehdejšího ministra zahraničí Cordella Hulla (odtud název „Hull formula“ neboli „Hullova formule“) nezpochybňovala veřejný zájem, ale trvala na nutnosti poskytnutí kompenzace za odebraný majetek státním příslušníkům USA. Mexiko trvalo na svém právu vyvlastnit majetek zahraničních investorů za účelem naplňování své sociální politiky bez kompenzace.

Tento vývoj vedl k vytvoření dvou táborů, mezi kterými vzniklo napětí. Rozvojové země prosazovaly Calvovu doktrínu a doktrínu trvalé svrchovanosti státu nad přírodními zdroji a Nový mezinárodní ekonomický řád,<sup>24</sup> zatímco rozvinuté země trvaly na Hullově formuli. Mezinárodní právo zahraničních investic se pak od čtyřicátých let dvacátého století začalo vyvíjet jako samostatná právní disciplína,<sup>25</sup> která se inherentně věnovala právě tomuto rozporu mezi rozvinutými a rozvojovými zeměmi ohledně chápání ochrany investorů před vyvlastněním jejich investic.

Pro pochopení dalšího vývoje v oblasti mezinárodního práva veřejného a práva zahraničních investic je nutné si uvědomit, že tradiční pojetí mezinárodního práva se od konce druhé světové války významně změnilo. Byla vytvořena Organizace spojených národů a došlo ke změnám pravidel a struktury tradiční mezistátní komunity.

V období po druhé světové válce je stále větší důraz kladen na jednotlivce, národy, lidské bytosti, humanitu a budoucí generace. Suverenita byla redefinována rozvojem v oblasti lidských práv, práv národů, ochranou životního prostředí, společným dědictvím lidstva, kulturním dědictvím, udržitelným rozvojem či mezinárodním

---

<sup>23</sup> ŠTURMA, *op. cit.* 1, s. 83.

<sup>24</sup> Není ambicí této práce podrobně pojednat o obsahu těchto pojmů, pro více informací viz VERWEY, D., SCHRIJER, N. J. The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective? XV *Netherlands Yearbook of International Law* (1984) 3 – 96, s. 23.

<sup>25</sup> Je však nutné podotknout, že vztah k obecnému mezinárodnímu právu veřejnému stále existuje a právo mezinárodních investic je nutné chápat jako jeho součást.

obchodem.

Historický vývoj tak vedl k požadavku zahraniční investice regulovat pokud možno na multilaterální úrovni. Tenze mezi rozvojovými a rozvinutými zeměmi neprospívala právní jistotě investorů. Nejjobecnějším fórem pro debatu ohledně mezinárodních investic se staly Organizace spojených národů, Bretten Woodské instituce a ostatní ekonomické organizace (např. OECD).<sup>26</sup>

Pokus s Návrhem konvence o zacházení se zahraničními investory z roku 1929 nebyl úspěšný, protože nebylo možné dosáhnout shody na jejích ustanoveních. Následovaly další pokusy, které z různých důvodů také nevedly k úspěchu, například nezahrnutí kapitoly o zahraničních investicích do Havanské konvence z roku 1948 z důvodu obavy Spojených států, že multilaterální úprava by vyjadřovala nejnižší společný standard ochrany, na kterém by se účastníci mohli dohodnout,<sup>27</sup> či nepřijetí Návrhu konvence o ochraně zahraničního majetku navrženého OECD v roce 1967.

Důležitým bodem v debatě ohledně kompenzace za vyvlastnění (která byla, jak je zmíněno výše, historicky svázána se vznikem mezinárodního práva zahraničních investic) se stala rezoluce Valného shromáždění OSN č. 1803 (XVII) ze dne 14. prosince 1962, která v článku 4 stanovila, že „[z]národnění, vyvlastnění či zabavení“ jsou možné jen ve veřejném zájmu, ale musí následovat adekvátní kompenzace. Profesor Subedi dokonce přiznává této rezoluci status „nejvšeobecněji akceptovaného nástroje mezinárodního práva zahraničních investic“.<sup>28</sup> Rezoluce proto ve své podstatě odráží obyčejové mezinárodní právo týkající se dané problematiky.<sup>29</sup> Tato rezoluce navázala na Hullovu formuli a posunula tím otázku kompenzace již do roviny mezinárodního obyčejového práva.

V následujících letech na půdě OSN získaly početní většinu ekonomicky slabší státy a došlo tak k pokusům přizpůsobit právní rámec hlavně jim.<sup>30</sup> V roce 1974 byla ustanovena Komise pro nadnárodní korporace, která měla reagovat na údajné zapojení amerických korporací do státního převratu v Chile; velké korupční skandály;<sup>31</sup> vlnu

---

<sup>26</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 18.

<sup>27</sup> WILCOX, C. *A Charter for World Trade* (Arno Press, New York, 1972), s. 145 - 146.

<sup>28</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 23.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Například skrze Chartu ekonomických práv a povinností států ze dne 12. prosince 1974.

<sup>31</sup> Jako byla například aféra Lockheed.



znárodnování a vyvlastňování v rozvojových zemích v 60. a 70. letech 20. století.<sup>32</sup>

Nadnárodní korporace tedy historicky patří k tématům svázaným se zahraničními investicemi, ale výsledky Komise pro nadnárodní korporace nebyly uspokojivé, a tak byla v roce 1993 zrušena.<sup>33</sup>

Pro kodifikaci mezinárodního práva zahraničních investic se tedy fórum OSN ukázalo jako neadekvátní zejména s ohledem na příliš vysoký počet členských států a interní procedury, které zabránily možnosti shody na rámci pro zahraniční investice.

Dalším důvodem neúspěchu kodifikace mezinárodního práva zahraničních investic byly ekonomické problémy socialistických zemí v 80. letech 20. století. Mnohé z těchto zemí spatřovaly v zahraničních investicích řešení svých ekonomických krizí a začal tak „závod na dno“<sup>34</sup>, tedy snaha o co největší podvolení se zahraničním investorům prostřednictvím co největší ochrany jejich investic.

Tím došlo k pozičnímu vítězství rozvinutých zemí, protože právě odtud proudily zahraniční investice, které rozvojové země chtěly přitáhnout jejich zvýšenou ochranou. Na půdě OSN tak k zakotvení ochrany zahraničních investic na multilaterální úrovni nedošlo.

Na rozdíl od neuspokojivého vývoje v OSN došlo k multilaterální shodě na regulaci zahraničních investic pod záštitou Mezinárodní banky pro rekonstrukci a rozvoj (Světové banky), ale nejednalo se o shodu na standardu ochrany, tedy na hmotném právu regulace chování států vůči zahraničním investorům. Hlavním rysem této multilaterální shody je mechanismus řešení sporů, tedy procesní stránka ochrany zahraničních investic. V roce 1965 byla přijata Washingtonská úmluva, do které byl začleněn mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem nezávislým mezinárodním tribunálem. Její obsah se neshodoval s Calvovou doktrínou, přesto došlo k jejímu podpisu i státy, které tuto doktrínu historicky zastávaly.<sup>35</sup> Opuštění nutnosti projít národní soustavu soudů bylo zřejmě důsledkem nedůvěry v tyto soudy. Odlišný

---

<sup>32</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 27.

<sup>33</sup> I z dnešního pohledu dochází k propojování nadnárodních korporací a zahraničních investic, ale je nutné podotknout, že se nejedná o hlavní beneficiary ochrany investic, protože z ní těží zejména menší investoři, kteří nemají prostředky se chránit jinými způsoby.

<sup>34</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 28.

<sup>35</sup> I když je otázka do jaké míry se jednalo o shodu nad všemi body, zejména debata ohledně definice investice v článku 25 Washingtonské úmluvy nasvědčuje spíše tomu, že státy se na definici neshodly, než že by se shodly na nepotřebnosti této definice.

system řešení sporů měl vybudovat vyšší míru jistoty u zahraničních investorů.<sup>36</sup>

Přiznáním práva přímo žalovat hostitelský stát v podstatě došlo k tiché revoluci, protože nikdy dříve neexistovala možnost, že by jednotlivec vystupoval ve sporu se státem v rámci mezinárodního práva veřejného. Dnes již je tato možnost pevně zakořeněná nejen v investičních sporech, ale například i v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva.

Mimo Světovou banku a OSN docházelo také k simultánnímu vývoji na poli Světové obchodní organizace, kde byl například zakotven standard „národního zacházení“, tedy že se stát musí chovat k zahraničním investorům alespoň tak, jako ke svým vlastním občanům.<sup>37</sup> Právo Světové obchodní organizace ovšem obsahuje výrazně odlišný mechanismus řešení sporů, kde se jedná zejména o interpretaci mezinárodních smluv spadajících do systému Světové obchodní organizace, nikoli o náhradu škody jako takovou.

Z tohoto důvodu, i přes relevanci systému řešení sporů v rámci systému Světové obchodní organizace pro možný budoucí vývoj mechanismu řešení sporů vzniklých ze zahraničních investic,<sup>38</sup> se tato práce více systému řešení sporů v rámci Světové obchodní organizace nevěnuje.

Koncem 20. století se tak vyvinul systém ochrany zahraničních investic. Prostřednictvím početné rodiny bilaterálních smluv a některých smluv multilaterálních (nikoliv však univerzálních) došlo k významné regulaci a omezení států ve vztahu k zahraničním investicím. Naopak chování investorů a jejich závazky dodnes v rámci mezinárodního práva nijak regulovány nejsou.<sup>39</sup>

Vzhledem k tomu, že žádné z mezinárodních organizací se nepodařilo vytvořit úmluvu o zahraničních investicích a žádná se k tomu v současné době nechystá, zůstává právní stav odkázán na existující bilaterální a multilaterální dohody ve spojení s obyčejovým mezinárodním právem. Přesto můžeme pozorovat jistý trend, zejména s ohledem na bilaterální smlouvy vyjednávané Evropskou unií, spočívající v tom, že se postavení investorů a států staví do větší rovnováhy.

---

<sup>36</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 31.

<sup>37</sup> Článek III. smlouvy GATT.

<sup>38</sup> Viz například KOZAWA, Sumio. Depoliticization of International Dispute: A Comparison of the Dispute Settlement Provisions of the WTO Settlement and the Energy Charter Treaty, 3 *J. World Investment* (2002) 793 - 829.

<sup>39</sup> Lze pouze mluvit o jakési implicitní regulaci obecnými normami mezinárodního práva, jako jsou dobrá víra či jiné principy.

V poslední době dochází ke změně na poli nejvíce exportujících zemí. Tradiční pohled na ochranu investic jako na jednostrannou ochranu investorů z rozvinutých zemí proti jednáním vlád států rozvojových tak ztrácí svůj význam. Je nutné chápat ochranu investic ve vztahu k rozvojovým zemím již i jako ochranu jejich vlastních investorů v zemích rozvinutých.<sup>40</sup> Historický vývoj a práce různých mezinárodních organizací tak sice nevedly k regulaci jako takové, ale daly možnost vzniku principům, které ovládají mezinárodní právo zahraničních investic.

Z historického vývoje mezinárodního práva zahraničních investic je patrné, že se jedná o systém na jednu stranu velmi mladý, avšak zároveň o systém, který se vyvíjel několik století, jelikož se jedná o vyústění neuspokojivého řešení sporů před jeho vznikem. Proto je nutné na něj pohlížet jako na systém, který musí procházet, a zajisté i prochází, evolucí. Provádět v tomto ohledu revoluci, jak to požadují někteří jeho kritici, by však vedlo k popření staletí vývoje řešení sporů.

## **2. Současný stav systému řešení investičních sporů**

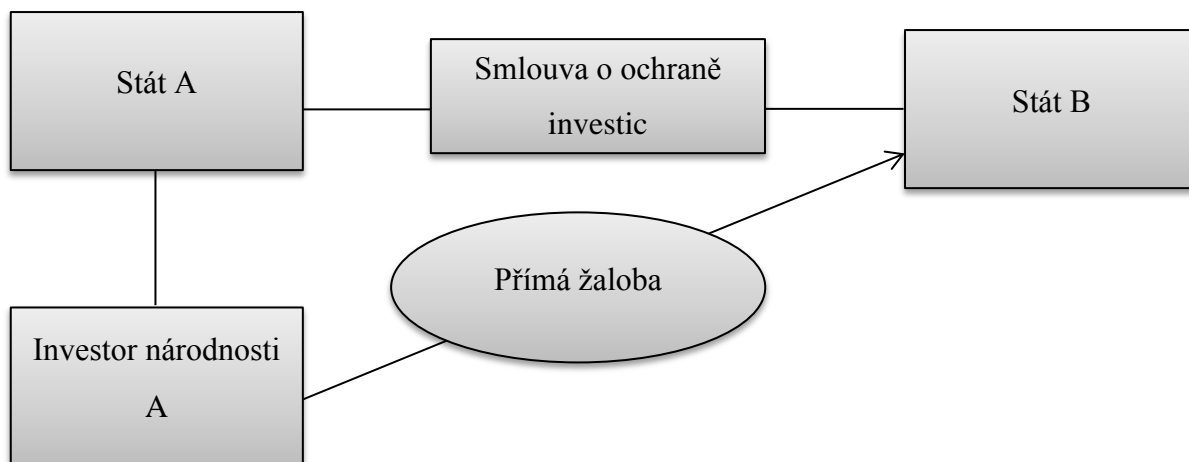
Pro bližší seznámení s první částí zpracovaného tématu – tedy s pojmem investiční spor – je nutné zasadit výše vyložený historický vývoj do současných reálií, jelikož právě ty vytvářejí kontext, v němž se investiční spory vyskytují. Tato kapitola pojednává právě o současné podobě investičních sporů a jejich významu.

Investičním sporem se dnes rozumí spor mezi soukromou osobou, ať už fyzickou či právnickou - tedy investorem - na straně žalobce a státem na straně žalovaného. Spor mezi těmito subjekty (investorem a státem) nazýváme investičním sporem, jelikož se jedná o spor vzniklý z investice, kterou vlastní nebo kontroluje (v závislosti na znění aplikovatelné mezinárodní smlouvy) investor z jiného státu, který je stranou mezinárodní smlouvy o ochraně investic.

---

<sup>40</sup> UNCTAD. *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*; UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNITED NATIONS, New York, Geneva, 2009, s. 109.

Nejjednodušší schéma takového sporu tedy lze vyjádřit takto:



Jak je vidět z výše uvedeného schématu, tento systém umožňuje soukromým subjektům přímo žalovat stát, který dle jejich názoru porušil své povinnosti vůči investorovi.

V současné době jsme stále ve fázi adolescence<sup>41</sup> a usazování systému řešení investičních sporů. Otázky legitimacy rozhodčích tribunálů a principiální otázky suverenity se dostávají do popředí a pouze čas ukáže, zda je soukromá metoda řešení sporů mezi investorem a státem udržitelná.<sup>42</sup>

Za zmínku stojí zejména posun v chápání investičních sporů v důsledku exponenciálního nárůstu jejich počtu. Investiční spory již dávno nejsou ojedinělou situací, ke které dochází jen výjimečně, jak tomu bylo dříve.

Podle informací Konference OSN pro obchod a rozvoj (UNCTAD) bylo k únoru 2015 uzavřeno celkem 3.268 mezinárodních smluv o ochraně investic.<sup>43</sup> Vzhledem k tomu, jak mladé je toto odvětví mezinárodního práva, číslo přesahující tři tisíce je velmi vysoké a je možné jej interpretovat jako signál, že mezinárodní ochrana investic je důležitou součástí politiky téměř všech států světa. Česká republika sama má

<sup>41</sup> ROBERTS, Anthea. Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, *Am. J. Int'l L.*, Vol. 107 (2013) 45.

<sup>42</sup> COMMITTEE ON INTERNATIONAL TRADE. Zpráva Evropského Parlamentu obsahující doporučení Evropské komisi k vyjednávání Smlouvy o transatlantickém obchodním a investičním partnerství (TTIP) ze dne 1. června 2015, A8-0175/2015, dostupná na <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0175+0+DOC+PDF+V0//EN>> navštíveno 20. srpna 2015.

<sup>43</sup> UNCTAD. Dokument UNCTAD zn. UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, 19. února 2015, dostupné na <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf)> navštíveno dne 16. srpna 2015.

uzavřeno 79 bilaterálních smluv a je také stranou smluv, které uzavírá, či jejichž stranou je, Evropská Unie.<sup>44</sup>

Celkový počet sporů mezi investorem a státem dosáhl v roce 2014 čísla 608 a Česká republika se díky sporům v souvislosti se zdaněním solárních elektráren dostala na třetí místo v žebříčku nejžalovanějších států světa s celkovým počtem 29 zahájených investičních sporů.<sup>45</sup>

Z důvodu vysokého počtu sporů a nové bezprecedentní transparentnosti ve vyjednávacím procesu transatlantické dohody mezi Evropskou unií a Spojenými státy americkými („*Transatlantic Trade and Investment Partnership*“ neboli „TTIP“) se poprvé dostává mezinárodní řešení investičních sporů do popředí i v politické sféře. Tato situace je do jisté míry očekávaná vzhledem k výše zmíněným okolnostem, na druhou stranu samou podstatou systému řešení sporů mezi investorem a státem je jeho odpolitizování a vytvoření a zajištění fóra, kde by se mohlo investorovi dostat spravedlivého zacházení před nezávislým, nestranným a kvalifikovaným tribunálem.

System řešení investičních sporů mezi investorem a státem („*Investor-State Dispute Settlement*“ neboli „ISDS“) poskytuje možnost řešit rozpory mezi investorem a státem nikoli na základě relativní síly stran, nýbrž na základě dohodnutých právních principů a norem.<sup>46</sup>

Některé teorie tvrdí, že samým cílem ISDS je obejít národních soudů, aby se zabránilo veřejnému projednání těchto sporů před národními soudy, což by mohlo vést k ovlivnění investičního prostředí daného státu.<sup>47</sup> Tento názor vychází zejména z principu neveřejnosti řízení před rozhodčím tribunálem, která však v důsledku nedávného přijetí Mauricijské úmluvy a mechanismu transparentnosti zakotveném ve Washingtonské úmluvě, není plně podložena. System řešení sporů mezi investorem

---

<sup>44</sup> Kompletní seznam je k nalezení na adrese: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/55#iiaInnerMenu>> navštíveno 20. října 2015.

<sup>45</sup> Zde je nutné konstatovat, že statistika obsahuje pouze zahájené spory, tedy neuvádí spory, jejich řešení bylo dosaženo mimosoudní cestou – ať už renegociací či narovnáním mezi investorem a státem.

<sup>46</sup> ECHANDI, Roberto. *Investor-State Dispute Prevention Mechanisms: Why Are They So Important for Developing Countries and for the Healthy Evolution of the International Investment Regime?* v FRANCK, JOUBIN-BRET. *UN Conference on Trade and Development* (United Nations Publications, 2011), s. 50.

<sup>47</sup> SCHREUER, Christopher. *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration, The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (Koninklijke Brill NU, Leiden, 2005), s. 1.

a státem rozhodně neslouží k obcházení národních soudů, nýbrž k efektivnímu a profesionálnímu řešení těchto sporů bez použití potenciálně zainteresovaných národních soudů.

Právě z důvodu unikátní možnosti žalovat stát přímo plyne i stěžejní žalobní petit náhrady škody, kterou stát svým protiprávním jednáním měl investorovi způsobit. Samotný koncept toho, že suverénní stát platí soukromému subjektu náhradu škody za své činy, které často spočívají v přijetí legislativy či jiných rozhodnutí, je v systému mezinárodního práva jedinečný.

V rámci investičních sporů tedy dochází ke konstantnímu střetu dvou protichůdných hodnot: ochrany soukromého majetku na straně jedné a veřejného zájmu na straně druhé.<sup>48</sup>

Stěžejní pro diskuzi ohledně náhrady škody v této specifické oblasti je proto pochopení, v čem spočívají investiční spory a co je jejich obsahem. Obecně je nutné nastínit základy řešení sporů vzniklých z investic, protože v současné době jsme, zejména v souvislosti s vyjednáváním smlouvy TTIP, svědky velkého množství nepřesných či nepravdivých informací, které se snaží systém řešení investičních sporů zdiskreditovat.<sup>49</sup>

Pojem náhrady škody v obyčejovém mezinárodním právu předpokládá existenci mezinárodní žaloby založené na protiprávním jednání či opomenutí jednoho státu vůči jinému státu.<sup>50</sup> V investičních sporech je tato základní premisa odpovědnosti vůči jinému státu narušena, nebo spíše posunuta ještě o úroveň dál. V investičním sporu mezinárodní právo ochrany investic předpokládá existenci mezinárodní žaloby založené na protiprávním jednání či opomenutí státu přímo vůči investorovi, kterou ovšem podává přímo soukromý investor.

Ještě před zahájením sporu je často prostor pro narovnání založené na částečné platbě doplněné o daňové úlevy nebo novou smlouvu s investorem s odlišnými

---

<sup>48</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. XXXVI.

<sup>49</sup> Viz například článek CORPORATE EUROPE OBSERVATORY. Still not loving ISDS: 10 reasons to oppose investors' super-rights in EU trade deals ze dne 16. dubna 2014, dostupný na <<http://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-oppose-investors-super-rights-eu-trade>> navštíveno dne 20. října 2015.

<sup>50</sup> WHITEMAN, Marjorie M., LL.B., J.S.D. *Damages in International Law* (Vol. 1, US, Government Printing Office, Washington, 1937), s. 6.

podmínkami.<sup>51</sup>

Unikátní možnost žalovat přímo stát však nenáleží každé osobě, která má majetek či zájmy v zahraničí. Základními podmínkami možnosti vzniku investičního sporu jsou existence investice a investora. Tyto pojmy je nutné chápat v jejich právním významu a nelze se spokojit pouze s významem obecným.

### 3. Pojmy „investor“ a „investice“

Na rozdíl od historicky aplikovatelné diplomatické ochrany, kde pro získání takové ochrany bylo nutné splnit toliko podmínku národnosti (tedy být občanem jiného než hostitelského státu), je ochrana investic skrze moderní systém řešení sporů podmíněná i dalšími předpoklady. Tento systém je tak teoreticky dostupný omezenějšímu počtu subjektů, avšak prakticky je dostupný každému, kdo splní objektivní kritéria a není závislý na vůli domovského státu potenciálně poškozeného investora.

Jako předpoklad pro existenci investičního sporu je nutné se zabývat pojmy „investor“ a „investice“. Jedná se o problematiku, které se věnuje velké množství akademických prací, proto o ní bude pojednáno jen zevrubně, aby čtenář získal přehled o základních konceptech, které ovlivňují fungování a existenci investičního sporu.

Pro získání ochrany dle mezinárodního práva zahraničních investic musí žalující subjekt splnit kritéria stanovená v aplikovatelném pramenu práva, kterým je bilaterální či multilaterální smlouva o ochraně investic. Nejenže se jedná o podmínku získání ochrany dané smlouvy, ale jedná se také o jurisdikční podmínku investičních tribunálů.

V první fázi investičního sporu je tedy naprosto nezbytné zjistit, zda se v případě žalobce jedná o investora, který splňuje podmínky dané smlouvy.<sup>52</sup> Pokud se jedná o investora dle definice té které smlouvy, pro přístup k ochraně takové BIT je nutná ještě podmínka, aby tento investor měl<sup>53</sup> investici dle definice obsažené v oné bilaterální (či multilaterální) smlouvě o ochraně investic.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. XXXIV. Tento postup je zpravidla vyžadován i smlouvou o ochraně investic, které zpravidla ukládají povinnost vyjednávat po určitou dobu, než vznikne možnost podat žalobu a zahájit spor.

<sup>52</sup> Zpravidla se jedná o kritéria národnosti, ale některé moderní smlouvy vyžadují i ekonomickou aktivitu investora jako takového s odůvodněním, že ochrana nenáleží poštovní schránce.

<sup>53</sup> A to buď ve významu „vlastnil“, nebo ve významu „kontroloval“.

<sup>54</sup> Definice se liší smlouvou od smlouvy a je tedy vždy nutné zkoumat podmínky konkrétní BIT.

### 3.1. Pojem „investor“

Bilaterální smlouvy o ochraně investic obsahují definici pojmu „investor“, pomocí které tak vymezují rozsah subjektů chráněných takovou smlouvou. Investor je zpravidla definován jako fyzická či právnická osoba, která má investici v hostitelském státě a příslušnost k druhému státu, jež je stranou bilaterální smlouvy o ochraně investic.

Jak u fyzických tak u právnických osob může docházet k problémům s naplněním obsahu tohoto pojmu. Příslušnost ve vztahu k fyzickým osobám chápe mezinárodní právo zahraničních investic jako národnost (*nationality*), avšak tento pojem v sobě neobsahuje pouze občany, nýbrž i osoby, které mají právo na ochranu daného státu.<sup>55</sup> Proto investoři nemusí být občany daného státu, aby mohli čerpat práva jim garantovaná bilaterální smlouvou o ochraně investic, i když jimi zpravidla jsou.

Je nutné podotknout, že národnost musí existovat k okamžiku vzniku újmy,<sup>56</sup> tedy investor musí být národnostně spjat s daným státem k okamžiku, kdy hostitelský stát porušil své mezinárodněprávní závazky.

U právnických osob je příslušnost ke státu určena sídlem společnosti. Za sídlo je obecně chápáno sídlo dle inkorporační teorie, tedy sídlo zapsané. Některé smlouvy o ochraně investic však vyžadují ekonomickou aktivitu takové společnosti, což je jistý ukazatel, že v těchto případech je sídlo chápáno i podle teorie reálného sídla a pouhá inkorporace není dostatečná. Stejně jako u všech ostatních definic a standardů je vždy nutné se soustředit na text a výklad konkrétní mezinárodní smlouvy, jelikož ty se od sebe mohou podstatným způsobem lišit.

Pokud subjekt splní podmínky aplikovatelné BIT, naplní pojem investora a získává aktivní legitimaci podat žalobu na hostitelský stát, pokud mu to BIT umožňuje.

### 3.2. Pojem „Investice“

Mimo naplnění předpokladu být investorem je pro existenci investičního sporu nutné, aby se spor týkal investice. Právní teorie dělí definici investice do dvou rovin, na definici ekonomickou (neboli materiální) a definici právní (neboli formální).<sup>57</sup>

<sup>55</sup> WHITEMAN, *op. cit.* 50, s. 94.

<sup>56</sup> *Ibid.*, s. 96; dále viz *Germany v Venezuela*, Ralston's Report (1904), s. 597 – 598.

<sup>57</sup> Viz ŠTURMA, *op. cit.* 1, s. 21 – 23.



Pro účely této práce však toto dělení hlubší význam nemá, proto se spokojí s uvedením tohoto rozlišení. Z praktického hlediska je vždy nutné zkoumat konkrétní definici uvedenou v aplikovatelné smlouvě o ochraně investic, tedy rozhodující je definice formální.

Většina bilaterálních smluv o ochraně investic obsahuje zevrubnou definici investice, ke které je připojen seznam několika příkladů, co by mohlo za investici být považováno.<sup>58</sup> Zpravidla připojí ještě poznámku, že se jedná o demonstrativní výčet.<sup>59</sup> Asi nejběžněji je investice definována jako jakýkoli druh aktiva (v angličtině: *any kind of asset*), který je přímo či nepřímo vlastněný či kontrolovaný investorem.

Jak je patrné z výše uvedeného příkladu, bilaterální smlouvy o ochraně investic a smlouvy o volném obchodu obvykle tyto pojmy definují široce. V poslední době se pod ochranu dostávají i investice držené nepřímo či nekontrolované žalujícím subjektem (například pokud se jedná o minoritního akcionáře), čímž se počet možných investic stává obrovským.<sup>60</sup> Jako příklad lze uvést, že pod definici investice mohou spadnout, kromě tradičních forem jako jsou například továrny, kapitálové investice,<sup>61</sup> smluvní závazky,<sup>62</sup> či hedgingová smlouva.<sup>63</sup>

Problematické mohou být portfoliové investice, které jsou často z ochrany těchto smluv vylučovány,<sup>64</sup> ale některé BIT je jako investice chápou. Pod definici investice naopak zpravidla není možné zařadit podíl na trhu, závazky z čistě obchodních smluv, půjčku státnímu podniku či akreditiv.<sup>65</sup>

Zvláštní postavení má definice investice, pokud je investiční spor veden u centra

---

<sup>58</sup> Tento zpravidla demonstrativní seznam slouží pouze jako vodítko, ve kterých případech budou zpravidla obecné podmínky stanovené smlouvou o ochraně investic naplněny. V žádném případě se však nejedná o naplnění definice investice automaticky. Pokud investor má investici, která je uvedená v demonstrativním výčtu relevantní smlouvy, avšak nesplňuje podmínky stanovené v obecné definici, nelze tuto investici považovat za "investici" ve smyslu dané smlouvy.

<sup>59</sup> TIETJE, Christian, SIPIROSKI, Emily. The evolution of investment protection based on public international law treaties: lesson to be learned v BJÖRKLUND, Anrea K., REINISCH, August (eds.). *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2012) 192 - 237, s. 223.

<sup>60</sup> SUBEDI, op. cit. 12, s. 59 – 60.

<sup>61</sup> *Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award ze dne 13. listopadu 2000.

<sup>62</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction ze dne 6. srpna 2003.

<sup>63</sup> *Deutsche Bank AG v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award ze dne 31. října 2012.

<sup>64</sup> Například zeměmi ASEAN.

<sup>65</sup> SUBEDI, op. cit. 12, s. 62.

ICSID. Washingtonská úmluva totiž ve svém článku 25 obsahuje definici investice.<sup>66</sup>

Pro žalujícího investora to pak znamená, že pro získání ochrany podle bilaterální smlouvy o ochraně investic, na jejímž základě je dán souhlas hostitelského státu k rozhodčímu řízení před tímto centrem a která poskytuje substantivní práva tomuto investorovi, musí mít investor investici dle definice této bilaterální smlouvy o ochraně investic. Pokud definici v této smlouvě naplní, může čerpat její ochranu.

Avšak v případě centra ICSID zde nastupuje ještě druhý test – test článku 25 Washingtonské úmluvy. Literatura tuto dvoukolejnost označuje jako „*double key-hole test*“. Článek 25 totiž stanoví podmínku aplikace Washingtonské úmluvy na daného investora. Pokud požadavky tohoto článku splněny nejsou, jakýkoli rozhodčí tribunál dle pravidel centra ICSID nebude příslušný o sporu investora rozhodovat, i když jiný tribunál například podle pravidel UNCITRAL by příslušný podle aplikovatelné BIT byl.

Pro naplnění požadavků této diplomové práce však není nutné pojednávat do detailu o obsahu této definice. Postačí zmínit, že článek 25 substantivně žádnou definici neobsahuje, ta byla dovozena rozhodnutím tribunálu ve věci *Salini v Morocco*,<sup>67</sup> kde byla použita základní kritéria investice pro posouzení příslušnosti rozhodčího tribunálu. Od tohoto rozhodnutí se o definici investice podle článku 25 Washingtonské úmluvy mluví jako o tzv. „Salini testu“.

Tribunál v této věci dospěl k závěru, že pro určení, zda se jedná o investici, či nikoli, je nutné vzít v úvahu čtyři ukazatele.<sup>68</sup> Těmito ukazateli jsou: (i) přínos peněz nebo aktiv, (ii) určitá délka trvání projektu, (iii) element risku a (iv) přispění ekonomice hostitelského státu. Pokud jsou tedy tato kritéria naplněna, Saliniho test je splněn a ochrana může být investici poskytnuta.<sup>69</sup> O jednotlivých položkách by se dalo obsáhle pojednávat, avšak pro základní rámec tento výčet postačuje.

V případě, že subjekt splní požadavky na investora předložené relevantní smlouvou o ochraně investic a jeho investice naplní požadavky stanovené touto

---

<sup>66</sup> I když přesnější by možná bylo vyjádření, že článek 25 Washingtonské úmluvy naopak poukazuje na absenci definice investice.

<sup>67</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction ze dne 31. července 2001.

<sup>68</sup> Později investiční tribunály předložily více verzí, které obsahovaly ukazatelů i více.

<sup>69</sup> Největším úskalím je nejednotnost přístupu jednotlivých tribunálů k tomuto testu, jelikož ne všechny tribunály jej aplikují stejně a některá kritéria se i mění. Proto v případě sporu podle pravidel ICSID je obtížné předem odpovědět na otázku, zda je definice investice naplněna, jelikož zpravidla nejsou dopředu dána kritéria, která se budou pro hodnocení této otázky používat.

smlouvou, či případně ještě Washingtonskou úmluvou, může se domáhat ochrany podle těchto smluv a má právo podat žalobu na hostitelský stát a zahájit investiční spor.

#### 4. Povaha investičních sporů

Poslední kapitolou věnující se obecně investičním sporům je kapitola pojednávající o povaze investičních sporů.

Pokud chápeme mezinárodní právo zahraničních investic jako součást systému mezinárodního práva veřejného, je v kontextu náhrady škody<sup>70</sup> zajisté nutné se zabývat rozhodnutími Mezinárodního soudního dvora (a jeho předchůdce – Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti), a zejména jakým způsobem se k otázkám náhrady škody staví. V rozmezí let 1922 a 1940 vydal Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti přes 30 rozhodnutí, mezi které patří i známý spor ohledně Chorzówské továrny. Od vytvoření Mezinárodního soudního dvora došlo pouze k jedinému přiznání náhrady škody v rámci sporů řešených tímto orgánem.<sup>71</sup>

V tomto ohledu je jistě judikatura ohledně obecného mezinárodního práva relevantní, ale její počet není dostatečně rozsáhlý pro poskytnutí uceleného pohledu na problematiku náhrady škody. K ucelenějšímu pohledu je nutné zkoumat zejména rozhodnutí mezinárodních rozhodčích tribunálů v investičních sporech, jelikož mezinárodní právo o ochraně investic týkající se náhrady škody je z podstatné části formováno právě rozhodnutími těchto tribunálů.<sup>72</sup>

Je samozřejmě pravdou, že význam sporů mezi samotnými státy není zanedbatelný, ale jejich užívání se dělo zejména před rokem 1940. Od té doby přestaly být tyto spory pro oblast náhrady škody vůči investorům určující.

Kdo se tedy stal hlavním hráčem vykládajícím a do jisté míry i tvořícím<sup>73</sup> normy náhrady škody v rámci mezinárodního práva zahraničních investic? Jsou to právě stranami zmocnění rozhodci, kteří se na výkladu a tvorbě norem podílí nejvíce. Z toho

---

<sup>70</sup> Kterou lze chápat jako cíl investorů v rámci investičních sporů.

<sup>71</sup> Jednalo se o rozhodnutí ve věci *Corfu Channel (United Kingdom v Albania)*, Judgment, Merits, ICJ GL No 1, (1949) ICJ Rep 4.

<sup>72</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 14.

<sup>73</sup> Přesto že v mezinárodním právu nemůžeme hovořit o precedentech, rozhodnutí mezinárodních investičních tribunálů jsou pravidelně citovány v podáních stran i nálezech pozdějších tribunálů. Z toho lze usuzovat, že se jedná do jisté míry o pramen mezinárodního práva. Tento pohled je konzistentní i se Statutem Mezinárodního soudního dvora, který v článku 38 mluví o pramenech mezinárodního práva a rozhodnutí mezinárodních tribunálů je v tomto seznamu vypočteno jako sekundární pramen práva.

důvodu je nutné se zabývat otázkami procesu samotného, aby bylo možné uzavřít, že se nejedná o svévolné rozhodování či pouhé obcházení národních soudů.

Forma arbitráže má pro otázku případné náhrady škody velký význam, ať už se jedná o význam ve smyslu omezování státní suverenity rozhodnutím soukromých osob či o význam ve smyslu vykonatelnosti rozhodčích nálezů. Tato kapitola tedy odpovídá na základní otázky ohledně důležitosti a fungování tohoto systému právě v kontextu náhrady škody.

#### 4.1. Mezinárodní investiční arbitráž

Mezinárodní arbitráž se stala hlavní metodou řešení sporů mezi státy, jednotlivci a společnostmi téměř v každém aspektu mezinárodního obchodu a investic.<sup>74</sup> Rozhodčí řízení jako prostředek řešení sporů z mezinárodního obchodu je dnes již běžnou záležitostí, avšak investiční arbitráž působí jako novinka. Významná většina smluv o ochraně investic poskytuje možnost řešení sporů mezi investorem a státem přímo. Proto když mluvíme o investičních sporech, jedná se o spory v rámci rozhodčího řízení. V současné době neexistuje jiné fórum, které by bylo oprávněno rozhodovat investiční spory přímo mezi investorem a státem. Tento fakt s sebou nese všechny problémy a všechny výhody mezinárodního rozhodčího řízení.

Pro rozhodčí řízení je charakteristické, že pro pravomoc a příslušnost rozhodčích tribunálů je nutný souhlas stran daného sporu. Mechanismus, který se vyvinul v rámci bilaterálních a multilaterálních smluv o ochraně investic, funguje na principu předběžného souhlasu, neboli nabídky (tzv. *standing offer*), kterou učiní stát v příslušné mezinárodní smlouvě. Stát se v příslušné smlouvě o ochraně investic zavazuje, že spory z investic dle dané mezinárodní smlouvy budou rozhodovány v mezinárodním rozhodčím řízení. Souhlas jedné strany sporu je tedy dán již předem. Souhlas investora je poté odvozen od jeho přijetí nabídky rozhodovat spory z investic tímto způsobem, který je učiněn ve formě podání žaloby. Jinými slovy podáním žaloby je *de facto* uzavřena rozhodčí smlouva mezi žalovaným státem a žalujícím investorem.<sup>75</sup>

Vzhledem k nutnosti souhlasu obou stran tyto strany také určují obsah

<sup>74</sup> BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN, HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration* (5. edice, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009), s. 1.

<sup>75</sup> Záměrně používám pojem *de facto*, jelikož k faktickému uzavření písemné rozhodčí smlouvy nedochází.

projednávaného sporu a zmocňují tak rozhodce k vydání rozhodnutí v jimi označené věci. V rámci toho je nutné, aby strany rozhodcům svěřily pravomoci k naplnění požadavku vydání rozhodnutí. Tyto pravomoci mohou strany udělit přímo i nepřímo, ale vždy pouze v rámci relevantního aplikovatelného práva. Jakékoli překročení pravomocí (v tomto kontextu jakékoli udělení pravomoci nad rámec těch povolených aplikovatelným právem) je neplatné, i kdyby bylo snad vyjádřeno v institucionálních pravidlech probíhající arbitráže.<sup>76</sup>

Mezinárodní smlouvy o ochraně investic zpravidla upravují možnost podat žalobu na stát u několika různých institucí, případně zahájit *ad hoc* rozhodčí řízení podle pravidel UNCITRAL. Investor má tedy právo volby, před kterým fórem řízení zahájí.<sup>77</sup> Rozhodování investora ohledně správného fóra může být motivováno rozličnými důvody, ale pro výsledek sporu může být v konkrétním případě daleko důležitější výběr konkrétních rozhodců.<sup>78</sup>

Možnost žalovat stát na náhradu škody pro porušení mezinárodního práva je nutné chápat v kontextu všech možných procesů, které investor může iniciovat. Kromě této žaloby podle smlouvy o ochraně investic může investor zažalovat stát i před národními soudy,<sup>79</sup> ale je nutné se v takovém případě obrátit ke znění dané BIT, protože existuje možnost, že podáním žaloby u národního soudu se investor vzdá práva podat žalobu před mezinárodní investiční tribunál.<sup>80</sup>

Další možností je přesvědčit svůj stát, aby zahájil kroky v rámci diplomatické ochrany. Mimo to není ojedinělá ani situace, kdy investor přesvědčí případně i jiné státy, aby zahájily řízení například v rámci mechanismu řešení sporů WTO.<sup>81</sup> Zde se však hodí poznamenat, že v rámci systému řešení sporů WTO nejde o finanční kompenzaci.<sup>82</sup>

V případě, že se jedná o spor ohledně smlouvy či plnění přímo mezi investorem a státem, může investor pochopitelně využít i mezinárodní obchodní arbitráž. Vzhledem

---

<sup>76</sup> BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN, HUNTER, *op. cit.* 74, s. 315.

<sup>77</sup> BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii* (1. vydání, C.H. Beck, Praha, 2010), s. 72.

<sup>78</sup> ŠTURMA, *op. cit.* 1, s. 173.

<sup>79</sup> Za předpokladu, že se spor nebude týkat mezinárodního práva, ale práva národního, ve kterém často najdeme principy obdobné těm, které se nacházejí v mezinárodních smlouvách o ochraně investic (alespoň v případě rozvinutých zemí). Pravomoc národních soudů totiž pro posuzování mezinárodního práva není dána.

<sup>80</sup> Taková klauzule se nazývá „*fork-in-the-road*“ a vyznačuje se právě konečností výběru fóra.

<sup>81</sup> Samozřejmě za předpokladu, že je dáno možné porušení pravidel WTO.

<sup>82</sup> WÁLDE, SABAHI, *op. cit.* 2, s. 1060.

k faktu, že se v každém z těchto případů jedná o spor vzniklý sice z jednoho jednání, ale nikoli již na základě stejného právního dokumentu, lze tyto spory vést i souběžně.

Investiční spor tedy probíhá před nestranným rozhodčím tribunálem nebo rozhodcem. Povahou se tedy v případě investičního sporu jedná o mezinárodní arbitráž s některými specifiky, které reagují na fakt, že spor probíhá mezi soukromým subjektem a suverénním státem.

Průběh investičního sporu bude dále popsán s ohledem na náhradu škody při analýze jednotlivých otázek týkajících se právě této otázky. Pro povahu investičního sporu tento průběh zásadní význam nemá, proto se dále věnuji zejména fázi skončení investičního sporu a tomu, co se děje po investičním sporu.

## **4.2. Konečnost rozhodnutí v mezinárodní investiční arbitráži**

Investiční spor končí *de iure* vydáním rozhodčího nálezu. Nálezy v těchto rozhodčích řízeních jsou závazné a mohou ukládat hostitelskému státu povinnost nahradit poškozenému investorovi škodu.<sup>83</sup>

Konečnost rozhodnutí v mezinárodní investiční arbitráži představuje jeden ze základních kamenů tohoto systému. Obecně v systému řešení investičních sporů neexistuje nic důležitějšího než konečnost rozhodčích nálezů a možnost jejich zrušení.<sup>84</sup>

Konečnost rozhodnutí znamená nemožnost toto rozhodnutí napadnout u odvolací instance, která by zkoumala jeho správnost. V investičních sporech se jedná o jednoinstanční systém, kdy zvolení rozhodci vydají konečné rozhodnutí ve věci.

Tento systém poskytuje efektivní a rychlou ochranu zájmům investorů, ale i států. Logickým důsledkem neexistence odvolací instance, která by sjednocovala interpretaci mezinárodního práva zahraničních investic, je nekonzistentnost rozhodování různých tribunálů.

Je však nutné si uvědomit, o jak složité spory se jedná. Často se jeden spor vede několik let pouze před rozhodčím tribunálem. Při představě, že by po tomto procesu měl následovat ještě přezkum tohoto rozhodnutí (ve smyslu apelace), by se délka sporu mohla značně prodloužit a efektivní ochrana zájmů investora by vzala za své. Podobný

---

<sup>83</sup> BĚLOHLÁVEK, *op. cit.* 77, s. 71.

<sup>84</sup> BALAŠ, Vladimír. Review of Awards v MUCHLINSKI, ORTINE, SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2008) 1125 – 1153, s. 1151 – 1152.

argument ostatně lze použít ve vztahu ke Calvově doktríně. V investičních sporech se často jedná o spory mediálně známé<sup>85</sup> a pro obě strany důležité, proto lze předpokládat, že by počet odvolacích řízení byl velmi vysoký. Jednoinstančnost spolu s možností rozhodčí nález zrušit tak tvoří základ systému řešení investičních sporů.

### 4.3. Uznání a výkon rozhodnutí investičních tribunálů

V případě, že investiční spor byl pravomocně skončen ve prospěch investora, je nutné toto rozhodnutí uvést do praxe. Jinými slovy je nutné zajistit, aby investor, který v investičním sporu uspěl, měl možnost se reálně svého úspěchu ve věci domoci.

Uznání a výkon rozhodnutí tak plní nezastupitelnou úlohu při dosahování spravedlnosti v mezinárodním prostředí. Velice důležitou úlohu hrají zejména s ohledem na fakt, že investiční spory mají na jedné straně suverénní stát. V případě, kdy je investorovi přiznána náhrada škody, žalovanému státu vzniká povinnost tuto škodu uhradit. Avšak možnost investorů domoci se peněz ze státní pokladny je velmi omezená, ne-li nulová. Pokud tedy stát nesplní svou povinnost dobrovolně, je nutné tuto situaci řešit.

Řešení může spočívat mimo jiné v diplomatické ochraně investora, jemuž nebyla vyplacena náhrada škody. Tímto způsobem lze uplatnit diplomatický či ekonomický nátlak, aby došlo k zaplacení rozhodčího nálezu. Další možností je přesvědčit vládu státu investora, aby podala žalobu podle smlouvy o ochraně investic či před Mezinárodním soudním dvorem.<sup>86</sup>

Další možností může být například požadavek investora, aby Světová banka odmítla poskytnout nové úvěry či jiné finanční benefity odpovědnému státu, dokud nesplní své mezinárodněprávní povinnosti. Krom toho může investor samozřejmě zveřejnit fakt, že stát své závazky nesplnil dobrovolně.<sup>87</sup>

Výše zmíněné prostředky vždy vedou k vytvoření určitého tlaku na dlužnický stát, aby svou povinnost splnil dobrovolně. Proto nespádají do výkonu rozhodnutí jako takového. Výkon rozhodnutí v investičním sporu dává možnost investorovi nepřímo

---

<sup>85</sup> Zejména pokud jsou projednávány před centrem ICSID, jelikož toto centrum zahájené spory zveřejňuje, i když jejich obsah může být neveřejný.

<sup>86</sup> BISHOP, R. Doak. Introduction: The Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns, v BISHOP, R. Doak (ed.). *Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns* (JurisNet, LLC, New York, 2009) 3 – 12, s. 6.

<sup>87</sup> *Ibid.*, s. 7.

(prostřednictvím New Yorkské úmluvy) či přímo (prostřednictvím Washingtonské úmluvy) postihovat majetek státu, dluhy vůči dlužnickému státu či majetek státních podniků případně dluhy vůči státním podnikům.<sup>88</sup> Výkon rozhodnutí je však třeba chápat jako výjimku, nikoli jako normu.<sup>89</sup>

Základní mezinárodněprávní rámec pro uznání a výkon cizích rozhodčích nálezů stanoví New Yorkská úmluva.<sup>90</sup> Její systém je téměř univerzální a představuje tak jednu z hlavních výhod rozhodčího řízení oproti řízení před národními soudy. Přestože v rámci Evropské unie je dnes vykonatelnost soudních rozhodnutí upravena a státy tedy mají povinnost uznávat a vykonávat rozhodnutí soudů ostatních členských států, tyto možnosti jsou mimo Evropskou unii velice omezené a často není možné takové rozhodnutí vykonat.

New Yorkská úmluva stanoví předpoklady pro výkon rozhodnutí v jejích signatářských státech. Prostřednictvím New Yorkské úmluvy dochází k uznání a výkonu rozhodnutí národními soudy zavázaných států. Proces výkonu rozhodnutí obecně probíhá ve dvou fázích. Nejdříve jde o samotné nařízení výkonu rozhodnutí, přičemž v této fázi imunita státu ještě nehraje žádnou roli. Druhou fází je samotný výkon rozhodnutí na určitém majetku. V této fázi již imunita státu hraje roli a zajišťuje, aby rozhodnutí nebylo vykonáváno na majetku, který je z výkonu rozhodnutí vyloučen.

Odlišný způsob výkonu rozhodčích nálezů v mezinárodní investiční arbitráži existuje podle pravidel centra ICSID. Článek 54 Washingtonské úmluvy totiž stanoví, že signatářské státy musí uznat a vykonat nálezy centra ICSID, jako by se jednalo o pravomocný rozsudek jejich vlastních soudů. V tomto ohledu jde o Washingtonskou úmluvu ještě dále než ostatní úmluvy, což může vést (a velmi pravděpodobně i vede) k větší popularitě centra ICSID u investorů. Tato přímá vykonatelnost, která není závislá na posuzování z hlediska New Yorkské úmluvy,<sup>91</sup> je zajisté jednou z největších výhod tohoto fóra.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> *Ibid.*, s. 10.

<sup>89</sup> *Ibid.*, s. 4.

<sup>90</sup> BĚLOHLÁVEK, *op. cit.* 77, s. 131.

<sup>91</sup> Do něhož mohou spadat otázky veřejného pořádku, reciprocit či náležitostí vydaného rozhodčího nálezů dle národního práva.

<sup>92</sup> Pochopitelně tato a jiné výhody jsou vyváženy i nevýhodami. Za zmínění stojí nevýhoda v podobě (ne)definice investice v článku 25 Washingtonské úmluvy, která vede k dvojímu testu, kterým musí předmětná investice projít na rozdíl od jednoho testu v případě sporu před jiným fórem.



#### 4.4. Zrušení rozhodčího nálezu

Jak bylo naznačeno výše, rozhodčí nález jako výsledek investičního sporu je konečný. Za splnění určitých velmi striktních podmínek ale existuje možnost zrušení takového nálezu. V obecné rovině mezinárodní arbitráže, která je aplikovatelná na rozhodnutí jakýchkoli rozhodčích tribunálů v oblasti investičních sporů s výjimkou centra ICSID, představuje rámec pro rušení rozhodčích nálezů národní právo státu sídla arbitráže.

New Yorská úmluva se na řízení o zrušení rozhodčího nálezu neaplikuje.<sup>93</sup> Pravidla pro zrušení rozhodčího nálezu tak stanoví právní řád sídla rozhodčího řízení. Podle práva sídla se tak posuzuje forma, obsah i otázka řešená před rozhodčím tribunálem. V případě, že je iniciován investiční spor, je nutné nejen zvolit rozhodující instituci (případně *ad hoc* tribunál) a pravidla, jimiž se bude spor řídit, případně jazyk, ve kterém budou činěna podání, ale také je nutné zvolit sídlo arbitráže. Toto sídlo nemusí vůbec odpovídat fyzickému místu, kde se řízení vede, jedná se o určení právního řádu, kterým se bude případný rozhodčí nález řídit. Můžeme tak teoreticky hovořit o „národnosti“ rozhodčího nálezu.

Zvláštní mechanismus výkonu rozhodnutí a zvláštní řízení o zrušení rozhodčího nálezu jsou obsaženy v rámci instituce Mezinárodního centra pro řešení investičních sporů (ICSID). Tento proces vychází z podobných předpokladů jako New Yorská úmluva a národní právní řády, ale o zrušení nerozhodují soudci jednotlivých států, jak je tomu v případě rozhodčích nálezů obecně.

O zrušení rozhodčího nálezu vydaného centrem ICSID rozhoduje tříčlenná komise stanovená samotnou institucí (na rozdíl od předchozího sporu, ve kterém rozhodce vybíraly strany). Za splnění předpokladů pro zrušení rozhodčího nálezu tato komise může vydat rozhodnutí, ve kterém sporný nález zruší. Po jeho zrušení však stále existuje možnost podat žalobu znovu.<sup>94</sup> Při zrušení původního rozhodčího nálezu totiž zaniká překážka věci rozhodnuté.

---

<sup>93</sup> Viz *Shenzhen Nan Da Industrial and Trade United Co Ltd v FM International Ltd [HK]*, High Court, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, dne 2. března 1992, 1991 No. MP 1249; nebo také *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v Toys “R” Us, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 10 September 1997, 126 F.3d 15.

<sup>94</sup> Tato situace již nastala ve více případech, například *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, kde došlo dokonce k dvojímu řízení o zrušení rozhodčího nálezu.

Zrušení rozhodčího nálezu je však vázáno na striktní podmínky evidentního překročení pravomocí či nepřezkoumatelnosti nálezu, které je velmi těžké naplnit. V žádném případě se nejedná o přezkum právního názoru originálního tribunálu. Z toho důvodu poskytuje omezená možnost zrušení rozhodčího nálezu ve spojení s mechanismem výkonu rozhodnutí velmi efektivní systém řešení sporů. Rozhodci zvolení stranami rozhodnou spor s konečnou platností, avšak pokud se dopustí hrubého porušení pravidel, je velmi pravděpodobné, že jimi vydaný nález bude zrušen a nebude tak mít pro strany sporu žádnou hodnotu.

Jak je vidět, základní výhody rozhodčího řízení tvoří jeho flexibilita, jelikož je ovládáno stranami, konečnost a vykonatelnost. Tyto charakteristické rysy poskytují investorům dostatečnou ochranu před případnou politizací jejich sporu a zajišťují relativně solidní výkon spravedlnosti, když bereme v potaz, že se jedná o spor jednotlivce (či jednotlivců) se suverénním státem.

Na předchozích stranách tato práce popsala vývoj, fungování a charakteristiku investičních sporů. Čtenář by tak již měl mít představu o prostředí a kontextu, ve kterém dále popisovaná náhrada škody funguje. Následující kapitoly tedy pojednávají o otázkách náhrady škody ve výše popsáných investičních sporech.

## **5. Prameny práva náhrady škody v investičních sporech**

Po úvodních kapitolách věnovaných investičním sporům následuje tato přechodová kapitola pojednávající o pramenech práva náhrady škody v investičních sporech. V této kapitole se zaměřuji na prameny práva, které řídí úvahy ohledně náhrady škody, ale také úvahy ohledně pravomocí rozhodčích tribunálů náhradu škody nařídít.

V systému mezinárodního práva zahraničních investic, jak již bylo zmíněno výše, je ochrana<sup>95</sup> zahraničních investic poskytována prostřednictvím bilaterálních a multilaterálních smluv o ochraně investic (případně smluv o volném obchodu s kapitolami o ochraně investic jako v případě smlouvy NAFTA či připravované TTIP) a prostřednictvím obyčejového mezinárodního práva. Nadto lze jako pramen práva

---

<sup>95</sup> Pod pojmem ochrana je nutno chápat povinnost hostitelského státu zajistit právní a faktickou bezpečnost pro zahraniční investici (majetek). Viz ŠTURMA, *op. cit.* 1, s. 83.

chápat i rozhodnutí mezinárodních investičních tribunálů. To plyne z neúspěšnosti snah uzavřít univerzální dokument o ochraně investic.<sup>96</sup>

## 5.1. Obyčejové mezinárodní právo

Význam obyčejového mezinárodního práva je stále relevantní pro oblast zahraničních investic. I přes vysoký počet bilaterálních smluv o ochraně investic tyto smlouvy nemohou pokrýt veškeré právní otázky, které mohou vzniknout v rámci investičního sporu. Náhrada škody je jednou z otázek, které se tyto smlouvy věnují jen okrajově (zpravidla jen v rámci kompenzace za vyvlastnění). Obyčejové mezinárodní právo je obecně uznáváno jako pramen mezinárodního práva, ale největším úskalím ve vztahu k obyčejům zůstává prokázání jejich existence a obsahu.<sup>97</sup>

Na úrovni mezinárodního práva existuje několik dokumentů, které jsou obecně přijímány jako přepis obyčejového práva,<sup>98</sup> avšak relevantní pro náhradu škody v investičních sporech jsou zejména tři kategorie těchto dokumentů: 1) Články o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání;<sup>99</sup> 2) rozhodnutí mezinárodních soudů a tribunálů;<sup>100</sup> a 3) v určitých situacích rezoluce valného shromáždění OSN.

Základem obyčejového mezinárodního práva zahraničních investic je institut minimálního standardu. Ochrana investic tak probíhá jak na úrovni národního práva, tak na úrovni práva mezinárodního, které funguje jako limitační faktor pro domácí legislativu. Logika je taková, že normy národního práva nesmí porušovat povinnost dodržovat minimální standard stanovený obyčejovým právem mezinárodním, ale samozřejmě existuje prostor pro ochranu nad rámec tohoto minimálního standardu. Základem minimálního standardu je zajištění nediskriminace.<sup>101</sup> Proto se v zásadě jedná o kombinaci doložky nejvyšších výhod,<sup>102</sup> národního zacházení<sup>103</sup> a konečně standardu

---

<sup>96</sup> BĚLOHLÁVEK, *op. cit.* 77, s. 17.

<sup>97</sup> *North Sea Continental Shelf (Germany v Denmark)*, Merits, Judgment, (1969) ICJ Rep 3, 44, odst. 77.

<sup>98</sup> Například Vídeňská úmluva o mezinárodním smluvním právu.

<sup>99</sup> Přesto že se jedná o návrh, Komise pro mezinárodní právo přijala jejich konečné znění. Označení návrh je tak pouze odrazem terminologie, nikoli toho, že by se jednalo neuzavřenou verzi tohoto dokumentu. Proto o nich dále jako o „návrhu“ v práci nehovořím.

<sup>100</sup> Jako je například rozhodnutí ve věci *The Factory at Chorzów (Germany v Poland)*, Claim for Indemnity, Merits, (1928) PCIJ Rep, Series A No. 17.

<sup>101</sup> Ovšem nediskriminace cizinců, nediskriminaci občanů daného státu vůči cizincům mezinárodní právo nestanovuje.

<sup>102</sup> Tzv. „*most-favoured-nation clause*“ či „*MFN clause*“.

spravedlivého a rovného zacházení.<sup>104</sup>

V případě, že jednání státu poruší práva garantovaná cizincům obyčejovým mezinárodním právem, dochází k porušení mezinárodního práva, za které je stát zpravidla odpovědný.<sup>105</sup> O odpovědnosti států v rámci obyčejového mezinárodního práva pojednávají Články o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání.

Mnohé bilaterální i multilaterální smlouvy přiznávají investorům dodatečnou ochranu nad rámec minimálního standardu.<sup>106</sup> Avšak základní principy mezinárodního práva zahraničních investic jsou dnes již pevně zakořeněné v obyčejovém mezinárodním právu, proto lze tyto principy aplikovat i v případě absence specifické smlouvy mezi státy.

Bilaterální a multilaterální úmluvy ovšem poskytují daleko větší míru ochrany, zejména pokud se jedná o možnost přímo žalovat stát investorem, která se v obyčejovém mezinárodním právu vůbec nevyskytuje.

### 5.1.1. Články o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání

Jedním z důkazů obyčejového mezinárodního práva zahraničních investic (a v podstatě přepisem tohoto obyčejového práva) jsou Články o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání (dále jen **Články**). Jejich vytvořením pověřilo valné shromáždění OSN v roce 1953 Komisi pro mezinárodní právo.<sup>107</sup> Komise pro mezinárodní právo na těchto Článcích pracovala přes 40 let, až v roce 2001 přijala finální text a poskytla k němu i rozsáhlý komentář.<sup>108</sup> Do dnešního dne nedošlo k přijetí úmluvy o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání, ale v rámci OSN je možnost přijetí takové úmluvy stále otevřená.<sup>109</sup>

Vzhledem k tomu, že nedošlo k formálnímu přijetí těchto Článků, jedná se stále

---

<sup>103</sup> Tzv. „*national treatment*“.

<sup>104</sup> Literatura někdy uvádí pojem „spravedlivého a rovnoprávného zacházení“, avšak pojem „spravedlivé a rovné zacházení“ dle mého názoru lépe odráží širokou povahu tohoto institutu.

<sup>105</sup> S výjimkou okolností vylučujících protiprávnost, kterým se tato práce věnuje níže.

<sup>106</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 57.

<sup>107</sup> UNGA Res 799 (VIII) (7. prosince 1953) *Požadavek kodifikace principů mezinárodního práva řídicího odpovědnost států*.

<sup>108</sup> Dostupný na adrese: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)> navštíveno dne 21. října 2015.

<sup>109</sup> Pro více informací viz: <<http://www.un.org/en/ga/sixth/68/StateRes.shtml>> navštíveno 13. srpna 2015.

o institut „*soft law*“,<sup>110</sup> neboli jak to podává Ripinsky: „nejsou právem (formálně), ale vyjádřením principů práva odpovědnosti států.“<sup>111</sup> Caron také velmi dobře vystihuje jejich povahu, když tvrdí, že „vypadají jako právo, lze je číst jako právo, mohou být i mylně označovány jako právo, přesto nejsou právem“.<sup>112</sup> V případě „*soft law*“ se zpravidla jedná o situaci, kdy neexistuje shoda na tom, jak by mělo vypadat „*hard law*“.<sup>113</sup> To lze do jisté míry vztáhnout i na Články, ohledně kterých historicky probíhala diskuse a dodnes nejsou vtěleny do univerzálně uznané konvence.

I přes fakt, že nejsou formálním pramenem práva, mají v rámci investičních sporů jistý význam – kodifikují totiž principy práva odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání. Tento prvek je nutný pro institut náhrady škody, jelikož povinnost nahradit škodu se neváže na objektivní odpovědnost, nýbrž na odpovědnost subjektivní, tedy odpovědnost státu za jednání, které je státu přičitatelné.<sup>114</sup>

V odborné literatuře dochází k jistým rozporům ohledně aplikovatelnosti těchto Článků. Prof. Douglas například tvrdí, že je není možné aplikovat *en bloc*, jelikož se jedná o sub-systém, který není samostatným pramenem práva.<sup>115</sup> K jistým omezením aplikovatelnosti dospívají i Ripinsky a Williams, kteří uznávají možnost, že část druhá se aplikovat nedá z důvodu znění článku 33 odst. 1 Článků.<sup>116</sup>

Avšak exkurs do historického kontextu tvorby těchto Článků ukazuje, že omezení aplikace druhé části vzniklo z rozhodnutí Komise pro mezinárodní právo v šedesátých letech minulého století, kdy existoval převažující názor, že odpovědnost států je jako taková omezena na odpovědnost mezi státy.<sup>117</sup>

---

<sup>110</sup> REINISCH, August, BJÖRKLUND, Andrea K. Soft codification of international investment law v BJÖRKLUND, Andrea K., REINISCH, August (eds.). *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2012) 305 - 318, s. 311.

<sup>111</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 27.

<sup>112</sup> CARON, D. D., The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority, 96 *AJIL* (2002) 857, s. 866 - 867.

<sup>113</sup> BJÖRKLUND, Andrea K. Assessing the effectiveness of soft law instruments in international investment law v BJÖRKLUND, Andrea K., REINISCH, August (eds.). *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2012) 51 - 81, s. 58.

<sup>114</sup> O otázce, co vše lze považovat za jednání státu pojednává kapitola 9. Přičitatelnost.

<sup>115</sup> DOUGLAS, Zachary. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, 74 *BYIL* (2003) 151, s. 189, 282.

<sup>116</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 28.

<sup>117</sup> Viz zejména „Souhrnná zpráva druhého setkání, Sub-komise Komise pro mezinárodní právo pro odpovědnost států“ (7. ledna 1963), jak o ní bylo pojednáno Komisí pro mezinárodní právo ve Zprávě pana R Aga, Předsedy Sub-komise pro odpovědnost států (1963) A/CN.4/152 229; a „První zpráva o odpovědnosti států připravená panem R Agem, Speciálním reportérem –

Tento postoj odrážel kontroverze, zda soukromé subjekty mohou mít mezinárodněprávní osobnost, což je dnes již daleko méně kontroverzní téma. Navíc v době přijetí tohoto omezení nebylo běžné, aby soukromé subjekty využívaly odpovědnosti států. Od přijetí tohoto omezení v roce 1969 nedošlo k žádné revizi této otázky. Postupně však došlo ke změně chápání práva odpovědnosti států, která byla původně omezena vztahem k individuálním cizincům (kteří se domohli diplomatické ochrany svého domovského státu). Od tohoto chápání došlo k posunu, či spíše rozšíření, chápání odpovědnosti států i na odpovědnost vůči zahraničním společnostem a jiným zahraničním koncernům.<sup>118</sup>

Nadto článek 33 odst. 2 Článků vede k závěru, že omezení by se nemělo vztahovat na situace, kdy dochází k vzniku odpovědnosti státu vůči subjektům odlišným od státu. Komentář k článku 33 odst. 2 Článků explicitně zmiňuje práva investorů dle bilaterálních smluv o ochraně investic jako jeden z příkladů odpovědnosti států vůči subjektům odlišným od státu.<sup>119</sup> Znění článku 33 odst. 2 ovšem samo o sobě neznámá, že odpovědnost je totožná v případech, kdy se jedná o odpovědnost mezi státy a o odpovědnost státu vůči nestátnímu subjektu.

Jako příklad Ripinsky a Williams uvádějí, že satisfakce jako forma reparace nebude hrát roli v případě odpovědnosti vůči nestátnímu subjektu, naopak je možná pouze v kontextu odpovědnosti mezi státy.<sup>120</sup>

Avšak vyjádření, že odpovědnost vůči investorům je založena stejně jako odpovědnost vůči státům, pokud se jedná o kompenzaci, lze nalézt například v rozhodnutí *ad hoc* komise, která posuzovala zrušení nálezu ve věci *MTD v Chile*.<sup>121</sup> Nadto většina bilaterálních smluv o ochraně investic obsahuje možnost řešení sporů jak mezi státy, tak mezi investorem a státem.

Bylo by nelogické, kdyby za použití odlišných ustanovení takové smlouvy a odlišného mechanismu řešení sporů došlo ke změně jejího obsahu. Jinými slovy by tak došlo k rozdělení obsahu smlouvy na situace, kdy ji používá stát a kdy investor.

---

Přezkoumání dosavadní činnosti na kodifikaci tématu mezinárodní odpovědnosti států“ (1969) A/CN.4/217 133 - 135.

<sup>118</sup> ASANTE, S. K. B. *International Law and Foreign Investment: A Reappraisal* ICLQ (1988) 588 - 628, s. 590.

<sup>119</sup> Viz Komentář k Článkům o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání, Komentář k článku 33, odst. 4.

<sup>120</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 30.

<sup>121</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on the Application for Annulment* ze dne 21. března 2007, odst. 99.

Taková interpretace by zajisté nemohla obstát.

Protože neexistuje nic, co by nasvědčovalo, že Články byly překonány nebo že by existovaly jiné standardy použitelné na odpovědnost států v investičních sporech, lze uzavřít, že se jedná o nejlepší instrument pro posouzení, zda je odpovědnost státu založena, či ne.<sup>122</sup> Přesto, že se nejedná o „*hard law*“, mají Články velký význam a je nutné se jimi zabírat jako pramenem práva, i když formálně tento status nemají.

### 5.1.2. Rozhodnutí mezinárodních soudů a tribunálů

V kontextu obyčejového mezinárodního práva představují rozhodnutí mezinárodních soudů a tribunálů jasný důkaz o jejich existenci a obsahu. Nejcitovanějším a nejvlivnějším je bezpochyby rozhodnutí ve věci *Chorzówské továrny*.<sup>123</sup> Význam pro mezinárodní právo zahraničních investic ovšem mohou mít všechna rozhodnutí vykládající specifické otázky mezinárodního práva, jelikož škála právních otázek, které se mohou v investičních sporech objevit, nijak omezená není.

Formálně jsou tato rozhodnutí zahrnuta v článku 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora mezi sekundární prameny mezinárodního práva, což v podstatě znamená, že se nejedná o prameny, ale o důkazy či prostředky k identifikaci pravidel obyčejového mezinárodního práva. Tento fakt nijak nesnižuje jejich důležitost pro následnou praxi, jelikož, jak lze demonstrovat na případu *Chorzówské továrny*, jsou často citována a na jejich základě dochází k dalšímu vývoji.

### 5.1.3. Rezoluce Valného shromáždění OSN

Na rozdíl od výše zmíněných rozhodnutí rezoluce valného shromáždění nemají povahu pramene práva (a to ani sekundárního).<sup>124</sup> Přesto se jedná o materiály relevantní v kontextu investičních sporů zejména z důvodu, že slouží jako důkaz praxe států.<sup>125</sup> Nejedná se o závazné dokumenty,<sup>126</sup> ale mohou vykristalizovat v obyčejové

---

<sup>122</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 32.

<sup>123</sup> *Chorzów Factory*, *op. cit.* 100. Jeho význam pro investiční spory byl demonstrován například v *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of the Tribunal ze dne 2. října 2006, odst. 484 – 499.

<sup>124</sup> V článku 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora vůbec zmíněny jako pramen práva nejsou.

<sup>125</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 36.

<sup>126</sup> Jak plyne z ustanovení článků 10 – 14 Charty OSN.

mezinárodní právo. Jako důkaz existence obyčeje byla Rezoluce valného shromáždění OSN použita například ve sporech *Texaco v Libya*<sup>127</sup> či *Kuwait v Aminoil*.<sup>128</sup> Ačkoli nejsou tradičním pramenem práva, Rezoluce valného shromáždění OSN tedy evidentně mohou hrát roli při výkladu otázek mezinárodního práva.

## 5.2. Bilaterální smlouvy o ochraně investic

Význam bilaterálních smluv o ochraně investic nelze dostatečně zdůraznit, protože se jedná o bez pochyby nejčastější pramen práva (a zdroj povinností státu), který je v investičních sporech používán.<sup>129</sup> Schwebel dokonce tvrdí, že se díky svému počtu již staly obyčejovým mezinárodním právem.<sup>130</sup>

Naopak jiní je chápou pouze jako *lex specialis* vytvořený mezi stranami.<sup>131</sup> Tento stav podporuje i vyjádření Prof. Sornarajaha, který argumentuje, že rozhodnutí neuzavřít takovou dohodu stěží může vést k jejímu vytvoření skrze mezinárodní obyčejové právo.<sup>132</sup>

Na tomto místě je nutné podotknout, že tyto dva protichůdné názory se nevyklučují. Smlouvy o ochraně investic mohou vytvořit obyčej za předpokladu, že se jedná o konzistentní praxi státu, a za předpokladu, že se jedná o *opinio juris*. Samotné smlouvy ovšem obyčejovým právem dozajista nejsou. Toto posouzení je ovšem nutné provádět vždy ve vztahu ke konkrétní situaci.

Ať už se jedná o *lex specialis* či o obyčejové mezinárodní právo, pro posuzování odpovědnosti a případné náhrady škody má tato debata zanedbatelný význam, jelikož posuzovaná situace vychází z předpokladu uzavření takové smlouvy, nikoli z její absence.

Za předpokladu, že je taková smlouva uzavřena, se její porušení rovná porušení mezinárodního práva, a tak (za jistých předpokladů) vede ke vzniku odpovědnosti

---

<sup>127</sup> *Texaco v Libya* (10. října 1977), 53 *ILR* 389.

<sup>128</sup> *Kuwait v Aminoil* (24. března 1982), 21 *ILM* 976, odst. 143.

<sup>129</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 21.

<sup>130</sup> SCHWEBEL, S. M. The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law, Proceedings of the 98<sup>th</sup> Annual Meeting of the American Society of International Law (31. března – 3. dubna 2004), s. 29 – 30.

<sup>131</sup> Viz DOLZER, Rudolf. New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, 75 *AJIL* (1981) 553, s. 565 – 568.

<sup>132</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, Cambridge, 2004), s. 440.



na straně státu či ke vzniku povinnosti nahradit škodu.<sup>133</sup>

Navzdory tomu tyto smlouvy obsahují ustanovení o náhradě škody zpravidla pouze v rámci ustanovení o vyvlastnění. Není v nich nic, co by stanovovalo pravidla pro náhradu škody v případě porušení jiných ustanovení (například porušení povinnosti spravedlivého a rovného zacházení).<sup>134</sup> V těchto případech je proto nutné vzít v potaz ustanovení obecného mezinárodního práva. Je tomu tak proto, že výkladové pravidlo zakotvené v článku 32 Vídeňské úmluvy o mezinárodním smluvním právu přikazuje při vykládání mezinárodních smluv vzít v potaz jakákoli ustanovení aplikovatelného mezinárodního práva, které je v tomto případě také právem rozhodným, tedy obyčejového mezinárodního práva.

Státy se v minulém století snažily přilákat zahraniční investice z různých důvodů.<sup>135</sup> Investice mohou mít také různou formu, proto vykrystalizovala nutnost speciálních ochranných opatření pro různé druhy investic. Investice mají obecně povahu dlouhodobou, proto bylo nutné najít dlouhodobé řešení. Samozřejmě je možné této ochrany dosáhnout prostřednictvím národní legislativy, ale ta má tendenci se měnit příliš často se změnou vládní garnitury. Naproti tomu žádný stát nemá právo jednostranně měnit mezinárodní právo. Proto je evidentní, že ochrana zahraničních investic, aby byla efektivní, by musela být zakotvena právě v mezinárodním právu.

Původně docházelo k uzavírání bilaterálních smluv zejména mezi rozvojovými a rozvinutými zeměmi a tento trend, přesto že se již mění, vytrval dodnes. Mezi tisíci uzavřenými bilaterálními dohodami je pouze zanedbatelné množství uzavřeno mezi dvěma rozvojovými zeměmi.<sup>136</sup> Jak je patrné z vysokého počtu těchto smluv, tvoří zásadní součást pramenů mezinárodního práva zahraničních investic.

Mimo bilaterální smlouvy o ochraně investic lze do této kategorie začlenit i multilaterální smlouvy. Jejich obsah je obdobný tomu, jaký nalezneme ve smlouvách bilaterálních, proto v tomto ohledu není třeba se o nich více zmiňovat.

---

<sup>133</sup> O tom, že tyto situace nemusí vždy nastat současně, pojednávají kapitoly 7 a 9 níže.

<sup>134</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 25.

<sup>135</sup> Příkladmo lze zmínit vidinu ekonomického růstu, zdroj příjmů zahraniční měny, stimulant národní ekonomiky či zdroj zahraničního know-how, informací a dovedností.

<sup>136</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 84.

### 5.3. Rozhodnutí mezinárodních investičních tribunálů

Navzdory tomu, že v mezinárodním právu neexistuje doktrína *stare decisis* či precedenční systém, rozhodnutí mezinárodních investičních tribunálů jsou relevantním zdrojem nejen úvah a interpretací, ale mnohdy *de facto* i práva. Toto postavení vychází z článku 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora, který jim přikládá postavení pomocných prostředků pro stanovení právních norem.<sup>137</sup> Z toho plyne, že jsou důkazem, či prostředkem k identifikaci, pravidel, nikoli pravidly samotnými.

Jejich role je však v kontextu absence centrálního legislativního orgánu velice významná,<sup>138</sup> zejména v relaci k právu náhrady škody, které je do značné míry rozvíjeno právě rozhodnutími v jednotlivých sporech.<sup>139</sup> Důkazem role rozhodnutí investičních tribunálů je fakt, že strany sporu a tribunály velmi často odkazují na předchozí nálezy.<sup>140</sup>

Jejich praktická relevance je tedy až překvapivě velká za situace, kdy se nejedná o primární pramen práva. Z tohoto důvodu je vždy třeba jakoukoli problematiku nahlížet i s ohledem na rozhodnutí předchozích investičních tribunálů a z investičních sporů se tak stává disciplína spíše podobná anglo-americkému systému než tomu kontinentálnímu.<sup>141</sup>

Hlavním problémem aplikace rozhodnutí mezinárodních investičních tribunálů je dozajista nekonzistentnost aplikace norem mezinárodního práva a z toho plynoucí fragmentace tohoto právního odvětví.<sup>142</sup> Nežřídka se stává, že jednotlivé tribunály spolu nesouhlasí v základních otázkách mezinárodního práva, a právní jistota tak trpí významnými trhlinami. Větší konzistentnost by zajisté byla vítaná nejen investory

---

<sup>137</sup> Článek 38 odst. 1 písm. d) Statutu Mezinárodního soudního dvora.

<sup>138</sup> Viz CESSÉ, A. *International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2011), s. 159.

<sup>139</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 46.

<sup>140</sup> Viz COMMISSION, J. Precedent in Investment Treaty Arbitration: The Empirical Backing, 4(5) *TDM* (2007); *Saipem S.p.A. v The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures ze dne 21. března 2009, odst. 67.

<sup>141</sup> Což se odráží i v dalších aspektech těchto sporů jako je například důraz na písemná podání či křížový výsledek svědků, které nemají v kontinentálním právu takové postavení.

<sup>142</sup> Viz WAIBEL, Michael. *International Investment Law and Treaty Interpretation* v HOFMANN, RAINER, TAMS, CHRISTIAN (eds.). *From clinical isolation to systemic integration* (Baden-Baden, 2011) 29 - 52, s. 30. Dostupné na SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1930725>> navštívené 21. října 2015.

a státy, ale také jejich občany.<sup>143</sup> Bohužel důvody výskytu této nekonzistentnosti lze spatřovat už v historickém vývoji. Tyto důvody jsou shodné s důvody nepřijetí univerzální úmluvy o ochraně investic, které jsou popsány výše.

Rozpory mezi jednotlivými státy a právními školami jsou jednoduše příliš velké na to, aby se mohl vytvořit konzistentní systém práva. Dalším důvodem jistě je také absence sjednocujícího odvolacího mechanismu, který je omezen pouze na zrušení rozhodčího nálezu. Navzdory tomu však existují silné argumenty proti zavedení takového odvolacího systému.

Pořadí aplikace pramenů práva vychází ze samotného Statutu Mezinárodního soudního dvora a Vídeňské úmluvy o mezinárodním smluvním právu. V případě existence bilaterální (či multilaterální) smlouvy o ochraně investic se tato použije jako první v důsledku pravidla *lex specialis derogat legi generali*. Následně, pokud jistá otázka není upravena v této speciální smlouvě, se aplikují pravidla obvyčejového mezinárodního práva.<sup>144</sup>

## 6. Náhrada škody v investičních sporech obecně

Po vyložení aplikovatelných pramenů práva náhrady škody v rámci investičních sporů se následující kapitoly již věnují otázce náhrady škody v investičních sporech. Náhrada škody v rámci mezinárodního práva zahraničních investic postrádá souvislý a systematický přístup, což vede k nejistotě ohledně právního prostředí a také ve svém důsledku způsobuje nepředvídatelnost rozhodnutí mezinárodních rozhodčích tribunálů. Přesto se jisté prvky systému dají v případě náhrady škody, či spíše obecněji v případě prostředků nápravy,<sup>145</sup> najít.

---

<sup>143</sup> Pokud se podíváme na veřejnou debatu ohledně v současnosti vyjednávané smlouvy TTIP, spatříme, že argumenty nekonzistentnosti zaznívají vcelku hlasitě.

<sup>144</sup> Toto dokládají rozhodnutí *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award ze dne 25. května 2004, odst. 87; *Siemens A.G. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award ze dne 17. ledna 2007, odst. 349; *ADC v Hungary*, *op. cit.* 123, odst. 288 – 290. Nekonzistentnost mezinárodních investičních tribunálů lze v této věci demonstrovat na rozhodnutí *WENA Hotels v Egypt*, ve kterém tribunál aplikoval primárně národní právo v souladu s mezinárodním právem (viz *Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award ze dne 8. prosince 2000, odst. 78 – 79).

<sup>145</sup> Z anglického pojmu „remedy“.

## 6.1. Náhrada škody a kompenzace

Vnímání kompenzace a náhrady škody se může lišit mezi národní právní úpravou a mezinárodní právní úpravou, které jsou aplikovatelné v mezinárodních investičních sporech.<sup>146</sup> Pojmy náhrada škody a kompenzace jsou v mezinárodním právu používány zaměnitelně, což dokládá i znění Článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání v článcích 34 a 36. Avšak obsah těchto pojmů naznačuje, že se o úplná synonyma nejedná.

Kompenzace vyjadřuje obecnější charakter než náhrada škody,<sup>147</sup> jelikož náhrada škody je spojena s porušením (smluvního) závazku spíše než s vyvlastněním.<sup>148</sup> Kompenzace odškodňuje oběť za ztrátu, která jí vznikla.<sup>149</sup>

Nadto jednou z funkcí kompenzace je také zajištění, že stát neprofituje ze svého porušení práva tím, že by se bezdůvodně obohatil.<sup>150</sup> Proto existence možnosti kompenzace podporuje dodržování právních norem tím, že zakotvuje sankci a odbourává motivaci. Tento význam nelze podcenit, jelikož se v případech investičních sporů jedná o velmi efektivní nástroj zajišťující, že stát na porušování mezinárodního práva nevydělá. Na rozdíl od sporů pod taktovkou WTO, kde kompenzace či náhrada škody nepřipadá v úvahu, tak existuje reálná možnost, že se státu nevyplatí nedodržovat mezinárodněprávní normy ochrany investorů.<sup>151</sup>

I přes teoretické rozdíly mezi náhradou škody a kompenzací bude tato práce tyto pojmy používat zaměnitelně, jelikož pro vyložení principů fungování systému náhrady škody (kompenzace) jsou tyto rozdíly nepodstatné.

---

<sup>146</sup> MARBOE, Irmgard. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford University Press, 2009), s. 8.

<sup>147</sup> *Ibid.*, s. 12.

<sup>148</sup> Viz *LG&E v Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award ze dne 25. července 2007, odst. 38.

<sup>149</sup> Marboe tento princip vidí zejména v případech, kdy se jedná o znárodnění nebo jiné porušení mezinárodního práva. Zpravidla se tyto pojmy užívají v různých konotacích – kompenzace v případě vyvlastnění, zatímco náhrada škody v případě jiného porušení mezinárodního práva. Viz MARBOE, *op. cit.* 146, s. 8.

<sup>150</sup> WÄLDE, SABAHI, *op. cit.* 2, s. 1053.

<sup>151</sup> V rámci sporů vzniklých ze smluv WTO můžeme často pozorovat lhostejnost porušujícího státu vůči prostředkům nápravy, jako jsou například protiopatření, která vede k situaci, kdy je porušující stát efektivně schopen vyhodnotit, zda se mu porušení přeci jen nevyplatí. Náhrada škody (zejména ve smyslu *full reparation*) je daleko efektivnějším prostředkem, jelikož případný spor může dospět i k situaci, kdy je stát donucen své jednání přehodnotit nebo zaplatit částku odpovídající škodě vzniklé konkrétnímu investorovi. Otázku bezdůvodného obohacení tato práce řeší níže v kapitole 12.1.

## 6.2. Náhrada škody v systému nápravných prostředků

Kompenzace či náhrada škody není jediným prostředkem nápravy, který je investorům v rámci investičních sporů k dispozici. Mimo peněžité plnění existuje i možnost přiznat investorovi nepeněžité plnění vztahující se k *restitutio in integrum*.<sup>152</sup> Tato možnost vychází z toho, že smlouvy o ochraně investic se nevěnují úpravě nápravných prostředků, proto je nutné použít obecné prostředky podle obyčejového mezinárodního práva.

Obecně platí, že náhrada škody vyjádřená penězi by měla odpovídat co nejvěrněji restituci *in integrum*. Tento princip by měl sloužit jednak jako vodítko při určování výše náhrady škody a jednak jako omezení takové výše, aby nedošlo k obohacení poškozených osob.<sup>153</sup>

Analýza náhrady škody jako jednoho z možných nápravných prostředků vychází již ze samotného znění Článků. Dominantní postavení, jak je patrné například ze znění smlouvy NAFTA či Dohody o energetické chartě, zauímají restituce a kompenzace, proto se analýza bude věnovat převážně těmto formám nápravy.

Vycházíme-li z obecného principu vysloveného v rozhodnutí *Chorzówské továrny*,<sup>154</sup> náprava spočívá v nastolení situace, ve které by se žalobce ocitl v případě, kdyby žalovaný stát nejednal protiprávně. Také z toho důvodu je náhrada škody (a jiné nápravné prostředky) definována svým účelem spíše než formou, která je vyžadována. To otevírá možnosti tribunálu vybrat nejvhodnější formu nápravy pro nastolení právě takové hypotetické situace.

Pro dokreslení kontextu náhrady škody v rámci nápravných prostředků je nutné se zmínit i o jiných možnostech dostupných investičním rozhodčím tribunálům. Proto se tato práce bude věnovat i těmto otázkám, přestože by se mohlo zdát, že jdou nad rámec stanovené otázky náhrady škody v investičních sporech. Není tomu tak, jelikož pro vyložení důležitosti existence možnosti náhrady škody je nutné analyzovat i další alternativy a pohovořit o jejich úskalích.

---

<sup>152</sup> BĚLOHLÁVEK, *op. cit.* 77, s. 71.

<sup>153</sup> MARBOE, *op. cit.* 146, s. 28.

<sup>154</sup> *Chorzów Factory*, *op. cit.* 100.

### 6.3. Vztah restituce a kompenzace

V obyčejovém mezinárodním právu je primárním prostředkem nápravy restituce. Kompenzace hraje pouze druhotnou roli pro naplnění cíle reparaace, který spočívá v odstranění všech následků protiprávního jednání. Tento primát je všeobecně přijímaný,<sup>155</sup> avšak jedná se o primát teoretický.<sup>156</sup> Restituce s sebou nese velké problémy spojené zejména s její vymahatelností a nejistotou, co se týče její případné výše.<sup>157</sup>

V praxi tedy dochází k faktickému primátu kompenzace,<sup>158</sup> přičemž přiznání restituce je v novějších případech investiční arbitráže velmi vzácné. To plyne z faktu, že restituce často není v nejlepším zájmu žalobce, protože v případě sporu již došlo ke zničení vztahu se státem a investor tak preferuje exit před pokračováním v investici.

Žalobce tedy zpravidla formuluje svůj petit v peněžité náhradě škody a sám tribunál nemůže v takovém případě přiznat restituci, protože by tak rozhodoval *ultra petita*.<sup>159</sup> Ripinsky a Williams ovšem ve své analýze neberou v potaz možnost státu vznést protinárok znějící na restituci. V takovém případě by tribunál možnost přiznat restituci zajisté měl.

Dalším problémem restituce je, že se může často jednat o revizi přijaté legislativy či administrativních rozhodnutí a není zcela jasné, zda tribunály mají pravomoc státu například udělit povinnost zrušit zákon.<sup>160</sup> Opět jsem toho názoru, že pokud existuje souhlas státu s touto formou nápravy, například implicitně ve formě protinároku znějící na tento petit, nic rozhodcům nebrání v jejím užití.

I přes výše zmíněné je ovšem nesporné, že peněžité náhrady škody je snazší vymáhat než nepeněžité plnění. To plyne například z toho, že státní majetek je často držen i v zahraničí a forma řešení sporu (mezinárodní arbitráž) poskytuje dostatečné prostředky pro výkon rozhodčích nálezů téměř po celém světě prostřednictvím New Yorkské úmluvy či přímo prostřednictvím Washingtonské úmluvy.

---

<sup>155</sup> Viz *Chorzów Factory*, *op. cit.* 100, odst. 48; Články o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání, článek 35 odst. 3; *Texaco v Libya*, *op. cit.* 127, odst. 102 – 104.

<sup>156</sup> Některé smlouvy výslovně stanoví opačné pořadí – například NAFTA.

<sup>157</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 56.

<sup>158</sup> WÁLDE, SABAHI, *op. cit.* 2, s. 1058.

<sup>159</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 57.

<sup>160</sup> Viz *LG&E v Argentine Republic*, *op. cit.* 148, odst. 84 – 87.

### 6.3.1. Restituce ve formě nepeněžitého plnění

Tribunály v rámci investičních sporů mají inherentní pravomoc určit vhodný prostředek nápravy.<sup>161</sup> Nepeněžitě plnění bylo v rámci obvyčejového mezinárodního práva přiznáno vícero tribunály.<sup>162</sup> V principu tedy tato možnost existuje.

Z hlediska investičních sporů Ripinsky argumentuje, že „tribunál může přisoudit jakýkoli nápravný prostředek, jaký uzná za vhodný, pokud neexistuje specifická limitace v použitelném právu“.<sup>163</sup> Redfern a Hunter uzavírají, že otázka, zda má tribunál pravomoc nařídit konkrétní plnění (ve formě nepeněžitého plnění) je sporná jen velmi zřídka.<sup>164</sup> Toto tvrzení však platí pouze v rámci mezinárodní obchodní arbitráže, kde žádná ze stran není v pozici suverénního státu. Možnost přiznat jinou formu nápravy ale uznaly i některé investiční tribunály.<sup>165</sup>

Když se podíváme do nejčastěji využívaných procesních pravidel ICSID a UNCITRAL, nenajdeme v nich žádné omezení možnosti přiznat i jinou než majetkovou náhradu.<sup>166</sup> Naopak například smlouva NAFTA či Dohoda o energetické chartě omezují možné prostředky nápravy na peněžitou náhradu škody a restituci. Specifickým omezením možnosti přiznat jinou formu nápravy je situace legálního vyvlastnění, kdy lze přiznat pouze kompenzaci.<sup>167</sup>

Problémy u tohoto typu nápravného prostředku jsou v podstatě dvojí. Prvním

---

<sup>161</sup> WÁLDE, SABAHI, *op. cit.* 2, s. 1061.

<sup>162</sup> *Rainbow Warrior (New Zealand v France)*, 82 I.L.R. 500 (1990), odst. 114; *Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)*, Merits, Judgment, (1962) ICJ Rep 6, odst. 37; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, (1986) ICJ Rep 14, odst. 149; *Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v Belgium)*, (2002) ICJ Rep 3, odst. 33; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v Iran)*, Judgment, ICJ GL No 64, (1980) ICJ Rep 3, odst. 44 – 45.

<sup>163</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 51.

<sup>164</sup> BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN, HUNTER, *op. cit.* 74, s. 531.

<sup>165</sup> Viz *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (také známý jako: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v The Argentine Republic*), Decision on Jurisdiction ze dne 14. ledna 2004, odst. 79; *Antoine Goetz et consorts v République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award ze dne 10. února 1999, odst. 134 – 7 (ale v tomto případě je nutné podotknout, že se jednalo o schválení smíru dosaženého mezi stranami, ne o autoritativní nařízení restituce tribunálem); *Texaco v Libya*, *op. cit.* 127, odst. 389; *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v The Republic of Latvia, SCC, Arbitral Award* ze dne 16. prosince 2003, odst. 2; *Siemens v Argentina*, *op. cit.* 144, odst. 5.

<sup>166</sup> Nikoli ve smyslu náhrady nemajetkové újmy v penězích, ale nepeněžitou náhradu. Tento rozdíl často uniká pozornosti komentátorů, ale je nutné tyto případy odlišit od situací morální újmy nahrazované v penězích. Rozdíl tkví hlavně v možnosti efektivně vynutit jednání státu, což u nemajetkového plnění může činit problém daleko větší než v případě peněžité náhrady nemajetkové újmy.

<sup>167</sup> Viz *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. v Kyrgyz Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award ze dne 9. září 2009, odst. 158.

problémem je legitimita tribunálu nařít státu nepeněžitě plnění. Všechna rozhodnutí, která byla do této doby vydána a nařizovala nepeněžitě plnění, se týkala pouze administrativních procesů, nikoli legislativy jako takové. Nutno poznamenat, že v obou případech dochází k zasahování do suverenity státu, avšak intenzita tohoto zásahu se různí podle toho, co tribunál státu přikáže. Rozhodnutí investičních tribunálů se velice liší v pohledu na to, zda a za jakých podmínek mají pravomoc státu nařít konkrétní jednání.

Například tribunál ve věci *LG&E v Argentina* uzavřel, že jak v případě zásahu do administrativních opatření, tak v případě zásahu do legislativy by tribunál pocíoval „sentiment neoprávněného zásahu do [Argentinské] suverenity“.<sup>168</sup>

Druhým problémem u tohoto typu nápravného prostředku je jeho velmi těžká, pokud ne nemožná, vymahatelnost. Samozřejmě je nutné se touto otázkou zabývat již při průběhu samotného investičního sporu, ale případná nevymahatelnost by neměla tribunály negativně ovlivňovat v případech, kdy o restituci ve formě nepeněžitěho plnění žádá žalobce. Pokud již tento žalobní petit použil, je si dozajista vědom jeho problematické vymahatelnosti.

Proto v případě investičních sporů dochází k podmínění použití tohoto institutu nápravy. Například ve věci *Occidental v Ecuador* rozhodl tribunál o návrhu žalobce, aby rozhodci plně obnovili jeho smluvní práva, že takový výrok lze učinit pouze za splnění třech předpokladů: (i) nejedná se o věc právně nemožnou; (ii) případný výrok by nebyl disproporční vůči suverenitě státu při srovnání s výrokem znějícím na náhradu škody a (iii) náhrada škody by nepostačovala k plné kompenzaci žalobce.<sup>169</sup>

Z mého pohledu nejpokročilejším rozhodnutím v oblasti nepeněžitě restituce je nález tribunálu ve věci *Arif v Moldova*. V tomto rozhodnutí tribunál uzavřel, že restituce je preferovaným prostředkem nápravy, tribunál ji však nemůže žádným způsobem dozorovat. Proto je nutné nařít restituci a kompenzaci vedle sebe jako alternativy s tím, že kompenzace se odkládá o 90 dní.

Tento postup v očích tribunálu jako jediný vedl k možnosti zachránit investici,

---

<sup>168</sup> *LG&E v Argentina*, *op. cit.* 148, odst. 87.

<sup>169</sup> *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Provisional Measures ze dne 17. srpna 2007.



ale dostatečně zajistil i náhradu škody žalobce v případě, že by to nebylo možné.<sup>170</sup>

Obecně je tedy z mého pohledu tento postup nejefektivnější, avšak vždy bude záležet na okolnostech konkrétního případu. Je však pravdou, že peněžité kompenzace hraje prim ne vždy v důsledku toho, že by byla nejefektivnější, ale často proto, že s nepeněžitou restitucí se pojí výše zmíněné potíže. Wälde a Sabahi však správně argumentují, že v případech porušení mezinárodního práva, která nejsou vyvlastněním (za které lze poskytnout pouze kompenzaci), by mělo nepeněžité plnění (restituce) být žalováno a tribunálem nařízeno.<sup>171</sup>

Tolik k otázce restituce jako možné alternativy k náhradě škody. Dále se tato práce věnuje již otázkám spojeným výhradně s náhradou škody.

## 7. Nahraditelná škody

V rámci mezinárodního práva náhrady škody je nutné se zabývat tím, co je nahraditelnou škodou, jelikož ne každá, či ne vždy celá, škoda, která investorovi vznikla, bude nahraditelná. Kritérii stanovujícími nahraditelnou škodu jsou zejména základní kritéria jako porušení mezinárodního práva či smlouvy současně s přičitatelností daného jednání porušujícímu státu, existence škody a její prokázání a kauzální nexus mezi tímto protiprávním jednáním a vznikem škody. Mimo tato základní kritéria existují i další, která mohou ovlivnit výši náhrady škody a *de facto* tak stanovující, co je nahraditelnou škodou v konkrétním případě. Základem je bezpochyby princip plné kompenzace, který zakotvuje pravidlo, že výše kompenzace musí odpovídat škodě způsobené žalobci protiprávním jednáním státu.<sup>172</sup> Opět je nutné zdůraznit, že se jedná o kritérium stanovující cíl náhrady škody, nikoli mechanismus či specifický postup při kompenzaci.

Mimo spektrum plné kompenzace je například exemplární náhrada škody.<sup>173</sup> V případě této náhrady škody se nejedná o funkci kompenzační, naopak cílem je potrestat stát za jeho protiprávní jednání.

I přes to, že se nejedná o věc vyloučenou smlouvami o ochraně investic, tento

---

<sup>170</sup> *Mr. Franck Charles Arif v Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award ze dne 8. dubna 2013, odst. 158.

<sup>171</sup> WÄLDE, SABAHİ, *op. cit.* 2, s. 1115 – 1116.

<sup>172</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 112.

<sup>173</sup> V anglickém originále „punitive damages“.

postup nemá oporu v mezinárodním právu a nelze jej tak využít.<sup>174</sup> Také investiční tribunály tento institut neaplikují.<sup>175</sup> Je otázkou, zda by tato forma exemplární náhrady škody nemohla hrát roli v případě výše popsaného rozhodnutí *Arif v Moldova*.

Za předpokladu, že investiční tribunál použije eventuální výrok znějící na restituci a náhradu škody, zakotvení exemplární náhrady škody za porušení povinnosti primárně stanovené (tedy povinnosti restituce) by mohlo vést k donucení státu tento prostředek nápravy neignorovat a neposkytnout „pouze“ náhradu škody jako povinnost eventuální. Tato otázka dosud v rámci investičních sporů řešena nebyla. Dovedu si však představit, že by tribunály institut exemplární náhrady škody mohly v tomto případě využít k posílení vymahatelnosti restitučního nároku.

Na rozdíl od národních právních řádů, ve kterých lze vymahatelnost rozhodnutí znějících na uložení specifické povinnosti posílit ukládáním pokut, nelze tento způsob posílení vymahatelnosti v mezinárodním právu využít, jelikož tribunály nejsou nadřazeny žalovanému subjektu (jelikož se jedná o suverénní stát). Proto nelze využít tohoto institutu a je nutné hledat alternativy. Právě takovou alternativou může být podmíněné uložení exemplární náhrady škody.

Specifickou kategorií škody, o které se vedou debaty, zda tvoří součást nahraditelné škody, je nemajetková újma („*moral damages*“). Tato práce si neklade za cíl pojednat o tomto problému vyčerpávajícím způsobem, ale obecné nastínění tohoto problému je namístě.

Obecně se vychází z předpokladu, že nemajetková újma není v aplikovatelných smlouvách vyloučena. S ohledem na výše zmíněný princip plné kompenzace existuje možnost, že součástí plné kompenzace bude i náhrada nemajetkové újmy, která vznikla v důsledku porušení mezinárodního práva.

Z hlediska obyčejového mezinárodního práva je základ práva na náhradu nemajetkové újmy obsažen v rozhodnutích ohledně lodi *Lusitania*.<sup>176</sup> Tato rozhodnutí se vrací k první světové válce, kdy britská loď *Lusitania* se stala 7. května 1915 cílem

---

<sup>174</sup> SCHWARZENBERGER, G. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, (3. ed., Stevens and Sons Limited, London, 1957), s. 673 – 674; REISMAN, M., SLOANE, R. Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, 74 *BYIL* (2004) 115, s. 138.

<sup>175</sup> Viz *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award ze dne 1. června 2009, odst. 544 – 546; *Swisslion DOO Skopje v Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award ze dne 6. července 2012, odst. 344

<sup>176</sup> *Mixed Claims Commission (United States and Germany)*, 1. listopad 1923 – 30. říjen 1939, VII RIAA 32.

torpéd německých ponorek nedaleko pobřeží Irska. V té době ještě byly Spojené státy americké neutrální, tedy nebyly ve válce s Německem. Z celkového počtu 197 amerických občanů na palubě lodi Lusitania bylo 128 z nich zabito.

Rozhodující soudci vzali v následném sporu v potaz mentální útrapy či šok způsobený násilným rozvázáním rodinných vazeb smrtí nevinných cestujících. Kompenzace v tomto případě náležela v důsledku mentálních útrap, újmy na citech, ponížení, studu, degradace, ztráty sociálního postavení či újmy na reputaci. Samozřejmě za současného vyloučení exemplárního potrestání, které stálo mimo nahraditelnou škodu.

Obecně je tedy možnost náhrady nemajetkové újmy přípustná. Avšak v kontextu investičních sporů nedochází ke smrti nevinných cestujících, ale dochází zpravidla ke ztrátám finančního charakteru, které investor utrpí. Nahraditelná nemajetková újma může vzniknout i investorovi, který je právnickou osobou. Například se může jednat o ztrátu reputace.<sup>177</sup> Proto investiční tribunály konstantně rozhodují, že náhrada nemajetkové újmy je možná, avšak pouze při existenci mimořádných okolností.<sup>178</sup>

Mimořádné okolnosti jsou ovšem neurčitým právním pojmem, který je nutné vykládat případ od případu. Mimořádné okolnosti mohou být způsobeny tím, že protiprávní jednání bylo motivováno či vedeno zlomyslnou pohnutkou.<sup>179</sup>

Obecné odvolání se na principy bylo již investičními tribunály odmítnuto. Například požadavek na náhradu nemajetkové újmy v důsledku zneužití soudního řízení byl odmítnut.<sup>180</sup> Ani dlouho trvajícím spor před národními soudy nebyl považován za dostatečný podklad pro přiznání nemajetkové újmy.<sup>181</sup>

Lze tedy uzavřít, že náhrada nemajetkové újmy může být nahraditelnou škodou,

---

<sup>177</sup> *Desert Line Projects LLC v Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award ze dne 6. února 2008, odst. 289; *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v Government of the State of Libya, Ministry of Economy in the State of Libya, General Authority for Investment Promotion and Protection Affairs, Ministry of Finance in Libya and Libyan Investment Authority*, Final Arbitral Award ze dne 22. března 2013, s. 369.

<sup>178</sup> *Joseph C. Lemire v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award ze dne 28. března 2011, odst. 326; *Arif v. Moldova*, odst. 592; *OI European Group B.V. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Award ze dne 10. března 2015, odst. 909.

<sup>179</sup> *Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award ze dne 15. prosince 2014, odst. 653; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, Excerpts of Award ze dne 1. března 2012.

<sup>180</sup> *Cementownia „Nowa Huta“ S.A. v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award ze dne 17. září 2009, odst. 170 – 171.

<sup>181</sup> *ST-AD GmbH v Republic of Bulgaria*, PCA Case No. 2011-06 (ST-BG), Award on Jurisdiction ze dne 18. července 2013, odst. 430.

ale je nutné splnit striktní požadavek na existenci mimořádných okolností. Nestačí tedy porušení mezinárodního práva jako v případě náhrady majetkové škody, ale je nutné kromě obecných předpokladů prokázat právě i existenci těchto okolností.

Pojem nahraditelné škody není totožný pro majetkovou a nemajetkovou újmu. V obou případech je třeba zkoumat, zda jsou splněny podmínky nahraditelnosti škody – ať už obecné pro náhradu škody, tak speciální pro případ náhrady nemajetkové újmy. Protože se v případě náhrady nemajetkové újmy jedná pouze o malou a ne příliš významnou součást náhrady škody v investičních sporech, tato práce se dále bude věnovat obecným předpokladům náhrady škody a nebude do detailu zkoumat podmínky pro přiznání náhrady nemajetkové újmy.

## 7.1. Existence škody

Předpokladem kompenzace je skutečná existence škody, která je vyjádřitelná v penězích.<sup>182</sup> Tato škoda v sobě obsahuje jak majetkovou, tak nemajetkovou újmu. Valná většina žalovaných škod je majetkové povahy, ale tribunály již přiznaly i náhradu nemajetkové újmy.<sup>183</sup> Tento předpoklad je zásadní v tom, že pokud dojde k protiprávnímu jednání státu, avšak nedojde ke vzniku škody na straně investora, nelze investorovi přiznat náhradu škody.<sup>184</sup> K požadavku faktické existence škody přistupují i další požadavky – zejména se jedná o kauzální nexus a přiměřenou jistotu existence takové škody.<sup>185</sup>

### 7.1.1. *Damnum emergens a lucrum cessans*

Princip náhrady škody v mezinárodním právu odráží vývoj v právních systémech národních.<sup>186</sup> S náhradou škody se na národní úrovni setkáváme zejména ve spojení s porušením smlouvy. Proto lze i v mezinárodním právu hovořit o dvou základních složkách škody, které jsou nahraditelné. Jedná se o *damnum emergens*, tedy

---

<sup>182</sup> Viz článek 36 Článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání.

<sup>183</sup> *Desert Line v Yemen*, *op. cit.* 177.

<sup>184</sup> *Pope & Talbot Inc. v The Government of Canada*, UNCITRAL, Award in Respect of Damages ze dne 31. května 2002, odst. 82 – 84.

<sup>185</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 114.

<sup>186</sup> V této podkapitole pojem náhrada škody není synonymem pro pojem kompenzace, jelikož se analýza vztahuje na situace mimo vyvlastnění, za něž náleží kompenzace dle příslušného ustanovení BIT a u něhož tedy analýza z pohledu *damnum emergens a lucrum cessans* nepřichází v úvahu.

skutečně vzniklou škodu, která není ve své podstatě kontroverzní, jelikož se jedná o návrat stavu majetku do situace, ve které byl před porušením mezinárodněprávní povinnosti či porušením smluvních ustanovení.

Aby však bylo dosaženo cíle plné kompenzace, je nutné vzít v potaz i potenciální vývoj, ke kterému mohlo dojít mezi porušením povinnosti a rozhodnutím o náhradě škody. *Damnum emergens* také nepokrývá veškerou ekonomickou realitu, když se například neumí vypořádat s konceptem pokračující společnosti.<sup>187</sup> Tato část náhrady škody se nazývá *lucrum cessans*, neboli ušlý zisk. Pouze při kombinaci obou těchto složek dochází k naplnění principu plné kompenzace.<sup>188</sup> Avšak *lucrum cessans* představuje podstatně těžší část z hlediska své nejistoty či spekulativnosti.<sup>189</sup>

S ohledem na výše zmíněné vzniká často při určení nahraditelné škody problém s její nejistotou. Pro určení náhrady škody v takovém případě je nutná hypotetická analýza tribunálu, která vychází z porovnání současného reálného stavu se stavem, který by nastal, kdyby nedošlo k protiprávnímu jednání státu. Wälde a Sabahi tuto situaci popisují trefně tak, že:

„Vyžaduje návrat v čase do okamžiku před protiprávním jednáním. Od tohoto okamžiku se však intelektuální činnost stává obtížnou: pouze vynecháme protiprávní jednání a předpovíme, jak by se věci vyvíjely; či se budeme zabývat domněnkou, jak by vláda jednala po právu?“<sup>190</sup>

Wälde a Sabahi dále docházejí k závěru, že nelze předpokládat, že by se svět zastavil a vláda by nejednala vůbec. Dle nich je tedy nutné se zabývat, jak by vláda jednala v případě, že by jednala po právu. Ani tato situace ale není bez svých úskalí. Tribunál nemůže jednoduše vstoupit do pozice vlády, jelikož nemá jakoukoli kompetenci konstruovat alternativní vládní politiku. Navíc v případě investic se často jedná o situaci, kdy existuje více legitimních cest, jak postupovat. Přesto by se tribunál musel rozhodnout právě pro jednu, aby mohl určit výši náhrady škody s přiměřenou

---

<sup>187</sup> WÄLDE, SABAHI, *op. cit.* 2, s. 1066.

<sup>188</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 107.

<sup>189</sup> *Himpurna California Energy Ltd. v PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara (PLN), Republic of Indonesia*, Final Award ze dne 4. května 1999, (2000) XXV Yearbook of Commercial Arbitration 13, 73, odst. 241.

<sup>190</sup> WÄLDE, T., SABAHI, B. Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law, 4(6) *TDM* (2007) 6.

jistotou.

Ripinsky a Williams tedy argumentují, že stát by měl nést plnou odpovědnost za své jednání, spíše než rozdíl mezi situací vzniklou protiprávním jednáním a potenciální situací při jednání po právu.<sup>191</sup> S tímto závěrem lze souhlasit, protože závěr učiněný Wäldem a Sabahim by mohl vést k situaci, kdy i přes to, že existovala legitimní možnost vypořádat se se vzniklou situací po právu, stát se jednoduše uchýlí k protiprávnímu jednání s tím, že rozdíl nebude velký.

Proto je z mého pohledu nutné aplikovat porovnání čistě mezi stavem protiprávním a stavem bez něj bez ohledu na možný vývoj legislativy či jiné možné jednání státu.

## 8. Žalobní důvody

Po stanovení, že v případě náhrady škody musí existovat reálná škoda, která investorovi vznikla, je nutné se věnovat další nutné složce nahraditelnosti škody – jednání státu v rozporu s jeho mezinárodněprávními závazky. V zásadě může zapříčinit porušení mezinárodního práva (ať už obyčejového minimálního standardu, tak smlouvy o ochraně investic) jakékoli jednání státu. Příkladem takového jednání může být zásah do vlastnických práv, smluvních práv, řídicích práv, administrativních či fiskálních práv, ale i změna regulatorního rámce.

Tento bod ale nelze chápat absolutně, protože každý stát má právo měnit svůj regulatorní rámec. Tedy ne každá změna rámce legislativy povede k porušení mezinárodního práva sama o sobě, muselo by se jednat o změnu ze své povahy nebo ve svém důsledku tak závažnou, že by porušila mezinárodněprávní závazek státu.

Zvláštní situace může nastat v případě podpisu stabilizační doložky („*stabilisation clause*“), která v podstatě zmrazí legislativní rámec v okamžiku jejího přijetí. Zpravidla se jedná o prevenci změn v oblastech zdanění, fiskální politiky, regulace obchodních společností či úpravy vyvlastnění a znárodnění.<sup>192</sup>

Právo na náhradu škody vzniklé v důsledku protiprávního jednání státu, stejně jako právo na kompenzaci v případě legálního vyvlastnění, jsou pevně zakořeněnými

---

<sup>191</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 118.

<sup>192</sup> HIRSCH, Moshe. *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993), s. 142.

principy mezinárodního práva.<sup>193</sup> Z hlediska náhrady škody je však nutné zdůraznit, že v případě kombinace několika žalobních důvodů (za předpokladu jejich prokázání) nedochází ke kumulaci kompenzace.<sup>194</sup>

V následujících kapitolách předkládám obecný a nevyčerpávající přehled žalobních důvodů, které investoři využívají v případech, kdy se domnívají, že byla jejich práva státem porušena.

## 8.1. Vyvlastnění

Ochrana před vyvlastněním je založena na století starých principech.<sup>195</sup> Z důvodu nutnosti ochrany před vyvlastněním v podstatě vzniklo celé právo zahraničních investic jako právní disciplína. V současné době je státům přiznáváno právo vyvlastnit majetek zahraničních investorů za předpokladu splnění čtyř podmínek. Vyvlastnění musí být: i) ve veřejném zájmu;<sup>196</sup> ii) nediskriminační; iii) v souladu s použitelným právem a principy spravedlivého procesu; a iv) za plnou náhradu.

Při nesplnění byť jedné z výše uvedených podmínek se jedná o protiprávní vyvlastnění. V případě vyvlastnění je existence práv, která měla být předmětem vyvlastnění, posuzována podle národního práva, nikoli podle práva mezinárodního. Tedy otázky existence smlouvy či jiného práva jsou svěřeny k řešení národním soudům.<sup>197</sup>

U vyvlastnění je vždy hlavním problémem rozlišit legitimní využití vládního uvážení, které zasahuje do užívání majetku vlastněného zahraničním investorem, a regulatorní převzetí, které dosahuje vyvlastnění, v důsledku čehož je nutné zaplatit kompenzaci.<sup>198</sup> Obecně lze uzavřít, že aby jednání státu dosáhlo vyvlastnění, musí stát aktivně jednat nebo musí dojít k přenosu práv či plodů investice.<sup>199</sup>

V mezinárodním právu zahraničních investic rozlišujeme 4 základní typy

---

<sup>193</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 64.

<sup>194</sup> BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN, HUNTER, *op. cit.* 74, s. 511.

<sup>195</sup> Více informací ohledně role této ochrany v historickém vývoji viz výše v kapitole 1. Historický vývoj mezinárodního práva zahraničních investic.

<sup>196</sup> K problému může dojít při snaze definovat, co veřejným zájmem je a co již není.

<sup>197</sup> SCHREUER, *op. cit.* 47, s. 2 – 3. Dále viz Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v *The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award dated 1 November 1999, odst. 96 - 99.

<sup>198</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 77.

<sup>199</sup> *Ibid.*, s. 79.

vyvlastnění: 1. přímé vyvlastnění; 2. nepřímé vyvlastnění; 3. plíživé vyvlastnění a 4. regulatorní vyvlastnění.

### **8.1.1. Přímé vyvlastnění**

Přímé vyvlastnění je nejevidentnější ze všech forem vyvlastnění. Jedná se o přímé převedení majetku na stát (včetně držby takového majetku). Jeho definice nepůsobí problémy, protože se jedná o tradiční formu vyvlastnění.

### **8.1.2. Znárodnění**

Profesor Subedi chápe znárodnění jako podmnožinu přímého vyvlastnění,<sup>200</sup> avšak tyto pojmy nejsou dostatečně obsahově totožné, aby se mohlo jednat o tutéž záležitost jednou užší a jednou širší. Rozdíl tkví zejména v adresátech jednání státu. Zatímco znárodnění se týká určitého ekonomického sektoru jako celku, vyvlastnění se děje vždy ve vztahu ke konkrétnímu subjektu.<sup>201</sup> Proto, i kdybychom chápali tyto odlišnosti pouze jako marginální, jednalo by se spíše o situaci, kdy vyvlastnění je podmnožinou znárodnění, ne naopak. Proto zde musím s názorem profesora Subediho nesouhlasit.

### **8.1.3. Nepřímé vyvlastnění<sup>202</sup>**

Nepřímé vyvlastnění již postrádá evidentnost jednání státu ve smyslu zabavení majetku ve prospěch státu, jak je tomu u přímého vyvlastnění. Nepřímé vyvlastnění tedy spočívá v opatřeních přijatých státem, jež zbavují vlastníka podstatných výnosů jeho majetku. Definice a použití již vytváří větší kontroverze než je tomu u přímého vyvlastnění.

### **8.1.4. Plíživé vyvlastnění**

Plíživé vyvlastnění je jednou z forem nepřímého vyvlastnění. Jedná se o situaci, kdy jednotlivá opatření státu sama o sobě nevedou k vyvlastnění, ale jejich postupným zaváděním se nakonec v souhrnu dosáhne efektu rovnajícího se vyvlastnění. Jako

---

<sup>200</sup> *Ibid.*, s. 80.

<sup>201</sup> UNCTAD. *Taking of Property* (United Nations, New York, 2000), s. 48.

<sup>202</sup> Vedle níže zmíněných pojmů „plíživé vyvlastnění“ a „regulatorní vyvlastnění“ lze rozlišovat také „*de facto* vyvlastnění“, „maskované vyvlastnění“ či „následkové vyvlastnění“, avšak není předmětem této práce se věnovat tématu vyvlastnění do větší hloubky.



příklad lze uvést postupné zvyšování daní v daném sektoru, které v období několika let dosáhne úrovně, kdy investor již nemůže požívat jakékoli zisky, přestože navyšování probíhalo postupně a jednotlivá zvyšování nepůsobí významně.

#### 8.1.5. Regulatorní vyvlastnění

Opět se jedná o formu nepřímého vyvlastnění, kdy opatření státu v rámci určité regulace dopadají na investici takovým způsobem, že je lze považovat za vyvlastnění.

#### 8.1.6. Vyvlastnění a kompenzace

Největším úskalím v rámci jakéhokoli vyvlastnění představuje požadavek na kompenzaci, která za něj náleží. Nejenže je problematické určit přesně případ, kdy ještě není třeba kompenzaci poskytnout a kdy už ano, ale i samotná povaha a výše kompenzace mohou působit problémy.

Mezinárodní právo vyžaduje po státu, aby zaplatil kompenzaci za vyvlastnění bez specifikace její povahy.<sup>203</sup> Z rozhodnutí ve věci *Chorzówské továrny* plyne povinnost poskytnout plnou kompenzaci. Slovo „plná“ je často ve smlouvách o ochraně investic nahrazováno slovy „promptní, adekvátní a efektivní“. Přesto nelze uzavřít, že se jedná o univerzálně aplikovatelný standard, protože například bilaterální smlouva mezi Velkou Británií a Indií vyžaduje „spravedlivou“ či „vhodnou“ kompenzaci. Dále například tribunál ve věci *Noble Ventures v Romania* požadoval po státu „bezprostřední“ kompenzaci.<sup>204</sup>

V případě vyvlastnění mezinárodní právo důsledně používá pojmu kompenzace, který v tomto kontextu neodpovídá přesně pojmu náhrady škody. Mnohé mezinárodní smlouvy o ochraně investic obsahují zvláštní ustanovení, které přiznává v případě vyvlastnění pouze možnost kompenzace. Nutné je si uvědomit, že tato ustanovení implicitně vylučují jiné nápravné prostředky. Lze tedy uzavřít, že v případě vyvlastnění nebude připadat v úvahu restituce, jelikož obecné normy obyčejového mezinárodního práva se neaplikují z důvodu existence speciálního ustanovení BIT. Peněžité kompenzace tedy tvoří jedinou možnou formu nápravy v případě vyvlastnění.

Z toho důvodu již standard kompenzace v případě vyvlastnění není

<sup>203</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 80.

<sup>204</sup> *Noble Ventures, Inc. v Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award ze dne 12. října 2005.

problematický. Problematická však nadále zůstává otázka metody kalkulace, která by se měla v daném případě použít.<sup>205</sup>

## 8.2. Porušení mezinárodního práva

Dalším z žalobních důvodů, jež mohou investoři v investičních sporech využít, je porušení mezinárodního práva. Porušením mezinárodního práva můžeme rozumět samozřejmě i vyvlastnění, ale z důvodu zvláštního postavení jsem považoval za účelné jej vyčlenit do zvláštní kapitoly.

Porušení mezinárodního práva může nastat v případě porušení obyčejového práva či mezinárodní smlouvy. Přestože existuje více standardů a ustanovení smluv, které mohou být porušeny, náhrada škody nezávisí na typu ustanovení, které je porušeno.<sup>206</sup> To platí s jedním rozdílem – vyvlastněním – který spočívá ve specifické formě kalkulace, jež je zpravidla zakotvena ve smlouvě o ochraně investic.<sup>207</sup>

Přirozeně existuje celá řada závazků států, jejichž porušení může vést k investičnímu sporu. Následující seznam není dozajista kompletní, ale obsahuje nejčastěji používaná ustanovení různých smluv o ochraně investic. Možnost žádat náhradu škody, i v případě jiných porušení mezinárodního práva než je vyvlastnění, je dána obyčejovým právem a principem plné kompenzace,<sup>208</sup> který v důsledku znamená, že je nutné nastolit stav, který by existoval, pokud by nedošlo k porušení mezinárodněprávní povinnosti státu. Náhrada škody v mezinárodním kontextu je definována účelem, nikoli formou, proto může přiznaná náhrada škody dosahovat nejrůznějších forem.<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> MARBOE, *op. cit.* 146, s. 44. Vzhledem k rozsahu práce není cílem o tomto tématu dále pojednávat.

<sup>206</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 14; *S.D. Myers, Inc. v Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award ze dne 13. listopadu 2000, odst. 317.

<sup>207</sup> Jedná se o tzv. „fair market value“, což je pojem vykládaný tribunály jako „cena majetku, která je vyjádřena v penězích, nebo jejich ekvivalentu, za kterou ho lze směnit při hypotetické vůli prodávajícího a možného kupujícího, jednajícího ve shodě, na volném trhu, bez nátlaku, přičemž oba mají znalost relevantních faktů prodeje“ (viz *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8). Dále k tomu lze podotknout, že se jedná o kalkulaci objektivní, tedy o kalkulaci založenou na pohledu třetí osoby. Na rozdíl od vyvlastnění se v případech jiného porušení mezinárodního práva uplatní zpravidla subjektivní metoda kalkulace, tedy kalkulace zaměřená na subjekt samotný, nikoli na jeho vnímání okolím (viz MARBOE, *op. cit.* 146, s. 36 – 37).

<sup>208</sup> Viz *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) v Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award ze dne 21. února 1997, odst. 6.21; *SD Myers v Canada*, *op. cit.* 206, odst. 315; *Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic*, UNCITRAL, Award ze dne 13. února 2003, odst. 78.

<sup>209</sup> Jako příklad lze zmínit plnou cenu investice, snížení hodnoty investice, smluvně stanovenou cenu plnění, ztrátu dividend akcionářů, ztrátu proinvestovaných prostředků atd.

Není ojedinělé, že jedno jednání státu poruší hned několik povinností plynoucích z mezinárodního práva. V případě několikerých porušení mezinárodního práva nedochází k separátní kompenzaci za každé z nich.<sup>210</sup> Je tomu tak z důvodu obavy z možné dvojí kompenzace pro investora. V případě spojení vyvlastnění s jiným porušením mezinárodního práva zpravidla vedle vyvlastnění nevznikají další škody, v případě vícero porušení jiných ustanovení mezinárodního práva je opět rozhodující princip plné kompenzace.

V důsledku aplikace tohoto principu nehraje velkou roli, ke kolika porušením mezinárodního práva došlo, i když je nutné se jimi z právního hlediska zabývat odděleně. Vzniklá škoda je představována celkovou částkou, která teoreticky může být, ale zpravidla není, závislá na počtu porušených ustanovení. Jednotlivé žalobní důvody spadající do této kapitoly jsou nastoleny níže.

### 8.2.1. Spravedlivé a rovné zacházení

Nejčastěji používaným důvodem investiční žaloby<sup>211</sup> je porušení povinnosti poskytnout investorovi spravedlivé a rovné zacházení.<sup>212</sup> Tato povinnost vychází z minimálního standardu přiznaného obyčejovým mezinárodním právem.<sup>213</sup> Subedi v tomto principu vidí „hlavní, ne-li nejdůležitější, princip práva zahraničních investic,“<sup>214</sup> s čímž je zajisté možné souhlasit vzhledem k jeho aplikaci a původu v obyčejovém mezinárodním právu. Ke vztahu práva na spravedlivé a rovné zacházení a obyčejového mezinárodního práva se vyjádřil i tribunál ve věci *Saluka v Czech Republic*, který podotkl, že

„[b]y mělo být stále na mysli, že obyčejový minimální standard je v každém případě pro stát závazný a poskytuje minimální garanci zahraničním investorům i tam, kde se stát drží politiky, která je v principu proti zahraničním investicím; v tomto kontextu nemusí minimální standard spravedlivého a rovného zacházení fakticky

<sup>210</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 99.

<sup>211</sup> Dle provedeného výzkumu byl tento žalobní důvod použit v každém sporu, který byl zaregistrován a zveřejněn.

<sup>212</sup> V anglickém originále „*fair and equitable treatment*“, často zkracován na „FET“.

<sup>213</sup> Pro bližší informace viz VASCIANNIE, S. *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice* 70 *BYIL* (1990) 99.

<sup>214</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 63.

znamenat nic jiného než „minimální“ ochranu. V důsledku toho je pro porušení tohoto standardu nutné, aby jednání státu dosáhlo relativně vysoké úrovně nevhodnosti.“<sup>215</sup>

Přestože je tento základní standard obecně považován za uzavřený, význam a rozsah některých jeho sub-principů je otázkou intenzivní debaty v judikatuře i akademické literatuře.<sup>216</sup> Obsah pojmu „spravedlivé a rovné zacházení“ se odvozuje od jeho sub-principů. Tyto sub-principy tvoří systém zacházení, na které má investor právo, a porušení byť jednoho z nich zpravidla vede k porušení povinnosti poskytnout investorovi spravedlivé a rovné zacházení.

Mezi tyto sub-principy patří mimo jiné:

- (i) ochrana rozumného a legitimního očekávání investora v době, kdy činil předmětnou investici;<sup>217</sup>
- (ii) poskytnutí spravedlivého procesu, transparentnosti a stability ve vztahu k investici;<sup>218</sup>
- (iii) zákaz svévolného a diskriminačního jednání státu;<sup>219</sup>
- (iv) zákaz nepřiměřeného jednání státu;<sup>220</sup> a
- (v) povinnost státu jednat v dobré víře.<sup>221</sup>

Není v možnostech této práce detailněji pojednat o jednotlivých složkách principu spravedlivého a rovného zacházení. Výše popsaný přehled by však měl poskytnout základní povědomí o širokých možnostech, které tento standard poskytuje.

Ve vztahu k náhradě škody představují porušení mezinárodního práva (s výjimkou vyvlastnění) zajímavý posun při určování prostředku nápravy Tribunál totiž

---

<sup>215</sup> *Saluka Investments B.V. v The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award ze dne 17. března 2006, odst. 292.

<sup>216</sup> SUBEDI, *op. cit.* 12, s. 57.

<sup>217</sup> *Saluka v Czech Republic*, *op. cit.* 215, odst. 302; *Rumeli Telekom A.S. and telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award ze dne 29. července 2008, odst. 609; *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award ze dne 29. května 2003, odst. 154.

<sup>218</sup> *Waste Management, Inc. v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award ze dne 30. dubna 2004, odst. 98.

<sup>219</sup> *CMS v Argentina*, *op. cit.* 202, Award ze dne 12. května 2005, odst. 290.

<sup>220</sup> *EDF (Services) Ltd. v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award ze dne 8. října 2009, odst. 293.

<sup>221</sup> *El Paso Energy International Company v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award ze dne 31. října 2011, odst. 357.

není limitován specifickými ustanoveními aplikovatelné mezinárodní smlouvy, protože tato smlouva zpravidla žádná taková ustanovení neobsahuje. Dochází tedy k aplikaci obyčejového mezinárodního práva, které poskytuje více možností než v případě vyvlastnění.<sup>222</sup>

### 8.2.2. Další žalobní důvody

Vedle nejčastějších a nejvýznamnějších žalobních důvodů, které jsou popsány výše, se zpravidla v žalobách investorů v rámci investičních sporů objevují i další žalobní důvody, které mají demonstrovat nelegálnost jednání státu. Tyto důvody vycházejí z porušení jiných ustanovení aplikovatelné smlouvy o ochraně investic. Mezi tyto žalobní důvody patří porušení:

- (i) principu plné ochrany a bezpečnosti, tedy povinnosti státu zajistit investici (a za určitých okolností i investorovi) plnou ochranu a bezpečnost. Opět se jedná o princip bez jasné definice, ale zpravidla je vykládán restriktivně,<sup>223</sup>
- (ii) doložky nejvýhodnějšího zacházení, tedy povinnosti státu poskytnout investorovi z jednoho státu stejné výhody, jako byly sjednány ve prospěch investorů ze státu jiného. Tato doložka často slouží k inkorporaci ustanovení jiné mezinárodní smlouvy než té, která je aplikovatelná mezi stranami sporu,<sup>224</sup>
- (iii) principu národního zacházení, tedy nutnosti nediskriminovat zahraniční investory oproti občanům hostitelského státu. Jinými slovy pokud stát přizná práva svým občanům, musí tato práva přiznat i zahraničním

---

<sup>222</sup> Viz *Ron Fuchs v Georgia*, ICSID Case No. ARB/07/15, Award ze dne 3. března 2010, odst. 532; *Lemire v Ukraine*, *op. cit.* 178, odst. 149; *British Caribbean Bank Ltd. v Government of Belize*, PCA Case No. 2010-18/BCB-BZ, Award ze dne 19. prosince 2014, odst. 288.

<sup>223</sup> Viz *Noble Ventures v Romania*, *op. cit.* 204; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award ze dne 22. května 2007.

<sup>224</sup> Nejedná se však o možnost inkorporovat různá ustanovení různých bilaterálních investičních smluv, ale o aplikaci jedné smlouvy. To plyne již se samotného anglického názvu „*most-favoured-nation treatment*“, což naznačuje vztah k jednomu státu. Pro opačný jazykový výklad by bylo nutné, aby tento standard byl vyjádřen slovy „*most-favoured-nations treatment*“.

investorům, jinak dojde k porušení tohoto mezinárodněprávního závazku.<sup>225</sup>

Mimo výše zmíněné žalobní důvody existují i další. O těch nejdůležitějších ale bylo pojednáno. Na základě výše popsaných žalobních důvodů (a s nimi spojených povinností států) je evidentní, že ve vztahu k zahraničním investorům je nutné zkoumat širokou škálu ustanovení, která mohou být porušena. Zároveň jsou povinnosti států definovány velice široce. V důsledku těchto faktorů je porušení mezinárodního práva investory žalováno stále častěji, což se odráží i v počtu investičních sporů, které jsou v současné době vedeny.

### 8.3. Porušení smlouvy s investorem

Porušení smlouvy s investorem může za jistých okolností tvořit základ investičního sporu. Smlouva a její porušení se řídí svým rozhodným právem a toto rozhodné právo bude určovat i povahu náhrady škody ve vztahu k porušení smlouvy.

Spory ze smlouvy se řídí ustanoveními dané smlouvy. Typů smluv, ze kterých rozhodnutím investičních tribunálů vznikla povinnost náhrady škody dle mezinárodního práva, je celá řada. Jedná se *inter alia* o: průzkum a těžbu,<sup>226</sup> stavbu silniční infrastruktury,<sup>227</sup> stavbu elektráren pro dodávku energie hostitelskému státu,<sup>228</sup> stavbu a provoz letištních terminálů,<sup>229</sup> rozvoj turistického komplexu,<sup>230</sup> poskytování vodohospodářských služeb,<sup>231</sup> poskytování služeb spojených s imigrační kontrolou a identifikací osob<sup>232</sup> či provozování hotelu.<sup>233</sup> Jak je patrné z předchozího výčtu,

---

<sup>225</sup> Je však nutné podotknout, že tento princip neplatí obráceně. Z toho důvodu je ochrana investorů historicky kritizována. Tato kritika se navíc v současné době projevuje při střetech mezinárodního práva zahraničních investic a práva Evropské unie.

<sup>226</sup> *Sapphire v NIOC*, Award ze dne 15. března 1963, (1967) *ILR* 136; *LIAMCO v Libya*, Award ze dne 12. dubna 1977, (1981) 20 *ILM* 1; *Kuwait v Aminoil*, *op. cit.* 128.

<sup>227</sup> *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award of the Tribunal ze dne 23. září 2003.

<sup>228</sup> *Nykomb v Latvia*, *op. cit.* 165; *Himpurna v PLN*, *op. cit.* 189; *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award ze dne 19. ledna 2007.

<sup>229</sup> *ADC v Hungary*, *op. cit.* 123.

<sup>230</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt*, Case No. ARB/84/3, Award ze dne 20. května 1992.

<sup>231</sup> *Azurix Corp. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Final Award ze dne 14. července 2006; *Vivendi v Argentina*, *op. cit.* 94, Award ze dne 20. srpna 2007.

<sup>232</sup> *Siemens v Argentina*, *op. cit.* 144.

<sup>233</sup> *Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award on the Merits ze dne 20. listopadu 1984; Decision on Annulment ze dne 16. května 1986; Award

investor nemusí vždy žalovat pouze podle smlouvy s hostitelským státem.

Porušení smlouvy může vést ve svém důsledku k mezinárodněprávní odpovědnosti státu ještě v případě, kdy je do mezinárodní smlouvy o ochraně investic vtělena tzv. „*umbrella clause*“. Tato „deštníková klauzule“ znamená, že porušení investiční smlouvy (zpravidla uzavřené mezi investorem a státem) vede k porušení mezinárodní smlouvy o ochraně investic. Typicky se bude jednat o ustanovení, které stanoví, že strany mezinárodní smlouvy o ochraně investic se zavazují brát ohled a dodržovat jakákoli jiná ujednání vzniklá mezi nimi nebo mezi nimi a investorem druhé strany.

Přesto se z teoretického hlediska bude jednat o porušení mezinárodního práva, tedy o jiný žalobní petit než porušení smlouvy, ale z praktického hlediska je to právě porušení smlouvy, které je relevantním žalobním důvodem.

I v případě náhrady škody za porušení smlouvy se použije standard plné kompenzace. Ten zůstává stejný bez ohledu na to, zda se jedná o porušení smlouvy či mezinárodního práva.<sup>234</sup> Proto není pro výši náhrady škody rozhodující, který faktor ke škodě vedl, ale nahrazuje se vždy dle principu plné kompenzace.

Po vyložení podmínek náhrady škody a možných žalobních důvodů je nutné se věnovat také otázce, zda je za případné porušení mezinárodního práva stát odpovědný. Pouze v takovém případě totiž může investorovi náhrada škody náležet. Pokud jednání vedoucí ke vzniku škody není státu přičitatelné, není na straně státu dána pasivní legitimace v rámci investičního sporu.

## 9. Přičitatelnost jednání státu

Aby bylo možné hovořit o odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání, v důsledku něhož dochází k žalobám v rámci investičních sporů, je nutné stanovit, že tvrzené porušení mezinárodního práva lze státu přičíst. V kontextu nárůstu počtu investičních sporů se tedy jedná o aspekt práva odpovědnosti států, který se stává

---

on the Merits ze dne 31. května 1990, (1992) 89 *ILR* 368; *Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on the Application for Annulment ze dne 28. ledna 2002.

<sup>234</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 106.

stále důležitějším.<sup>235</sup>

Pro posuzování odpovědnosti je základní existence (i) mezinárodněprávní povinnosti, což plyne z článku 2 Článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání; (ii) jejího porušení, což plyne z článku 12 Článků;<sup>236</sup> a (iii) přičitatelnosti jednání státu.

Přičitatelné státu je jednání státních orgánů (článek 4 Článků) bez ohledu na jejich postavení. Přičitatelné je také jednání nikoli orgánů, avšak jednotlivců či entit, které jsou pověřeny výkonem části veřejné moci (článek 5 Článků), i jiných osob či entit, které jsou fakticky instruovány, vedeny či jsou pod kontrolou státu.

Obecně však platí pravidlo, že hostitelský stát neodpovídá za jednání svých občanů, které by mohlo investora poškodit.<sup>237</sup>

Vždy je nutné sledovat, kdo a z jaké moci jednal v konkrétním případě. Přičitatelnost totiž může působit problémy a historicky investiční tribunály několikrát odmítly přiznat nápravu investorovi v situaci, kdy tvrzené porušení mezinárodního práva nebylo státu přičitatelné.

V konkrétním případě bude vždy nutné prokázat, že tvrzené jednání, které porušilo mezinárodní právo, je státu přičitatelné. V opačném případě dojde k situaci, kdy sice bude možné stanovit vznik škody, avšak nebude možné přiznat náhradu škody, jelikož stát za takové jednání nebude odpovědný.

## 10. Kauzální nexus

Posledním z předpokladů náhrady škody a zároveň tak poslední z podmínek nahraditelnosti škody je kauzální nexus mezi protiprávním jednáním státu, které je státu přičitatelné, a vznikem škody investorovi. O fundamentální roli, kterou hraje princip kauzality při určování odpovědnosti a kompenzace pojednávají „police plné knih

---

<sup>235</sup> HÓBER, Kaj. State Responsibility and Attribution v MUCHLINSKI, ORTINE, SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2008) 549 – 583, s. 550.

<sup>236</sup> Vždy posuzované z hlediska mezinárodního práva bez ohledu na to, jaké postavení má dané jednání v právu národním.

<sup>237</sup> WHITEMAN, *op. cit.* 50, s. 15 – 16. Odpovědnost v takovémto případě může vzniknout, pouze pokud se jedná o porušení poskytnutí plné ochrany a bezpečnosti, tedy závazku chránit investitorovu investici.



a článků“.<sup>238</sup> Přesto tribunály často nepředkládají analýzu dopadů kauzality na náhradu škody.<sup>239</sup> Proto je nutné o této podmínce pohovořit detailněji.

Kauzální nexus v mezinárodní investiční arbitráži se skládá ze dvou složek. První složkou je faktický test příčinné souvislosti, který si klade otázku, jakou roli hrálo protiprávní jednání při vzniku škody. Tuto složku lze charakterizovat jako *conditio sine qua non* či jako „*but-for*“ test. Čili se jedná o podmínku, která stanoví, zda by škoda nastala i v případě, že by nedošlo k protiprávnímu jednání. Sama o sobě však tato podmínka nestačí k vytvoření příčinné souvislosti.<sup>240</sup> Proto je nutné, aby byla splněna i druhá podmínka – právní test příčinné souvislosti. Tento právní test spočívá v určení, zda protiprávní jednání státu bylo „dostatečnou, bezprostřední, adekvátní, předvídatelnou či přímou příčinou újmy“.<sup>241</sup>

Cheng podává přesvědčivý závěr ohledně principu dostatečně blízké příčinné souvislosti:

„[L]ze říct, že princip integrální reparace v rámci odpovědnosti musí být chápán v souvislosti s principem dostatečně blízké či efektivní příčinné souvislosti, který je platný jak v národním, tak v mezinárodním právu. Na základě posledně zmíněného principu povinnost poskytnout reparaci dosahuje pouze ke škodám, které jsou právně považovány za následek protiprávního jednání. To jsou škody, které běžně plynou z takového jednání nebo které by rozumný člověk v pozici škůdce v té době předvídal jako pravděpodobný důsledek jednání, stejně jako všechny škody zamýšlené.“<sup>242</sup>

Proto pod dostatečně blízkou příčinnou souvislost zpravidla spadnou vzniklé škody, které jsou (i) běžným následkem jednání a jsou přičitatelné takovému jednání; (ii) předvídatelné škůdcem jako škody pravděpodobné dle standardu rozumného

---

<sup>238</sup> KANTOR, Mark. *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (Kluwer Law International, 2008), s. 105 – 106.

<sup>239</sup> WÄLDE, SABAHI, *op. cit.* 2, s. 1094.

<sup>240</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 135; Články o odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání, Komentář k čl. 31, odst. 10.

<sup>241</sup> HONORÉ, A. M. Causation and Remoteness of Damage v TUNC, A. (ed), *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr, 1983) Vol XI, kapitola 7, s. 9; dále také KANTOR, *op. cit.* 238, s. 106.

<sup>242</sup> CHENG, B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Stevens & Sons Limited, London, 1953), s. 253.

člověka; a (iii) škody zamýšlené bez ohledu na to, zda spadají do kategorií (i) či (ii) výše.

Tato analýza je významná zejména proto, že mezinárodní smlouvy zpravidla nekodifikují specifický test příčinné souvislosti.<sup>243</sup> Proto je nutné se obrátit na rozhodnutí mezinárodních investičních tribunálů, které se touto otázkou zabývají, i když jich není mnoho. Bohužel ani ony neaplikují konzistentní kritéria, dle kterých by se příčinná souvislost dala hodnotit.

Tribunál ve věci *Amco v Indonesia* použil standard předvídatelnosti,<sup>244</sup> naopak tribunál ve věci *S.D. Myers v Canada* použil standard dostatečné příčinné souvislosti s tím, že škoda nesmí být příliš vzdálená a musí být dostatečně blízká protiprávnímu jednání.<sup>245</sup> Tribunál ve věci *Feldman v Mexico* přispěl určením, že škoda musí být adekvátně spojená s porušením mezinárodněprávní povinnosti,<sup>246</sup> tribunál ve věci *CME v Czech Republic* sice vzal v potaz různé testy příčinné souvislosti, ale nepředložil stanovisko, který se má aplikovat.<sup>247</sup> Dále tribunály ve věcech *LG&E v Argentina* a *Hoffland Honey v National Iranian Oil Company* dospěly k závěru, že rozhodující je bezprostřednost příčiny.<sup>248</sup> Mimo výše zmíněné existují i tribunály, které vůbec nedefinovaly typ příčinné souvislosti.<sup>249</sup>

Jak je patrné z výše uvedené analýzy, přesný test příčinné souvislosti se doposud v rámci mezinárodního investičního práva nevyvinul a tribunály v lepším případě aplikují protichůdné principy, v horším se o aplikovaném principu ani nezmiňují. Přesto bez ohledu na různé testy kauzálního nexu je jeho funkcí určit, která složka požadované náhrady škody je nahraditelnou škodou a která již ne. Jedná se tedy o zahrnutí

<sup>243</sup> I v případě smlouvy NAFTA a jejích článků 1116 a 1117 se jedná pouze o zmínění kauzálního nexu, avšak již ne testu, který se na něj má použít. Většina mezinárodních smluv však nejde ani tak daleko, aby toto stanovily.

<sup>244</sup> *Amco v Indonesia*, op. cit. 233, odst. 172.

<sup>245</sup> *S.D. Myers, Inc. v Government of Canada*, UNCITRAL, Second Partial Award ze dne 21. října 2002, odst. 140. Tribunál nadto v témže odstavci podotkl, že předvídatelnost jako kritérium není v těchto případech vhodná.

<sup>246</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (také známý jako *Marvin Feldman v Mexico*), Award ze dne 16. prosince 2002, odst. 194.

<sup>247</sup> *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award ze dne 13. září 2001, odst. 584 – 585. I když při čtení zmíněného nálezu lze dospět k závěru, že tribunál pravděpodobně aplikoval test předvídatelnosti.

<sup>248</sup> *LG&E v Argentina*, op. cit. 148, odst. 50; *Hoffland Honey Co v National Iranian Oil Company*, Award ze dne 26. ledna 1983, 2 Iran-US CTR 41.

<sup>249</sup> *Pope & Talbot v Canada*, op. cit. 184, odst. 80; *Petrobart v Kyrgyz Republic*, op. cit. 208, odst. 79; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award ze dne 12. dubna 2002, odst. 154.

či vyloučení té které složky vzniklé škody. Příčinná souvislost tedy nemá přímý vliv na kalkulaci jednotlivých složek, pouze na to, zda spadají jako celek do nahraditelné škody.<sup>250</sup>

Z výše uvedených důvodů je tak pro investora obtížné stanovit, který test tribunál při svém hodnocení žalobního nároku použije. Nicméně obecně lze uzavřít, že jednotlivé testy je nutné aplikovat na specifickou faktickou situaci. Faktická situace v konkrétním případě pak zpravidla naplní více různých testů předkládaných různými rozhodci v rámci investičních sporů. Pravděpodobně proto pak tribunály tuto analýzu neprovádějí tak důkladně.

Ovšem z teoretického hlediska lze přesto doufat, že se v budoucnu budou tribunály této otázce věnovat, aby došlo k vytvoření ustálenějšího teoretického rámce, na který se budou moci investoři i státy spolehnout při hodnocení konkrétní faktické situace.

## 11. Dokazování v otázkách náhrady škody

Jak již bylo nastíněno v obecné kapitole ohledně náhrady škody, zásadním úskalím je její prokázání (a to zejména v souvislosti s *lucrum cessans*). Vzhledem k tomu, jakým způsobem dochází k dokazování v rámci investičních sporů, jsem považoval za účelné krátce o něm pohovořit.

Účelem dokazování je předat tribunálu důkazy určitých skutečností. Dokazování zahrnuje všechny prostředky, pomocí nichž lze tvrzenou skutečnost, jejíž pravdivost je předložena k přezkumu, potvrdit, nebo vyvrátit.<sup>251</sup>

Náhrada škody je institut, který v sobě inherentně obsahuje prvek nejistoty, zejména s ohledem na ušlý zisk. Velice často tak dochází k situaci, kdy je nemožné stanovit přesnou částku náhrady škody. Velmi dobře tuto situaci popsal Lord Scarman:

„Znalost budoucnosti byla lidstvu odepřena, proto ta část odškodného, která je přičitatelná budoucím ztrátám a útrapám – v mnohých případech hlavní část odškodného – bude téměř jistě špatně.

<sup>250</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 141.

<sup>251</sup> *Faber Case (Germany v Venezuela)* (1903), UNRIIA, Vol X, 438, s. 459.

Ve skutečnosti je jen jedna jistota: budoucnost ukáže, že odškodné bylo příliš vysoké, nebo příliš nízké.<sup>252</sup>

Náhradu škody proto není nutné prokazovat v přesné částce,<sup>253</sup> ale je nutné se vyvarovat vyšší kompenzace, než by investorovi měla náležet. Proto tribunály přistupují ke konzervativismu ohledně výše náhrady škody.<sup>254</sup>

Mimo to je nutné zdůraznit celkem velkou možnost individuálního posouzení tribunálem, který se tak může uchýlit i k ekvité, pokud není možné určit přesnou částku náhrady škody.<sup>255</sup> Tuto ekvitu je nutné chápat v kontextu mezinárodního a nikoli národního práva.

Nejedná se o projev rozhodování *ex aequo et bono*,<sup>256</sup> ke kterému musí být dán souhlas stran, nýbrž o projev povinnosti dodržovat normy mezinárodního práva, protože ekvita je brána za jeden z principů mezinárodního práva.<sup>257</sup>

Další možností při posuzování nejistých budoucích škod je přiměřená aproximace, kterou tribunály často používají v případech, kdy existují objektivní překážky při shromažďování důkazů.<sup>258</sup> Tyto aproximace zpravidla vedou ke snížení náhrady škody z důvodu jejího nedostatečného prokázání,<sup>259</sup> ale mohou pochopitelně vést i k jejímu zvýšení.<sup>260</sup> Avšak uplatnění tohoto principu by nemělo sloužit tribunálům jako výmluva pro nesplnění jejich povinnosti vyčíslit náhradu škody přesně.<sup>261</sup>

## 11.1. Důkazní břemeno a důkazní standard

Náhrada škody stejně jako jiná tvrzení stran vyžaduje prokázání. Žalobce musí prokázat nejen předpoklady pro vznik odpovědnosti státu za danou škodu, ale i její výši

<sup>252</sup> *Lim Poh Choo v Camden and Islington Area Health Authority*, citováno v ALLEN, D., HARTSHORNE, J., MARTIN, R. *Damages in Tort* (Sweet & Maxwell, London, 2000), s. 8.

<sup>253</sup> Viz *SPP v Egypt*, *op. cit.* 225, odst. 215; *Tecmed v Mexico*, *op. cit.* 217, odst. 190.

<sup>254</sup> Jako například *Occidental v Ecuador*, *op. cit.* 169, odst. 207.

<sup>255</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 124.

<sup>256</sup> *MTD v Chile*, *op. cit.* 121, odst. 48, MARBOE, *op. cit.* 146, s. 144.

<sup>257</sup> *Frontier Dispute (Burkina Faso v Mali)* (1985) ICJ Rep 6; *Diversion of Water from the River Meuse*, (1937) PCIJ Rep, Series A/B, No 70, s. 77; *North Sea Continental Shelf*, *op. cit.* 97, s. 46 – 52; *Fisheries Jurisdiction Case (UK v Iceland)* (1974) ICJ Rep 3, s. 30 – 35; LAUTERPACHT, E. *Aspects of the Administration of International Justice* (Grotius, Cambridge, 1991).

<sup>258</sup> MARBOE, *op. cit.* 146, s. 145, *Tecmed v Mexico*, *op. cit.* 217, odst. 190.

<sup>259</sup> *Mr. Franz Sedelmayer v The Russian Federation*, SCC, Award ze dne 7. července 1998, odst. 84 – 92; *Petrobart v Kyrgyz Republic*, *op. cit.* 208, odst. 81 – 84.

<sup>260</sup> KANTOR, *op. cit.* 238, s. 111.

<sup>261</sup> MARBOE, *op. cit.* 146, s. 147.

a příčinnou souvislost.<sup>262</sup> Tato povinnost je na investorovi již z důvodu obecného pravidla platného v mezinárodním právu, že strana, která tvrdí určitou skutečnost, musí takovou skutečnost prokázat.<sup>263</sup>

Skutečnosti, které nebudou prokázány, tak nebudou v investičním sporu vzaty v potaz.<sup>264</sup> Dokazování se týká pouze skutečností, protože platí i další římskoprávní zásada – *iura novit curia*.<sup>265</sup> Naopak žalovaný stát má povinnost prokázat spoluzavinění investora, porušení povinnosti minimalizovat škodu po jejím vzniku či okolnosti vylučující protiprávnost. Taková je pozice důkazního břemene.<sup>266</sup>

Od důkazního břemene musíme odlišit kategorii důkazního standardu, která se nezabývá tím, kdo má určitou skutečnost prokázat, nýbrž nakolik je třeba ji dokázat. Jedná se o vyjádření úrovně, které je nutno dosáhnout pro prokázání skutečnosti. Pravidla důkazního standardu nejsou v mezinárodním právu jasně formulována, proto dochází k tomu, že tribunály v tichosti aplikují důkazní standardy z anglo-americké i kontinentální právní kultury.<sup>267</sup>

V současné době se zdá, že převažující<sup>268</sup> je standard „*preponderance of evidence*“ či jinak „*balance of probabilities*“ odpovídající „rovnováže pravděpodobností“.<sup>269</sup>

Tento standard spočívá v porovnání, zda je pravděpodobnější, že určitá situace nastala, či nikoli. Na rozdíl od standardu používaného českými soudy se jedná teoreticky o standard objektivní. To znamená, že subjektivní přesvědčení rozhodce/soudce v něm není přímo vyjádřeno, avšak přesto lze tvrdit, že je to právě

---

<sup>262</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 162.

<sup>263</sup> To odpovídá římskoprávní zásadě *actori incumbit non probari non esse*.

<sup>264</sup> *Idem est non probari non esse*.

<sup>265</sup> Avšak pouze s ohledem na mezinárodní právo. Dokazování v otázkách národního práva je prováděno prostřednictvím znalců. Tribunál sám není nadán pravomocí vykládat národní právní řády, stejně jako je tomu ve vztahu například k právu Evropské unie. Proto se v tomto ohledu jedná o dokazování faktických otázek. Národní právo je pak tribunály hodnoceno jako skutečnost, tribunály neprovádějí, ba ani nemohou provádět, jeho aplikaci či interpretaci.

<sup>266</sup> V tomto kontextu je nutné chápat důkazní břemeno jako pojem obsahující pouze určení, která strana má důkazní povinnost. Pro zde předloženou analýzu je důležité pojem důkazního břemene odlišit od pojmu standard důkazu.

<sup>267</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 163.

<sup>268</sup> Viz REINER, A. Burden and General Standard of Proof 10(3) *Arbitration International* (1994), s. 325; VON MEHREN, R. Burden of Proof in International Arbitration 7 *ICCA Congress Series* (1996), s. 127; *Gold Reserve Inc. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award ze dne 22. září 2014, odst. 685.

<sup>269</sup> Nejen ve vztahu k náhradě škody, ale obecně při prokazování skutečností v rámci investičního sporu, i když v některých případech tribunály aplikovaly i jiné standardy, zejména v případě tvrzené korupce na straně investora.

subjektivní přesvědčení o pravděpodobnosti tvrzené skutečnosti, které je jeho obsahem.

Důkazní standard hraje v investičních sporech důležitou roli a představuje vážnou překážku, pokud žalobce žádá náhradu škody za budoucí příjmy. Jak bylo popsáno výše, jedním z kritérií nahraditelné škody je její určitost, ale toto kritérium nelze vykládat příliš striktně, jelikož by se tak důkazní standard posunul až na „nade vši rozumnou pochybnost“.

Proto pro prokázání náhrady škody tribunály často kritérium určitosti vykládají volněji.<sup>270</sup> Jednou jako kritérium „dostatečné určitosti“,<sup>271</sup> jindy jako kritérium „dostatečné pravděpodobnosti“,<sup>272</sup> „určité úrovně určitosti“,<sup>273</sup> „pravděpodobnosti a nikoli jen možnosti“.<sup>274</sup> Kantor mimo to ještě užívá pojmu „přiměřené určitosti“.<sup>275</sup>

Důkazní standard tedy není vyřešeným tématem v rámci investičních sporů a tribunály aplikují rozličné standardy, i když vždy odpovídající standardu rovnováhy pravděpodobností.

Pro investory a státy má toto přímý význam, jelikož s ohledem na náhradu škody je nejasné, jaký standard bude použit. Dopředu tudíž není jisté, nakolik bude nutné určité skutečnosti prokázat. Proto se v praxi vyvinulo používání dokazování *prima facie*.

## 11.2. Dokazování *prima facie*

*Prima facie* dokazování lze v kontextu investičních sporů nahlížet dvojným způsobem. Může se jednat buď o (i) důkazní standard; nebo o (ii) mechanismus přesunutí důkazního břemene.

Dokazování *prima facie* jako důkazní standard nastupuje ve chvíli, kdy je nemožné podat nezvratný důkaz o tvrzené skutečnosti.<sup>276</sup> Z tohoto pohledu je *prima facie* důkaz brán za vyvratitelnou právní domněnku a je na žalovaném, aby takový

---

<sup>270</sup> Pro opačný názor viz *Anatoli Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. and Terra Raf Trans Trading Ltd. v Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. V116/2010, Award ze dne 19. prosince 2013, odst. 1688.

<sup>271</sup> *Sapphire v NIOC*, *op. cit.* 226, s. 188; *Ioannis Kardassopoulos v Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award ze dne 3. března 2010, odst. 229.

<sup>272</sup> *Autopista v Venezuela*, *op. cit.* 227, odst. 351.

<sup>273</sup> *Vivendi v Argentina*, *op. cit.* 94, Award ze dne 20. srpna 2007, odst. 8.3.4.

<sup>274</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. v Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award ze dne 27. června 1990, odst. 104.

<sup>275</sup> KANTOR, *op. cit.* 238, s. 75

<sup>276</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 167.

důkaz vyvrátil.

Důsledkem první z funkcí *prima facie* dokazování je přenesení důkazního břemene na stranu žalovanou, tedy funkce druhá. Až do poskytnutí *prima facie* důkazů není žalovaná strana povinna odpovídat na tvrzení žalobce. Ale právě předložením *prima facie* důkazů vytváří žalobce vyvratitelnou právní domněnku, že se tvrzená skutečnost opravdu stala, pokud se neukáže opak.<sup>277</sup>

I přes ne zcela jasnou terminologii ohledně určení, zda se jedná o vyvratitelnou, či nevyvratitelnou, právní domněnku lze usuzovat na prvně zmíněnou. Postačuje totiž poukázat na nedostatky důkazů nebo i předložit odlišnou interpretaci předložených důkazů, která by zpochybnila jejich důkazní hodnotu a podryla tak jejich spolehlivost.<sup>278</sup>

Dokazování v otázkách náhrady škody v investičních sporech hraje významnou roli s ohledem na nároky žalobců a jejich relativního úspěchu. Pravidla mezinárodního práva v této oblasti nejsou striktně stanovená a tribunály tak mají široké možnosti, jak důkazy posuzovat.

Vzhledem ke stálým obavám z tzv. lehkomyšlných žalob jsou otázky dokazování stále aktuální, protože je to právě tato fáze rozhodčího řízení (tedy hodnocení důkazů), kdy lze s jistotou odhalit takovou lehkomyšlnou žalobu. Za příklad může sloužit rozhodnutí *Generation Ukraine v Ukraine*, ve kterém tribunál dospěl k závěru, že nepředložení důkazů žalobcem, přesto že měl možnost si je obstarat, podrylo jeho nárok.<sup>279</sup> Proto nelze otázky dokazování považovat za pouze teoretické. Důsledky s nimi spojené mají praktické dopady minimálně na výši přiznané náhrady škody, které se věnuje následující kapitola.

## 12. Výše náhrady škody

Výše náhrady škody může být ovlivněna mnoha faktory a tato kapitola má za cíl pojednat pouze o nejtýpějších z nich. V případě vzniku investičního sporu dochází ještě před věcným či právním přezkumem žaloby na náhradu škody k omezení její výše samotným žalobcem. Vzhledem k povaze arbitráže, která je vázána na souhlas stran,

---

<sup>277</sup> *Ibid.*, s. 168.

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> *Generation Ukraine, Inc. v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award ze dne 16. září 2003, odst. 19.26.

hrají strany hlavní úlohu při tvrzeních a dokazování. V důsledku toho je nutné s ohledem na výši náhrady škody zmínit povinnost tribunálu nerozhodovat *ultra petita*. Tato povinnost v kontextu výše náhrady škody znamená, že tribunál je vázán maximální částkou žalovanou žalobcem a nelze přisoudit víc,<sup>280</sup> než bylo žádáno.<sup>281</sup>

### 12.1. Bezdůvodné obohacení či škoda vzniklá investorovi

Při stanovení výše náhrady škody je nutné se nejprve zabývat způsobem, jakým se taková výše bude určovat. Za jednu z možností, jak určit výši náhrady škody, může být považováno bezdůvodné obohacení.

Tento postup je založen na tom, že se nenahrazuje škoda způsobená žalobci, ale částka, o kterou se stát, kterému vznikla povinnost nahradit škodu, obohatil. Bezdůvodné obohacení tak v tomto kontextu nevystupuje jako zvláštní nárok žalobce, jak jej známe například z českého právního řádu, ale pouze jako způsob určení výše náhrady škody. V praxi se však tribunály zdráhají tento postup používat.<sup>282</sup>

Obecně totiž základ kompenzace tvoří škoda vzniklá žalobci. Argumentem pro použití této formy způsobu určení výše náhrady škody může být princip, že nikdo nespí profitovat z vlastního protiprávního jednání.<sup>283</sup> Tedy úvahy ohledně bezdůvodného obohacení mohou hrát roli v případě posuzování tribunálem v rámci ekvity.<sup>284</sup> Ripinsky a Williams s tímto postupem ale nesouhlasí, protože spatřují v porušení povinnosti s následkem náhrady škody ekonomicky efektivní cestu, pokud cena za splnění povinnosti je vyšší než případná náhrada škody. Uzavírají, že tato možnost by měla zůstat státům otevřená.<sup>285</sup>

---

<sup>280</sup> Ripinsky a Williams dospívají k závěru, že toto omezení se vskutku vztahuje jen na částku, nikoli už na interpretaci. To v důsledku znamená, že se toto omezení nevztahuje na metody kalkulace vznesené stranami a tribunál tak může přijít s vlastní metodou kalkulace náhrady škody. Viz RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 119.

<sup>281</sup> Z toho důvodu můžeme často vidět v žalobních návrzích všeobjímající formulaci „a jakoukoli jinou náhradu škody, kterou bude tribunál považovat za případnou“.

<sup>282</sup> *SPP v Egypt, op. cit.* 253, odst. 247.

<sup>283</sup> Dle názoru některých autorů se v případě zákazu bezdůvodného obohacení jedná o obecný princip právní, který by měl být aplikovatelný i v mezinárodním právu. Pro příklad lze uvést FOMBAD, C. The principle of unjust enrichment in international law 2 *CILJ of Southern Africa* (1997), s. 120

<sup>284</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 133.

<sup>285</sup> *Ibid.* Dále se k tomuto tématu vyjadřuje například Posner, který předkládá argument, že není smyslem práva přikázat jednání v souladu s určitým závazkem, nýbrž pouze předkládat stranám možnost jednat podle svého závazku, nebo ho porušit a zaplatit kompenzaci. Pro tento postup používá pojem „efektivní porušení“, anglicky „*effective breach*“. (POSNER, R. *Economic Analysis of Law* (Aspen Publishers, New York, 1998), s. 131.



S touto argumentací nelze souhlasit.<sup>286</sup> V případě porušení mezinárodního práva státem by se nemělo jednat o situace, ze kterých v konečném důsledku stát profituje. Analýza, kterou předkládají, je do značné míry odrazem chápání náhrady škody jako sankce za porušení smlouvy. I přes možnost žalovat porušení smlouvy v investiční arbitráži je daleko častěji odpovědnost státu založena porušením mezinárodního práva, zejména bilaterálních smluv o ochraně investic, které přiznávají práva třetím osobám – investorům. Možnost ekonomicky výhodně takovou smlouvu porušit by neměla být aplikovatelná ve vztahu ke třetím osobám. V tomto smyslu se jedná o porušení normativního systému, nikoli o porušení ustanovení dohodnutého mezi stranami.

Tedy logika, která je za vyloučením principu určení náhrady škody na základě bezdůvodného obohacení, není na tyto situace aplikovatelná. Nadto lze podotknout, že mezinárodní právo trpí „vrozenou“ vadou své omezené vymahatelnosti, protože se jedná o povinnosti uložené suverénním státům.

Zakotvení možnosti porušit mezinárodní právo se současným „ziskem“ pro porušující stát, tomuto systému spíše škodí, než by ho posouvalo dál. Z tohoto důvodu je nutné uzavřít, že současný stav, kdy bezdůvodné obohacení nehraje roli při určení výše náhrady škody, není uspokojivý.

Samozřejmě lze argumentovat i tím, že v případě náhrady škody vyšší, než která investorovi vznikla, by došlo k nadměrné kompenzaci pro tohoto jednoho investora.<sup>287</sup> I když podle názoru Kantora tribunály a soudy užívají institutu bezdůvodného obohacení i za cenu rizika překompenzace investora,<sup>288</sup> je nutné, aby nápravné prostředky odrážely protiprávní jednání státu.<sup>289</sup>

Například pokud stát přijme mezinárodně protiprávní legislativu, která ovlivní celý segment trhu, náhrada škody, jak je chápána dnes – tedy ve vztahu ke škodě vzniklé jednomu investorovi – není efektivním prostředkem nápravy protiprávního stavu, který trvá od přijetí dané legislativy. V takovém případě by měly tribunály zvážit možnosti, které jim dává obyčejové mezinárodní právo, a neomezovat své úvahy pouze na náhradu škody jako takovou, nýbrž na nápravu protiprávního stavu vyvolaného

---

<sup>286</sup> Marboe tvrdí, že tyto argumenty zacházejí příliš daleko (viz MARBOE, *op. cit.* 146, s. 30).

<sup>287</sup> Často totiž jednání státu ovlivní více než jednoho investora – jako je tomu například v případě znárodnění.

<sup>288</sup> KANTOR, *op. cit.* 238, s. 115.

<sup>289</sup> Bezdůvodné obohacení totiž může vzniknout i na straně investora v případě, že benefituje z aplikace principů kompenzace více, než by měl (viz KANTOR, *op. cit.* 238, s. 115).

státem například formou restituce.

Obecně však musím uzavřít, že výše náhrady škody je určována právě škodou vzniklou žalujícímu investorovi. Nicméně argument ohledně bezdůvodného obohacení by měl spíše podpořit úvahy, že náhrada škody tak, jak je chápána tribunály a investory dnes (tedy jako primární prostředek nápravy), není dostatečně efektivní v obecnějším rámci úvah o spravedlnosti. Restituce v tomto ohledu nabízí daleko lepší prostředek.

## 12.2. Omezení výše nahrazované škody

Předchozí kapitoly pojednaly o předpokladech vzniku nahraditelné škody. Pokud tedy investorovi skutečně škoda vznikla protiprávním jednáním státu, které bylo se vznikem této škody v kauzálním nexu, jedná se o škodu nahraditelnou.

Nahrazovaná škoda však může být co do své výše omezena. O toto omezení se jedná v případech, kdy je vyloučena odpovědnost státu za protiprávní jednání, kdy investor sám přispěje ke škodě jemu vzniklé či kdy nesplní povinnost minimalizovat škodu po vzniku škody, nebo v případě, že to uzná za vhodné tribunál z jiných důvodů. Jednotlivým faktorům omezujícím výši nahrazované škody se věnují následující podkapitoly.

### 12.2.1. Spoluzavinění investora

Spoluzavinění investora v obecné rovině znamená případ, kdy žalobcova újma vznikla z jeho vlastní neopatrnosti, nerozvážnosti nebo nenásledování lokálních regulací. Žaloba pak musí být v tomto rozsahu zamítnuta.<sup>290</sup> V tomto kontextu je nutné podotknout, že spoluzavinění nemá automaticky vliv na otázky přičitatelnosti jednání státu či kauzality.<sup>291</sup> Důvodem je, že existence škody není předpokladem porušení mezinárodního práva. Je pouze předpokladem náhrady škody.

Současný stav principu spoluzavinění v investičních sporech vychází z posouzení, do jaké míry způsobilo škodu jednání státu a do jaké míry vlastní jednání investora samotného. Kantor předkládá, že otázka spoluzavinění často vyvstává ve všech třech fázích investičního sporu – poprvé při otázce jurisdikce, následně

<sup>290</sup> Smíšené rozhodčí tribunály ustanovené mezi evropskými státy podle Versailleské smlouvy na tomto základě odmítly mnoho žalob. Viz WHITEMAN, *op. cit.* 50, s. 145.

<sup>291</sup> MARBOE, *op. cit.* 146, s. 121, *RosInvestCo UK Ltd. v Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Final Award ze dne 12. září 2010, odst. 634 - 635. Kantor naopak pojí spoluzavinění s otázkou kauzality (viz KANTOR, *op. cit.* 238, s. 106).

i v otázkách meritorních a na závěr ještě ve fázi kvantifikace náhrady škody.<sup>292</sup>

Pro posouzení jednání investora se v mezinárodním právu užívá test rozumného člověka, aby se určilo, zda jeho jednání lze považovat za nedbalé či nerozvážené.<sup>293</sup>

Tomuto tématu se věnuje článek 39 Článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání. Komentář k článku 39 dále rozvádí, co je možné považovat za spoluzavinění a dochází k závěru, že tento pojem je nutné vykládat restriktivně. Konkrétně mluví o jednání „které se projevuje nedostatkem náležité péče poškozeného o svůj majetek nebo práva“.<sup>294</sup>

Ke spoluzavinění tak může dojít úmyslným či nedbalostním jednáním nebo nejednáním. Samotné jednání či nejednání však ke spoluzavinění nestačí. Takové jednání či nejednání musí podstatným způsobem ovlivnit vznik či výši škody.<sup>295</sup> Navíc pro rozhodnutí o spoluzavinění je také nutné, aby mezi jednáním či nejednáním investora a vznikem škody existoval kauzální nexus.<sup>296</sup>

V kontextu investičních sporů došlo k použití tohoto institutu v několika případech, jedná se tedy o institut ne úplně ojedinělý. Pokud za použití testu rozumného člověka dospěje tribunál k závěru, že investor je alespoň z části odpovědný za škodu, která mu vznikla, za takovou část škody mu náhrada náležit nebude a dojde tak k omezení výše náhrady škody. Tímto způsobem investiční tribunály omezily náhradu škody v následujících případech:

- (i) *Bogdanov v Moldova*, kde tribunál rozhodl, že stát není odpovědný za celou škodu vzniklou žalobci, jelikož lokální investiční společnost byla částečně odpovědná za vznik škody, protože nezajistila, aby privatizační smlouva obsahovala dostatečně přesnou regulaci kompenzace;<sup>297</sup>

---

<sup>292</sup> KANTOR, *op. cit.* 238, s. 111.

<sup>293</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 314.

<sup>294</sup> Články o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání, Komentář k článku 39, odst. 5.  
<sup>295</sup> *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Final Award ze dne 18. července 2014, odst. 1600; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award ze dne 18. července 2014, odst. 1600; *Hulley Enterprise Limited (Cyprus) v Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award ze dne 18. července 2014, odst. 1600.

<sup>296</sup> *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/2, Award ze dne 18. dubna 2013, odst. 670.

<sup>297</sup> *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v Republic of Moldova*, Arbitral Award ze dne 22. září 2005, odst. 5.2.1.

- (ii) *MTD v Chile*, kde byla náhrada škody snížena o 50 %, protože v důsledku rozhodnutí žalobce došlo ke zvýšení obchodního rizika;<sup>298</sup>
- (iii) *Goetz v Burundi*, ve kterém pochybení investora vedla ke snížení náhrady škody o třetinu;<sup>299</sup>
- (iv) *Occidental v Ecuador*, kde tribunál omezil výši náhrady škody o 25 % z důvodu přispění investora k újmě způsobené státem.<sup>300</sup>

### 12.2.2. Nesplnění povinnosti minimalizovat škodu po jejím vzniku

Další situací, která může vést ke snížení výše náhrady škody, je nesplnění povinnosti minimalizovat škodu po jejím vzniku. Jedná se o případ, kdy investor, jemuž byla způsobena škoda, nejedná tak, aby tuto škodu po jejím vzniku minimalizoval. Tento požadavek je odlišný od spoluzavinění investora, zde totiž investor nezavinil škodu ani z části, avšak po jejím vzniku nejednal přiměřeně s cílem tuto škodu minimalizovat.<sup>301</sup>

Komentář k Článcům o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání přiznává, že se nejedná o povinnost ve smyslu obligace, za jejíž nesplnění může následovat sankce, ale jedná se o institut omezení nahraditelnosti škody v daném rozsahu.<sup>302</sup> Tato povinnost na straně investora však vzniká až ve chvíli, kdy došlo k porušení mezinárodního práva státem,<sup>303</sup> nelze ji slučovat s povinností prevence či jinými povinnostmi, které může investor mít před vznikem protiprávního stavu.

Obecně je tento institut součástí práva mezinárodního obchodu, kde se vskutku jedná o povinnost poškozeného.<sup>304</sup> Naproti tomu v rámci mezinárodního práva

<sup>298</sup> *MTD v Chile*, *op. cit.* 144, odst. 242 – 243.

<sup>299</sup> *Antoine Goetz and others v Republic of Burundi [II]*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award ze dne 21. června 2012, odst. 258.

<sup>300</sup> *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award ze dne 5. října 2012, odst. 687.

<sup>301</sup> Jiný pohled na věc nedávno představil tribunál ve věci *Yukos Universal v Russia*, který tyto dva principy nesprávně spojil a rozhodl tak o povinnosti minimalizovat škodu jako o důsledku spoluzavinění škody. Viz *Yukos Universal v Russia*, *op. cit.* 295, odst. 1603.

<sup>302</sup> Články o odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání, Komentář k článku 31, odst. 11.

<sup>303</sup> WÄLDE, SABAHI, *op. cit.* 2, s. 1096.

<sup>304</sup> Vídeňská úmluva Organizace spojených národů o smlouvách o mezinárodním prodeji zboží (1980), článek 77; INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (2010), článek 7.4.8.

veřejného tato doktrína stále není dostatečně rozvinutá.<sup>305</sup> Přesto je v rámci mezinárodního práva aplikována principiálně.<sup>306</sup> Tribunál ve věci *EDF v Argentina* konstatoval, že se jedná o zavedený princip investiční arbitráže<sup>307</sup> a tento institut je používán i v rámci mezinárodního práva zahraničních investic,<sup>308</sup> a je tedy nutné na něj brát ohled v případě posuzování výše náhrady škody v investičních sporech.

Marboe však argumentuje, že tato povinnost by neměla být aplikována příliš striktně, aby tak byl naplněn její účel. Z pohledu Marboe by se mělo jednat o standard „rozumného otce rodiny“.<sup>309</sup> Důkazní břemeno v tomto případě leží na státu, aby prokázal, že investor svou povinnost nesplnil.<sup>310</sup> Navzdory své nejasné povaze v investičních sporech však tento standard jednoznačně může vést k omezení výše nahrazované škody a investoři by měli po vzniku škody dbát na její minimalizaci.

### 12.2.3. Omezení plynoucí z veřejné povahy státu

Přesto že neexistuje právní zakotvení principu omezení náhrady škody na základě charakteru jedné ze stran, v rámci investičních sporů lze nalézt podporu pro pohled, že veřejná povaha žalovaného státu má vliv na výši přiznané náhrady škody.<sup>311</sup> Toto omezení nastalo v případě *Himpurna v PLN*, ve kterém tribunál přiznal, že krize v Asii zapříčinila ekonomickou neživotaschopnost státního kontraktu. Tato situace nevedla k ospravedlnění porušení tohoto kontraktu, ale vedla ke snížení ušlého zisku přiznaného investorovi.<sup>312</sup>

K tomuto rozhodnutí vedla analýza, že stát neměl v úmyslu se jakýmkoli způsobem obohatit. Podobné případy mohou nastat například v případech regulací za účelem zlepšení veřejného zdraví atp. Další situací, kdy toto omezení přichází v úvahu, je případ neschopnosti státu případnou náhradu škody vyplatit.<sup>313</sup>

V důsledku neexistence insolvenčního práva pro státy se tak jedná o efektivní

---

<sup>305</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 320.

<sup>306</sup> Viz KANTOR, *op. cit.* 238, s. 113; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)*, Judgment, Merits, ICJ GL No 92, (1997) ICJ Rep 7, odst. 80.

<sup>307</sup> *EDF v Argentina*, *op. cit.* 220, odst. 1302 – 1306.

<sup>308</sup> Například *Middle East Cement v Egypt*, *op. cit.* 249, odst. 167; *MTD v Chile*, *op. cit.* 144, odst. 240; *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/01/6, Award ze dne 7. října 2003, odst. 10.6.4.

<sup>309</sup> MARBOE, *op. cit.* 146, s. 122.

<sup>310</sup> *Ibid.*, s. 125.

<sup>311</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 353.

<sup>312</sup> *Himpurna v PLN*, *op. cit.* 189, odst. 332, 335.

<sup>313</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 356.

možnost jak předejít státnímu bankrotu v důsledku vysoké náhrady škody, kterou by nesli občané této země bez vlastního přičinění.<sup>314</sup> To plyne z principu, že přiznání náhrady škody by nikdy nemělo být zjevně nespravedlivé vůči kterékoli straně sporu. Cílem totiž není přiznat investorovi vše, oč požádá, ale najít spravedlnost v konkrétním případě.

Okolnosti omezující výši nahrazované škody tak mohou mít vliv na případný výsledek sporu. Od podání žaloby investorem tak dochází k neustálému přezkoumávání výše případného nálezu rozhodčího tribunálu skrz faktory obecné (vznik škody, porušení mezinárodního práva, přičitatelnost jednání státu, kauzální nexus) i navazující (povinnost prokázat obecné faktory do jisté míry, ať už se použije kterákoli).

Po stanovení této „obecné“ výše náhrady škody ještě tribunál zkoumá limitační faktory speciální, jak jsou popsány v této kapitole. Je tak zřejmé, že investor má před sebou nelehký úkol projít všemi úskalími, aby se mohl domoci nálezu ve svůj prospěch přiznávající mu náhradu škody.

Pochopitelně dalším úskalím je následné případné vymáhání takového nálezu. Rozhodně se nejedná o systém srovnatelný s národním právem a je nutné na něj tak pohlížet.

Na závěr této práce ještě připojuji poslední kapitolu věnující se okolnostem vylučujícím protiprávnost. Ač se *stricto sensu* nejedná o limitační faktory náhrady škody, jejich prostřednictvím je efektivně výše nahrazované škody omezena, či je případná náhrada škody investorovi úplně vyloučena.

### **13. Okolnosti vylučující protiprávnost**

V mezinárodním právu je nesporné, že určité okolnosti mohou stát „omluvit“ z jeho povinností.<sup>315</sup> Okolnosti vylučující protiprávnost zpravidla vedou k zamítavému výroku ohledně náhrady škody z důvodu, že stát neodpovídá za újmu způsobenou investorovi v důsledku existence okolnosti vylučující protiprávnost jednání státu. Jejich povaha však není zcela jasná a v rámci jejich aplikace vyvstávají četné otázky. Obecně

<sup>314</sup> Viz *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, UNCITRAL, Separate Opinion of Professor Brownlie ze dne 14. března 2003, odst. 74 - 79; *Himpurna v PLN*, *op. cit.* 189, odst. 318.

<sup>315</sup> BJÖRKLUND, Andrea K. Emergency Eceptions: State of Necessity and *Force Majeure* v MUCHLINSKY, ORTINE, SCHREUER (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2008) 459 - 523, s. 461.

jsou tyto okolnosti vyjmenovány v jednotlivých člancích Článků o odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání (konkrétně v člancích 20 – 25).

Jedná se o přivolení poškozeného (článek 20 Článků), sebeobranu (článek 21 Článků), protiopatření za mezinárodně protiprávní jednání (článek 22 Článků), *force majeure* (článek 23 Článků), tíseň (článek 24 Článků) a stav nouze („*state of necessity*“) (článek 25 Článků).

Články sice zmiňují všechny tyto situace jako okolnosti vylučující protiprávnost, ale již nepodávají vysvětlení, v kterých případech se jedná o omluvitelné jednání („*excuse*“) a ve kterých o ospravedlněné jednání („*justification*“). Rozdíl mezi těmito termíny spočívá v tom, zda existuje možnost náhrady škody i v případě, že k takové okolnosti došlo. Zatímco omluvitelné jednání může vést k povinnosti za něj kompenzovat, avšak stát, který byl takovou okolností postižen, nebude stížen poškozením pověsti, ospravedlněné jednání ke kompenzaci nepovede.

V rámci mezinárodních investic jsou nejpravděpodobnějšími okolnostmi vylučujícími protiprávnost stav nouze a *force majeure*.<sup>316</sup> Rozdíl mezi těmito instituty spočívá ve vůli jednajícího státu. Zatímco v případě *force majeure* se jedná o situaci nepředvídatelné události, která je mimo sféru vlivu státu, a v důsledku této situace dochází k nemožnosti splnit mezinárodněprávní povinnosti; v případě stavu nouze se jedná o hrozící nebezpečí, které nedává státu možnost jednat jinak.<sup>317</sup> Z toho plyne, že v případě stavu nouze existuje alespoň teoretická možnost splnění povinnosti.<sup>318</sup>

### 13.1. Stav nouze

Vzhledem k výše zmíněnému nedostatku Článků není situace kompenzace v případě nutnosti jednání státu jednoznačná. Nutnost určitého jednání k odvrácení stavu nouze sama o sobě neznamená, že stát nemá povinnost kompenzovat dotčeného investora, i když je vyloučeno porušení mezinárodního práva.<sup>319</sup> Kompenzace za jednání po právu není investičním sporům cizí, protože kompenzace náleží i za legální vyvlastnění, tedy za vyvlastnění, které neporušuje mezinárodní právo.<sup>320</sup>

Stav nouze nastává za splnění určitých objektivních předpokladů a spočívá

---

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> *Ibid.*, s. 462.

<sup>319</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 338.

<sup>320</sup> *Ibid.*, s. 342.

v ospravedlnění (či omluvení) jednání státu právě z důvodu působení těchto externích faktorů. Vzhledem k faktu, že se jedná o okolnost vylučující protiprávnost (tedy o výjimku), nelze standard stavu nouze chápat příliš extenzivně, protože by tak mohlo dojít k narušení stability právního řádu a předvídatelnosti práva. Hrozila by totiž možnost, že by státy skrze tvrzení této okolnosti unikaly svým mezinárodněprávním závazkům.<sup>321</sup> Stejně jako je tomu v případě ostatních okolností vylučujících protiprávnost, aplikace tohoto omezení odpovědnosti se vztahuje pouze na dobu, po kterou stav nouze trvá.<sup>322</sup>

Stav nouze je historicky svázán s režimem obyčejového mezinárodního práva, v rámci kterého se vyvinul. Avšak v kontextu investičních sporů rozlišujeme dvě různé roviny této okolnosti vylučující protiprávnost.

Za prvé se jedná o standard obyčejového mezinárodního práva, který se do sféry práva zahraničních investic dostává skrze aplikaci tohoto práva jako použitelného práva v investičním sporu.

Za druhé se může jednat o standard zakotvený přímo v použitelné smlouvě o ochraně investic. Ustanovení, které se v takových smlouvách objevuje, se nazývá klauzule ozbrojeného konfliktu („*armed conflict clause*“)<sup>323</sup> či klauzule nezakázaných opatření („*non-precluded measures clause*“). Tyto dva standardy se nevylučují a existence takového ustanovení ve smlouvě o ochraně investic nevylučuje aplikaci standardu obyčejového mezinárodního práva.<sup>324</sup>

### **13.1.1. Stav nouze dle obyčejového mezinárodního práva**

Obyčejové mezinárodní právo skrze ustanovení článku 25 Článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání uznává možnost státu ospravedlnit či omluvit své jednání v případě existence stavu nouze. Tento koncept je historicky spjat s doktrínami sebeobrany a *force majeure*.<sup>325</sup> Přesto mezi těmito instituty existují podstatné rozdíly. Možnost sebeobrany nastává pouze v případě agrese jiného státu, tedy v případě porušení mezinárodního práva jiným státem, což není v případě stavu nouze vyžadováno, jelikož k němu může dojít i bez přičinění jiného státu.

---

<sup>321</sup> *CMS v Argentina*, *op. cit.* 219, odst. 317; BJÖRKLUND, *op. cit.* 316, s. 462.

<sup>322</sup> BJÖRKLUND, *op. cit.* 316, s. 463 - 464.

<sup>323</sup> RIPINSKY, WILLIAMS, *op. cit.* 3, s. 346.

<sup>324</sup> BJÖRKLUND, *op. cit.* 316, s. 462.

<sup>325</sup> *Ibid.*, s. 465.



Postavení stavu nouze v rámci obyčejového mezinárodního práva přiznal i Mezinárodní soudní dvůr ve věci *Gabčíkovo-Nagymaros Project*.<sup>326</sup> Nadto se v tomto smyslu vyslovily i investiční tribunály.<sup>327</sup>

Předpoklady pro úspěšné uplatnění námitky stavu nouze jsou stanoveny v rámci obyčejového mezinárodního práva jako kumulativní. Jedná se o čtyři předpoklady, které musí být naplněny a dvě výjimky, které aplikaci stavu nouze naopak vylučují. Celkem tak lze mluvit o nutnosti kumulativního splnění šesti různých parametrů.

Prvním předpokladem je existence zájmu zásadního významu pro stát. Zájmem zásadního významu může být například politické či ekonomické přežití, fungování základních služeb v rámci státu, udržení vnitřního míru, přežití sektoru populace státu nebo zachování příznivého životního prostředí na jeho území.<sup>328</sup>

Druhým předpokladem je existence vážného a bezprostředního ohrožení takového zájmu. V tomto případě je nutné prokázat opravdu vážnou a bezprostřední hrozbu, v žádném případě nepostačí pouze hrozba možná či potenciální.

Třetím předpokladem je fakt, že jednání státu bylo nutné. Nutnost jednání je vykládána tak, že se jedná o jediné možné jednání, které stát mohl použít k odvrácení hrozby poškození zájmu zásadního významu. Obsahem tohoto předpokladu je tedy situace, kdy neexistovaly jiné kroky, které by stát mohl podniknout. To platí i v případě, že by se jednalo o kroky neúměrně dražší či těžší. Pokud existuje možnost (zde opravdu ve významu teoretické existence), jak se vypořádat se vzniklou situací, aniž by došlo k porušení mezinárodního práva, musí ji stát využít a nemůže se spoléhat na obranu prostřednictvím stavu nouze.<sup>329</sup>

Čtvrtým a posledním předpokladem je zákaz poškození zájmu zásadního významu pro jiný stát. Obsahem tohoto předpokladu je povinnost státu, který se dovolává stavu nouze, za všech okolností vážit zájmy své a zájmy jiných států, aby tak neodvrátil svou nouzi na úkor vzniku nouze jiného státu. Tento čtvrtý předpoklad má zajímavé důsledky v rámci investičních sporů. Tradičně se jedná o zájmy států, avšak jak bylo zmíněno výše, Články o odpovědnosti států

---

<sup>326</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, *op. cit.* 289, s. 40.

<sup>327</sup> Viz *CMS v Argentina*, *op. cit.* 219, odst. 315; *Enron v Argentina*, *op. cit.* 223, odst. 303; *Sempra Energy International v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award ze dne 28. září 2007, odst. 344.

<sup>328</sup> BJÖRKLUND, *op. cit.* 316, s. 476.

<sup>329</sup> *Ibid.*, s. 483.

za mezinárodně protiprávní jednání byly tvořeny zpočátku právě s myšlenkou jejich aplikace pouze na státy.

Důvodem existence tohoto předpokladu je balancování zájmů. V případě investiční arbitráže by bylo nevhodné vážit proti sobě zájmy dvou států, když jeden z nich není ani stranou sporu. Toto chápání by navíc vedlo k znevýhodnění investora a vytvoření nerovného postavení stran. Profesorka Björklund proto navrhuje, aby v tomto případě docházelo spíše k hybridní analýze zájmů investora a jeho domácího státu.<sup>330</sup> Ač není jasné, jakým mechanismem by docházelo k vyhodnocování relevance jednotlivých zájmů, jistě je vhodné, aby v rámci sporů obou stran byly balancovány zájmy obou těchto subjektů. Lze poznamenat, že by nemělo docházet k situacím, kdy tribunál bude balancovat zájmy státu na straně jedné a zájmy pouze investora na straně druhé. Za všech okolností je nutné mít na paměti, že se jedná o suverénní stát, jehož zájmy jsou veřejné na rozdíl od investora, jehož zájmy jsou čistě soukromé.

K předpokladům stavu nouze se neodmyslitelně pojí i výjimky z aplikace této okolnosti vylučující protiprávnost. První výjimkou je situace, kdy mezinárodněprávní závazek, o který se v dané věci jedná (tedy například aplikovatelná smlouva o ochraně investic) vylučuje použití institutu stavu nouze. V takovém případě se stát zavázal na sebe vzít riziko vzniku takového stavu a nemůže jej tedy využívat ke své obraně.

Druhou výjimkou je přispění státu samotného ke vzniku situace stavu nouze. Jinými slovy pokud stát sám způsobil stav nouze, nemůže se jím následně bránit v investičním (ale ani jiném) sporu. Samozřejmě se nejedná o jakékoli přispění, nýbrž o přispění podstatné a nikoli pouze náhodné či okrajové.

### **13.1.2. Stav nouze podle smlouvy o ochraně investic**

V případě stavu nouze definovaného specifickou mezinárodní smlouvou o ochraně investic se jedná o články, které stanoví, že za určitých okolností se stávají ostatní ustanovení takové smlouvy neaplikovatelnými a investorovi tak nenáleží ochrana, kterou by jinak, při neexistenci stanovených okolností, požíval. V dnešní době stále není jasné, zda se jedná o samostatný standard či pouze o vtažení standardu

---

<sup>330</sup> *Ibid.*, s. 487.

obyčejového mezinárodního práva do předmětné smlouvy.<sup>331</sup>

Původní tribunál ve věci *CMS v Argentina* aplikoval, i přes výslovné ustanovení bilaterální smlouvy, pouze standard z obyčejového mezinárodního práva.<sup>332</sup> Tento postup byl později v rozhodnutí komise o zrušení nálezu kritizován s odkazem na postup tribunálu *LG&E v Argentina*,<sup>333</sup> který posuzoval stejnou bilaterální smlouvu, ale rozlišil mezi těmito dvěma standardy. Právě postup tribunálu *LG&E v Argentina*<sup>334</sup> se zdá být blíže tomu, co strany pravděpodobně zamýšlely při sjednávání dané mezinárodní smlouvy.

Ustanovení obyčejového mezinárodního práva se používají v investičních sporech v každém případě, není tedy nutné je opakovat v rámci smlouvy o ochraně investic. Navíc při opačném pohledu by výslovné ustanovení smlouvy, které je často odlišné od znění předpokladů obyčejového mezinárodního práva, reálně nemělo žádný význam. Ustanovení mezinárodní smlouvy je nutné nahlížet jako jiná ustanovení smluv – tedy spíše že jimi strany něco zamýšlely, než že nikoli. V tomto duchu je oddělení tohoto standardu od standardu obyčejového práva jistě správné, přesto že se oba standardy mohou překrývat.

Investiční tribunály, které se problematikou stavu nouze zabývaly, předložily několik pohledů, jak se s touto situací vypořádat. Zejména rozhodnutí ve věci *LG&E v Argentina* poskytlo přesvědčivou analýzu ohledně aplikace stavu nouze jako faktoru limitujícího odpovědnost státu za konkrétní situace. Avšak navzdory počtu rozhodnutí ohledně stavu nouze zůstávají některé otázky dosud nevyřešené.

Jednou z nevyřešených otázek tak zůstává, zda má v případě úspěšného prokázání existence stavu nouze následovat kompenzace, či nikoli.<sup>335</sup> V rozhodnutí komise, která posuzovala zrušení nálezu ve věci *CMS v Argentina*, byl vysloven názor, že kompenzace automaticky nenastává, pokud je naplněn standard stavu nouze.<sup>336</sup> Naproti tomu tribunál ve věci *Sempra v Argentina* o tři dny později rozhodl, že kompenzace i v tomto případě náleží dle obyčejového mezinárodního práva.<sup>337</sup>

Ohledně kompenzace v případě stavu nouze tak nadále panuje nejistota. Z mého

---

<sup>331</sup> *Ibid.*, s. 493.

<sup>332</sup> *CMS v Argentina*, *op. cit.* 219.

<sup>333</sup> *CMS v Argentina*, *op. cit.* 207, Decision on the Application for Annulment ze dne 25. září 2007.

<sup>334</sup> *LG&E v Argentina*, *op. cit.* 148.

<sup>335</sup> BJÖRKLUND, *op. cit.* 316, s. 463.

<sup>336</sup> *CMS v Argentina*, *op. cit.* 219, odst. 128 – 131.

<sup>337</sup> *Sempra Energy v Argentina*, *op. cit.* 328, odst. 376.

pohledu je v každém případě nutno vážit jednotlivé skutkové okolnosti a posuzovat možnost kompenzace případ od případu. Jak bylo zmíněno výše, tribunály mohou omezit výši náhrady škody (kompenzace) z důvodu suverénní povahy žalovaného státu. Pokud existuje takováto možnost, jistě lze dospět k závěru, že tato povaha státu a jeho povinnosti vůči svým občanům by v případě stavu nouze měly zpravidla stačit pro vyloučení náhrady škody.

Jednoznačný závěr však učinit nelze, ale v případě, že stát splní veškeré předpoklady pro aplikaci stavu nouze, se dozajista jedná o situaci tak extrémní, že by nebylo rozumné po něm ještě požadovat kompenzaci v plné výši, jelikož vyplacení takové kompenzace by situaci vrátilo stavu, kdy tento stav nouze trval. Pokud tedy neexistují zvláštní okolnosti, které by vyplacení náhrady škody (kompenzace) ospravedlňovaly,<sup>338</sup> spíše se kloním k názoru, že při existenci stavu nouze nejsou porušení mezinárodního práva kompenzovatelná.

Samozřejmě existuje možnost, že by případná kompenzace měla nastat až po odeznění stavu nouze v situaci, kdy už to po státu bude možné požadovat. Určení okamžiku, kdy by již taková kompenzace byla možná, je problém při nejmenším problematický. Je nutné si uvědomit, jak extrémní situaci stát čelil, pokud došlo k aplikaci stavu nouze. Stav nouze dozajista skončil ve chvíli, kdy ještě po státu nebylo rozumné požadovat plnou kompenzaci. Pokud se však podmínky v budoucnu zlepší, není to dle mého názoru důvod pro „znovuotevření“ otázky kompenzace. I v tomto případě se tak kloním spíše k názoru, že obecně kompenzace při stavu nouze investorovi nenáleží.

### **13.2. *Force majeure***

*Force majeure* byla často využívanou obranou států před druhou světovou válkou. V kontextu investičních sporů je však využívána vzácně. Svou důležitostí jistě nedosahuje důležitosti stavu nouze, ale přesto je jednou z možných okolností vylučujících protiprávnost jednání státu.

Předpoklady *force majeure* jsou tři a opět zde nalezneme dvě výjimky z aplikace tohoto principu.

Prvním předpokladem *force majeure* je výskyt neodvratitelné síly

---

<sup>338</sup>

K tomu dále viz níže.

či nepředvídatelné události. Neodvratitelná síla je vykládána jako síla, které se nelze vyhnout či se jí nelze bránit vlastními prostředky. Nepředvídatelná událost obsahuje jak složku objektivní (nesmí se jednat o událost předvídatelného druhu), tak i složku subjektivní (stát tuto událost vskutku nesmí předvídat). Obě tyto složky se navíc musí kauzálně vázat k nemožnosti splnit mezinárodněprávní povinnost.

Druhým předpokladem je, že výše popsaná síla či událost jsou mimo sféru vlivu daného státu. To znamená, že stát nemohl jakýmkoli způsobem ovlivnit vznik či průběh takové události. Z tohoto důvodu mluvíme o jednáních, která nemohou být státu přiřítelná, jelikož nejsou projevem jeho vůle.<sup>339</sup> Stát má však vždy povinnost konat v rámci prevence. Pokud tato povinnost existovala a stát nekonal, nemůže se následně odvolávat na princip *force majeure*.

Třetím předpokladem je faktická nemožnost splnit svůj závazek. Nejedná se o absolutní nemožnost, pouze o nemožnost „materiální“. Přesto se jedná o velice vysoký standard, který je třeba naplnit. Nepostačí totiž ani podstatné ztížení možnosti splnit závazek, situace musí vyvolat materiální nemožnost.<sup>340</sup>

Výjimky z principu *force majeure* jsou dvojí. V prvním případě se jedná o výjimku, kdy je situace *force majeure* přiřítelná státu. Tato situace může nastat v případě, kdy stát jedná nějakým způsobem a neodhadne dopady svého jednání, které následně ve svém důsledku způsobí nemožnost splnit mezinárodněprávní závazek státu. Druhou výjimkou je situace, kdy stát na sebe vzal riziko, že *force majeure* nastane.

Pokud jsou splněny výše popsané předpoklady, bude obrana státu, který se odvolává na *force majeure* úspěšná. Znamená to ovšem, že v takovém případě nemusí platit kompenzaci?

### 13.3. Okolnosti vylučující protiprávnost a kompenzace

Kompenzace v rámci investičních sporů existuje jako institut k nápravě protiprávního stavu zaviněného protiprávním jednáním státu. Z článku 27 Článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání neplyne, že by, v případě úspěšného odvolání se na stav nouze či *force majeure*, byla kompenzace vyloučena.<sup>341</sup>

<sup>339</sup> BJÖRKLUND, *op. cit.* 316, s. 500.

<sup>340</sup> *Ibid.*, s. 501.

<sup>341</sup> *Ibid.*, s. 507.

Články nerozlišují mezi legálním a nelegálním jednáním, ale poskytují informaci o tom, že protiprávnost jednání státu je vyloučena. Jak již bylo zmíněno, protiprávnost je podmínkou vzniku odpovědnosti za škodu, i když v případě legálního vyvlastnění tomu tak není.

V tomto ohledu je nutné rozlišovat mezi dvěma situacemi. Za první, omluveným jednáním státu, jehož protiprávnost je omluvena, avšak ve své podstatě zůstává protiprávním; a za druhé, vyviněním státu za protiprávní jednání. Když se podíváme na institut sebeobrany, bude jednání bránícího se státu za daných okolností legální. Naopak v případě stavu nouze se jedná o jednání protiprávní a svobodně provedené státem, avšak omluvené z důvodu stavu nouze. Někde mezi těmito instituty se nachází *force majeure*, v rámci kterého je jednání protiprávní, avšak neprovedené dobrovolně.<sup>342</sup>

Tyto rozdíly je nutné při posuzování možné kompenzace mít na paměti. Otázka kompenzace není v současné době uspokojivě řešená. Neexistují obecné pokyny, jak a kdy přiznávat kompenzaci v případě stavu nouze či jiných okolností vylučujících protiprávnost. Tuto otázku tedy budou muset vyřešit investiční tribunály (navíc s ohledem na separátní standard vyplývající ze smluv o ochraně investic).

K problému kompenzace lze přistupovat v podstatě dvojím způsobem. Buď budeme vykládat Články o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání doslovně s tím, že stát byl zbaven povinnosti splnit svůj závazek; nebo budeme toto omezení chápat pouze jako dočasné. V tomto případě by po skončení okolnosti vylučující protiprávnost mělo dojít ke kompenzaci za jednání, která stát v době této okolnosti vykonal.

Dle mého názoru je třeba najít separátní řešení pro různé okolnosti vylučující protiprávnost. Zatímco v případě sebeobrany není sporu o tom, že kompenzace nutná není, jelikož míra vůle státu byla nulová, v případě *force majeure* se jedná o situaci, kdy stát nejednal dobrovolně a k porušení mezinárodního práva byl dotlačen okolnostmi, zde by kompenzace mít místo neměla taktéž. Avšak v případě stavu nouze se jedná o odlišnou situaci, kdy stát dobrovolně a s rozmyslem poruší své závazky, aby unikl hrozícímu nebezpečí. Předpoklady pro existenci stavu nouze jsou velmi striktní, avšak přesunutí břemene ze státu na investory není proporcionální,

---

<sup>342</sup>

*Ibid.*, s. 511.

a tak si dovedu představit, že by za určitých okolností měla následovat kompenzace (byť třeba ne plná).<sup>343</sup>

## **Závěr**

Náhrada škody v investičních sporech je čím dál populárnějším tématem pro studium zejména s ohledem na její výši a význam. Fungování investičních sporů a systém jejich řešení vychází z historických reálií a prochází neustálými změnami. Přesto současný stav naplňuje předpoklady, které na tento systém mají jeho účastníci, na což lze usuzovat ze stále rostoucího počtu investičních sporů.

Postupně se tato práce analytickou metodou věnuje otázkám investičních sporů, jejichž systém hodnotí jako citlivě nastavený s ohledem na striktní předpoklady, které musí žalobce v rámci investičního sporu splnit. Naplnění definice investice a investora není dáno bez dalšího a excesivní ochrana tak zpravidla nehrozí. Navíc se nacházíme v době, kdy velké státní celky (jako jsou Spojené státy americké či Evropská unie) přehodnocují fungování doposud používaných mechanismů a neustále se snaží o zefektivnění tohoto systému.

Povaha rozhodčího řízení, kterou v současné době řešení investičních sporů má, je velkou výhodou zejména s ohledem na vykonatelnost a konečnost řešení těchto sporů. Troufám si tvrdit, že v tomto ohledu je tak v současné době nezastupitelná a jiná forma řešení sporů neposkytne investorům dostatečnou ochranu.

Tato práce následně řeší otázku pramenů práva, která je často opomíjená ve vztahu k zahraničním investicím. Záměrně vynechává pojednání o národním právu, jelikož to se případ od případu mění, ale vyčerpávajícím způsobem poskytuje přehled aplikovatelných mezinárodněprávních norem. Při investičním sporu (a zejména s ohledem na náhradu škody) jsou stěžejní dva prameny práva: obyčejové mezinárodní právo a bilaterální (či multilaterální) smlouva o ochraně investic.

Obyčejové mezinárodní právo je v praxi nalézáno v Článcích o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání, které, ač nejsou formálním pramenem práva, toto postavení fakticky mají, když se na ně odvolávají jak tribunály, tak strany ve svých podáních. Obyčejové mezinárodní právo tak funguje jako pramen práva, který vyplňuje

---

<sup>343</sup> Tyto okolnosti však musí být faktické a mohou zahrnovat například situaci, kdy si stát svým nutným jednáním zlepšil své postavení natolik, že mu nečiní problémy kompenzaci poskytnout. Proporcionalita bude samozřejmě také hrát svou roli.

mezery v mezinárodních smlouvách, kterých je v oblasti práva náhrady škody opravdu velké množství. Stanovuje tak substantivní standardy aplikovatelné v konkrétních případech, ale nelze z nich dovést možnost zahájit investiční spor.

Mezinárodní smlouvy o ochraně investic naopak stanovují možnost zahájení investičního sporu, což je činí nezastupitelnými. Obsahují také substantivní standardy, které se budou aplikovat na konkrétní případ (a to buď jako *lex specialis* nebo jako doplnění obyčejového mezinárodního práva).

Dalším velmi významným, zejména z praktického pohledu, pramenem práva (i když jen sekundárním) jsou rozhodnutí investičních tribunálů. Přestože v investičních sporech neexistuje doktrína *stare decisis*, můžeme pozorovat, že strany sporu i rozhodčí tribunály se velmi často odvolávají na rozhodnutí jiných tribunálů jako na autoritativní výklad ustanovení jednotlivých smluv nebo obyčejového mezinárodního práva. V tomto ohledu je právo zahraničních investic velmi bohaté a jakákoli analýza se nevyhne extenzivnímu používání těchto pramenů.

Za použití popsaných pramenů práva v kontextu investičních sporů se dále věnuji analýze náhrady škody v investičních sporech. Náhrada škody je, i přes svůj obrovský význam, velmi teoreticky zanedbaným odvětvím a často nejsou jasné ani její základní principy. Obecně však platí princip plné reparace, který však sám o sobě představuje určitý nedostatek rozvoje tohoto odvětví, jelikož stanoví pouze cíl, kterého má být dosaženo, nikoli však principy ani postupy, které se při dosažení tohoto cíle mají použít. Nadto plná reparace nemusí nutně znamenat kompenzaci či náhradu škody.

Při řešení investičních sporů představuje náhrada škody hlavní (z praktického hlediska), nikoli však primární a už vůbec ne jedinou formu nápravy, která je investorovi dostupná. Vzhledem k tomu, že mezinárodní smlouvy o ochraně investic zpravidla žádným způsobem neupravují tyto instituty ve vztahu k porušením těchto smluv (vyjma případů vyvlastnění), používá se pro jejich určení obyčejové mezinárodní právo. To stanoví další možnosti nápravy prostřednictvím například restituce či satisfakce. Přesto že je tato práce primárně zaměřena na náhradu škody, analýza vztahu náhrady škody a restituce je esenciální pro pochopení fungování celého systému a představení pouze náhrady škody by mohlo čtenáře vést k přesvědčení, že tento způsob je neadekvátnějším (což může být pravda, ale závisí to na více faktorech, o kterých je třeba mít povědomí).



V kapitole 6.3 tak argumentují, že restituce by měla dostát svému primárnímu postavení v rámci prostředků nápravy a měla by daleko častěji být žalována a tribunály přiznávána. Jedná se totiž o nejjistější prostředek pro určení výše nápravy a zároveň se zpravidla nejvíce blíží spravedlivému uspořádání, které je cílem investičního sporu.

Pokud však restituce není v daném případě možná nebo účelná, zůstává zde možnost náhrady škody. Náhrada škody náleží investorovi při splnění mnoha podmínek. Základními podmínkami pro možnost náhrady škody jsou (i) vznik škody, (ii) porušení mezinárodního práva jednáním, které je přičitatelné státu, a (iii) existence kauzálního nexu mezi vznikem škody a porušením mezinárodního práva.

Za splnění těchto podmínek, které musí prokázat žalobce v investičním sporu, existuje možnost přiznat náhradu škody. Další otázka však směřuje k výši náhrady škody. V současné době je nekontroverzní, že výše náhrady škody odpovídá škodě vzniklé konkrétnímu investorovi. Na stránkách této práce však argumentují, že ač je tento stav fungující, nedosahuje účelu prevence v takové míře, jako kdyby se náhrada škody rovnala bezdůvodnému obohacení na straně státu (samozřejmě při posuzování v konkrétním případě).

Tato práce se dále záměrně nevěnuje různým metodám kalkulace náhrady škody, ale soustředí se spíše na právní omezení, která mohou vzniknout v důsledku jednání stran. Mezi tato omezení patří spoluzavinění žalobce, nesplnění povinnosti minimalizovat škodu po jejím vzniku či vcelku neuchopitelná omezení plynoucí z veřejné povahy státu. Prostřednictvím zejména posledně zmíněných omezení tak dochází k úvahám v širším kontextu než jen pouhém *inter partes* sporu. Tyto pohledy jsou velmi důležité a měly by být aplikovány i na další aspekty práva náhrady škody v rámci investičních sporů (ať už výše zmíněné úvahy o možnosti kalkulace náhrady škody jako bezdůvodného obohacení či úvahy o restituci jako primárním prostředku nápravy).

Tyto širší souvislosti lze dozajista také aplikovat na otázku kompenzace v případě existence okolností vylučujících protiprávnost. Za splnění striktních podmínek může totiž stát být „omluven“ či „ospravedlněn“ ze svých závazků vůči investorům. Pokud vnímáme investiční spory jako prostředek nastolení spravedlnosti, lze si představit situace, za kterých v případě existence okolností vylučujících protiprávnost nebude spravedlivé, aby stát investorovi kompenzaci poskytl. Stejně tak

si ale lze představit situace, kdy nebude spravedlivé, aby investor nesl zátěž existence takových okolností sám a disproportčně.

Cílem této práce bylo v obecné rovině pojednat o principech a fungování náhrady škody v systému investičních sporů. Otázky řešené touto prací jsou nadmíru aktuální. V současné době dochází Evropskou unií k uzavírání velkého množství významných dohod obsahujících kapitoly o ochraně investic. Je nutné, aby jejich uzavírání bylo chápáno v kontextu fungování celého systému investičních sporů.

Z toho důvodu nelze než doporučit, aby v budoucnu došlo k přesnějšímu vymezení teoretických základů, na nichž tento systém stojí, jelikož jejich nedostatek není v dlouhodobém měřítku udržitelný. Investiční spory a náhrada škody prošly značným vývojem, ale stále se nachází v období své „adolescence“. Je na čase, aby dospěly úplně a začaly se chovat jako konzistentní zralý systém. Aby tohoto stavu bylo dosaženo, bude nutné vyřešit některé palčivé otázky nastíněné i v této práci.

Rozhodně se však nejedná o úkol nemožný.

## **Použitá literatura**

### **A. Primární zdroje**

Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (Hague I) ze dne 18. října 1907

Charta ekonomických práv a povinností států z 12. prosince 1974

General Agreement on Tariffs and Trade (1994)

North American Free Trade Agreement, 32 *ILM* 289, 605 (1993)

UNITED NATIONS. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155

UNITED NATIONS. Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946

Vídeňská úmluva Organizace spojených národů o smlouvách o mezinárodním prodeji zboží (1980)

Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 17 UST 1270 (1965)

### **B. Sekundární zdroje**

#### **a. Rozhodnutí**

#### **Rozhodnutí Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti**

*Diversion of Water from the River Meuse*, (1937) PCIJ Rep, Series A/B, No 70

*Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v UK)*, PCIJ Rep Series (1924) A No. 2

*The Factory at Chorzów (Germany v Poland)*, Claim for Indemnity, Merits, (1928) PCIJ Rep, Series A No. 17

#### **Rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora**

*Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v Belgium)*, (2002) ICJ Rep 3

*Barcelona Traction, Light and Power co (Belgium v Spain)*, ICJ Rep (1970) 3

*Corfu Channel (United Kingdom v Albania)*, Judgment, Merits, ICJ GL No 1, (1949)  
ICJ Rep 4

*Fisheries Jurisdiction Case (UK v Iceland)* (1974) ICJ Rep 3

*Frontier Dispute (Burkina Faso v Mali)* (1985) ICJ Rep 6

*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)*, Judgment, Merits, ICJ GL No 92,  
(1997) ICJ Rep 7

*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, (1986) ICJ Rep 14

*North Sea Continental Shelf (Germany v Denmark)*, Merits, Judgment, (1969) ICJ  
Rep 3

*Rainbow Warrior (New Zealand v France)*, 82 *I.L.R.* 500 (1990)

*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations case* (Advisory  
Opinion), ICJ Rep (1949)

*Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)*, Merits, Judgment, (1962) ICJ Rep 6

*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v Iran)*,  
Judgment, ICJ GL No 64, (1980) ICJ Rep 3

### **Rozhodnutí rozhodčích tribunálů**

*Faber Case (Germany v Venezuela)* (1903), UNRIAA, Vol X, 438

*Hoffland Honey Co v National Iranian Oil Company*, Award ze dne 26. ledna 1983,  
2 Iran-US CTR 41

*Kuwait v Aminoil* (24. března 1982), 21 *ILM* 976

*LIAMCO v Libya*, Award ze dne 12. dubna 1977, (1981) 20 *ILM* 1

*Mixed Claims Commission (United States and Germany)*, 1. listopad 1923 – 30. říjen 1939, VII *RIAA* 32

*Sapphire v NIOC*, Award ze dne 15. března 1963, (1967) *ILR* 136

*Texaco v Libya* (10. října 1977), 53 *ILR* 389

### **Rozhodnutí investičních tribunálů**

*Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/2, Award ze dne 18. dubna 2013

*ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of the Tribunal ze dne 2. října 2006

*AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/01/6, Award ze dne 7. října 2003

*Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award on the Merits ze dne 20. listopadu 1984

*Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment ze dne 16. května 1986

*Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award on the Merits ze dne 31. května 1990

*American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) v Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award ze dne 21. února 1997

*Anatoli Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. and Terra Raf Trans Trading Ltd. v Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. V116/2010, Award ze dne 19. prosince 2013

*Antoine Goetz et consorts v République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award ze dne 10. února 1999

*Antoine Goetz and others v Republic of Burundi [II]*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award ze dne 21. června 2012

*Asian Agricultural Products Ltd. v Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award ze dne 27. června 1990

*Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award of the Tribunal ze dne 23. září 2003

*Azurix Corp. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Final Award ze dne 14. července 2006

*British Caribbean Bank Ltd. v Government of Belize*, PCA Case No. 2010-18/BCB-BZ, Award ze dne 19. prosince 2014

*Cementownia „Nowa Huta“ S.A. v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award ze dne 17. září 2009

*CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award ze dne 13. září 2001

*CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, UNCITRAL, Separate Opinion of Professor Brownlie ze dne 14. března 2003

*CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award ze dne 12. května 2005

*CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on the Application for Annulment ze dne 25. září 2007

*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award ze dne 20. srpna 2007

*Desert Line Projects LLC v Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award ze dne 6. února 2008

*Deutsche Bank AG v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award ze dne 31. října 2012

*EDF (Services) Ltd. v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award ze dne 8. října 2009

*El Paso Energy International Company v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award ze dne 31. října 2011

*Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award ze dne 13. listopadu 2000

*Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic* (také známý jako: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v The Argentine Republic*), ICSID Case No. ARB/01/3, Award ze dne 22. května 2007

*Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic* (také známý jako: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v The Argentine Republic*), ICSID Case No. ARB/01/3 Decision on Jurisdiction ze dne 14. ledna 2004

*Generation Ukraine, Inc. v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award ze dne 16. září 2003

*Gold Reserve Inc. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award ze dne 22. září 2014

*Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award ze dne 15. prosince 2014

*Himpurna California Energy Ltd. v PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara (PLN), Republic of Indonesia*, Final Award ze dne 4. května 1999, (2000) XXV Yearbook of Commercial Arbitration 13, 73

*Hulley Enterprise Limited (Cyprus) v Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award ze dne 18. července 2014

*Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, Excerpts of Award ze dne 1. března 2012

*Ioannis Kardassopoulos v Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award ze dne 3. března 2010

*Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v Republic of Moldova*, Arbitral Award ze dne 22. září 2005

*Joseph C. Lemire v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award ze dne 28. března 2011

*LG&E v Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award ze dne 25. července 2007

*Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (také známý jako *Marvin Feldman v Mexico*), Award ze dne 16. prosince 2002

*Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award ze dne 12. dubna 2002

*Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v Government of the State of Libya, Ministry of Economy in the State of Libya, General Authority for Investment Promotion and Protection Affairs, Ministry of Finance in Libya and Libyan Investment Authority*, Final Arbitral Award ze dne 22. března 2013

*Mr. Franck Charles Arif v Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award ze dne 8. dubna 2013

*Mr. Franz Sedelmayer v The Russian Federation*, SCC, Award ze dne 7. července 1998

*MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award ze dne 25. května 2004

*MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on the Application for Annulment ze dne 21. března 2007



*Noble Ventures, Inc. v Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award ze dne 12. října 2005

*Nykomb Synergetics Technology Holding AB v The Republic of Latvia*, SCC, Arbitral Award ze dne 16. prosince 2003

*Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Provisional Measures ze dne 17. srpna 2007

*Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award ze dne 5. října 2012

*OI European Group B.V. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Award ze dne 10. března 2015

*Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic*, UNCITRAL, Award ze dne 13. února 2003

*Pope & Talbot Inc. v The Government of Canada*, UNCITRAL, Award in Respect of Damages ze dne 31. května 2002

*PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award ze dne 19. ledna 2007

*Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award dated 1 November 1999

*RosInvestCo UK Ltd. v Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Final Award ze dne 12. září 2010

*Rumeli Telekom A.S. and telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award ze dne 29. července 2008

*Ron Fuchs v Georgia*, ICSID Case No. ARB/07/15, Award ze dne 3. března 2010

*Saipem S.p.A. v The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures ze dne 21. března 2009

*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction ze dne 31. července 2001

*Saluka Investments B.V. v The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award ze dne 17. března 2006

*S.D. Myers, Inc. v Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award ze dne 13. listopadu 2000

*S.D. Myers, Inc. v Government of Canada*, UNCITRAL, Second Partial Award ze dne 21. října 2002

*Sempra Energy International v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award ze dne 28. září 2007

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

*Siemens A.G. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award ze dne 17. ledna 2007

*Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. v Kyrgyz Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award ze dne 9. září 2009

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

*ST-AD GmbH v Republic of Bulgaria*, PCA Case No. 2011-06 (ST-BG), Award on Jurisdiction ze dne 18. července 2013

*Swisslion DOO Skopje v Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award ze dne 6. července 2012

*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award ze dne 29. května 2003

*Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Final Award ze dne 18. července 2014

*Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award ze dne 1. června 2009

*Waste Management, Inc. v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award ze dne 30. dubna 2004

*Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award ze dne 8. prosince 2000

*Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on the Application for Annulment ze dne 28. ledna 2002

*Yukos Universal Limited (Isle of Man) v Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award ze dne 18. července 2014

### **Ostatní rozhodnutí**

*Germany v Venezuela*, Ralston's Report (1904)

*Shenzhen Nan Da Industrial and Trade United Co Ltd v FM International Ltd [HK]*, High Court, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, dne 2. března 1992, 1991 No. MP 1249

*Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v Toys "R" Us, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 10 September 1997, 126 F.3d 15

*Lim Poh Choo v Camden and Islington Area Health Authority*, citováno v ALLEN, D., HARTSHORNE, J., MARTIN, R. *Damages in Tort* (Sweet & Maxwell, London, 2000)

### **b. Monografie**

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii* (1. vydání, C.H. Beck, Praha, 2010)

BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN, HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration* (5. edice, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009)

CESSE, A. *International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2011)

CHENG, B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Stevens & Sons Limited, London, 1953)

CRAWFORD, James, INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Commentary to Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1,

DE VATTEL, Emmer. *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and nature of Natural Law and on Luxury* (Liberty Fund Inc., Spojené státy americké, 2008)

HIRSCH, Moshe. *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993)

KANTOR, Mark. *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (Kluwer Law International, 2008)

LAUTERPACHT, E. *Aspects of the Administration of International Justice* (Grotius, Cambridge, 1991)

MARBOE, Irmgard. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford University Press, 2009)

POSNER, R. *Economic Analysis of Law* (Aspen Publishers, New York, 1998)

REDFERN, A. et al. *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. edice, Sweet & Maxwell, Londýn, 2004)

RIPINSKY, Sergey, WILLIAMS, Kevin. *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law, 2008)

SCHWARZENBERGER, G. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, (3. ed., Stevens and Sons Limited, London, 1957)

SEIDL-HOHENVELDERN, I. *Corporations in and under International Law* (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures), (Grotius Publications, Cambridge, 1987)

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, Cambridge, 2004)

SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle* (Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008)

ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů* (2. vydání, Linde, Praha, 2008)

WHITEMAN, Marjorie M., LL.B., J.S.D. *Damages in International Law* (Vol. 1, US, Government Printing Office, Washington, 1937)

WILCOX, C. *A Charter for World Trade* (Arno Press, New York, 1972)

### **c. Články a sborníkové statě**

ASANTE, S. K. B. International Law and Foreign Investment: A Reappraisal *ICLQ* (1988) 588 - 628

BALAŠ, Vladimír. Review of Awards v MUCHLINSKI, ORTINE, SCHREUER (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2008) 1125 – 1153

BISHOP, R. Doak. Introduction: The Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns, v BISHOP, R. Doak (ed.). *Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns* (JurisNet, LLC, New York, 2009) 3 – 12

BJÖRKLUND, Andrea K. Assessing the effectiveness of soft law instruments in international investment law v BJÖRKLUND, Andrea K., REINISCH, August (eds.). *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2012) 51 - 81

BJÖRKLUND, Andrea K. Emergency Eceptions: State of Necessity and *Force Majeure* v MUCHLINSKY, ORTINE, SCHREUER (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2008) 459 -523

CARON, D. D., The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority, 96 *AJIL* (2002) 857

COMMISSION, J. Precedent in Investment Treaty Arbitration: The Empirical Backing, 4(5) *TDM* (2007)

DOLZER, Rudolf. New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, 75 *AJIL* (1981) 553

DOUGLAS, Zachary. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, 74 *BYIL* (2003) 151

ECHANDI, Roberto. Investor-State Dispute Prevention Mechanisms: Why Are They So Important for Developing Countries and for the Healthy Evolution of the International Investment Regime? v FRANCK, JOUBIN-BRET. *UN Conference on Trade and Development* (United Nations Publications, 2011)

FOMBAD, C. The principle of unjust enrichment in international law 2 *CILJ of Southern Africa* (1997)

HÓBER, Kaj. State Responsibility and Attribution v MUCHLINSKI, ORTINE, SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2008) 549 – 583

HONORÉ, A. M. Causation and Remoteness of Damage v TUNC, A. (ed). *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr, 1983)

KOZAWA, Sumio. Depoliticization of International Dispute: A Comparison of the Dispute Settlement Provisions of the WTO Settlement and the Energy Charter Treaty, 3 *J. World Investment* (2002) 793 - 829

PARLETT, Kate. Diplomatic Protection and the International Court of Justice v SLOAN, James, TAMS, Christian J. (eds.). *The Development of International Law by the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2013) 93 - 104

REINER, A. Burden and General Standard of Proof 10(3) *Arbitration International* (1994)

REINISCH, August, BJÖRKLUND, Andrea K. Soft codification of international investment law v BJÖRKLUND, Andrea K., REINISCH, August (eds.). *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2012) 305 - 318

REISMAN, M., SLOANE, R. Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, 74 *BYIL* (2004) 115

ROBERTS, Anthea. Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, *Am. J. Int'l L.*, Vol. 107 (2013) 45

SCHREUER, Christopher. Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (Koninklijke Brill NU, Leiden, 2005)

TIETJE, Christian, SIPIROSKI, Emily. The evolution of investment protection based on public international law treaties: lesson to be learned v BJÖRKLUND, Anrea K.,

REINISCH, August (eds.). *International Investment Law and Soft Law* (Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2012) 192 - 237

VASCIANNIE, S. The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice 70 *BYIL* (1990) 99

VERWEY, D., SCHRIJER, N. J. The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective? XV *Netherlands Yearbook of International Law* (1984) 3 – 96

VON MEHREN, R. Burden of Proof in International Arbitration 7 *ICCA Congress Series* (1996)

WAIBEL, Michael. International Investment Law and Treaty Interpretation v HOFMANN, RAINER, TAMS, CHRISTIAN (eds.). *From clinical isolation to systemic integration* (Baden-Baden, 2011) 29 - 52

WÄLDE, Thomas W., SABAHI, Borzu. Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law, 4(6) *TDM* (2007) 6

WÄLDE, Thomas W., SABAHI, Borzu. Compensation, Damages and Valuation v MUCHLINSKI, ORTINE, SCHREUER (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2008) 1049 – 1124

#### **d. Ostatní**

COMMITTEE ON INTERNATIONAL TRADE. Zpráva Evropského Parlamentu obsahující doporučení Evropské komisi k vyjednávání Smlouvy o transatlantickém obchodním a investičním partnerství (TTIP) ze dne 1. června 2015, A8-0175/2015, dostupná na <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0175+0+DOC+PDF+V0//EN>

CORPORATE EUROPE OBSERVATORY. Still not loving ISDS: 10 reasons to oppose investors' super-rights in EU trade deals ze dne 16. dubna 2014, dostupný



na <http://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-oppose-investors-super-rights-eu-trade>>

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW.  
*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (2010)

RICHARD, Henry, M.P. The Recent Progress of International Arbitration, dokument přednesený na konferenci asociace pro reformu a kodifikaci práva národů v Kolíně nad Rýnem v pátek 19. srpna 1881 (Wertheimer, L.BA and Co, Printers, Londýn)

SCHWEBEL, S. M. The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law, Proceedings of the 98<sup>th</sup> Annual Meeting of the American Society of International Law (31. března – 3. dubna 2004)

Souhrnná zpráva druhého setkání, Sub-komise Komise pro mezinárodní právo pro odpovědnost států (7. ledna 1963), jak o ní bylo pojednáno Komisí pro mezinárodní právo ve Zprávě pana R Aga, Předsedy Sub-komise pro odpovědnost států (1963) A/CN.4/152 229

První zpráva o odpovědnosti států připravená panem R Agem, Speciálním reportérem – Přezkoumání dosavadní činnosti na kodifikaci tématu mezinárodní odpovědnosti států (1969) A/CN.4/217 133 - 135

UNCTAD. Dokument UNCTAD zn. UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, 19. února 2015, dostupné na [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf)>

UNCTAD. *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*; UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNITED NATIONS, New York, Geneva, 2009

UNCTAD. *Taking of Property* (United Nations, New York, 2000)

UNGA Res 799 (VIII) (7. prosince 1953)

Kompletní seznam bilaterálních smluv o ochraně investic uzavřených Českou republikou, k nalezení na adrese:

<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/55#iiaInnerMenu>>