

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE

PRÁVNICKÁ FAKULTA

DISERTAČNÍ PRÁCE

Ochrana investic holdingových struktur a role institutu
corporate veil v judikatuře

Investment Protection of Holding Structures and the Role
of the Institution of Corporate Veil in Case-Law

Vypracoval: JUDr. Tomáš Mach, LL.M.

Školitel: Prof. JUDr. Květoslav Růžička, CSc.

Únor 2010

Děkuji

Upřímný dík patří všem těm, kteří mne podporovali a pomáhali mi při tvorbě této disertační práce.

Zejména patří dík panu profesoru Květoslavu Růžičkovi, který nade mnou držel ochrannou ruku školitelskou a byl mi při zpracovávání této práce důležitou oporou a rádcem.

Stejně patří dík panu magistru Petru Hubínkovi, který jako můj školitel v advokacii měl pochopení pro to, že vedle pracovní činnosti věnuji velkou dávku své energie a času právě zpracovávání disertační práce. Bez generosně nastaveného objemu pracovní zátěže bych tuto disertační práci stále ještě vytvářel, či o to alespoň usiloval.

Tato práce původně vznikala na jiné fakultě, kde však došlo k diskontinuitě relevantních doktorských studijních oborů. Pro problémy tamní univerzity jsem se tak stal přes noc akademickým bezdomovcem, z čehož mne zachránila shovívavost Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, která mne s ohledem na již vykonaný výzkum přijala a tak fakticky převzala. Za záchranu osudu této práce proto vděčím vedle svého školitele zejména panu docentu Salačovi, panu profesorovi Gerlochovi, jakož i dalším členům akademické obce, kteří o mém přijetí rozhodovali.

Dík patří též paní Mileně Seidlové, panu Miroslavu Machovi a panu Antonínu Grafnetterovi za hodiny strávené pečlivou jazykovou korekturou, kterou můj prvopis existenčně potřeboval. Jakékoliv chyby, ať již věcné či jazykové zůstávají však samozřejmě výhradně mými.

Prohlašuji, že jsem tuto disertační práci zpracoval samostatně a že jsem vyznačil prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpal, způsobem ve vědecké práci obvyklým.

V Plzni dne 12. února 2010

Tomáš Mach

Tabulka zkratek

AJIL	American Journal of International Law
AktG	Aktiengesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BIT	Bilateral Investment Treaty
ČR	Česká republika
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ESD	Evropský soudní dvůr
FL	Fürstentum Liechtenstein
ff / a násl.	a následující
GmbHG	GmbH-Gesetz
HMG	Her Majesty's Government
HL	House of Lords
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ Rep.	Report of Judgements, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for Settlement of Investments Disputes
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
JoWorldTrade	Journal of World Trade
LCC	Limited Liability Company
LCIA	London Court of International Arbitration

LNTS	League of Nations Treaty Series
MIT	Multilateral Investment Treaty
MLR	Modern Law Review
MSD	Mezinárodní soudní dvůr
NAFTA	North American Free Trade Agreement (NAFTA)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nw. J. Int'l. L & Bus	Northwestern Journal of International Law & Business
para. / paras.	Odstavec / odstavce
PCA	Permanent Court of Arbitration
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PYCL	The Prague Yearbook of Comparative Law
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
s.	strana
Sb.	Sbírka zákonů
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
OSN / UN	Organizace spojených národů / United Nations
UK	United Kingdom
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea
UNRIAA	United Nations Reports of International Arbitral Awards
UNTS	United Nations Treaty Series
USA / US	United States of America
VUSP	Vídeňská úmluva o smluvním právu
WTO	World Trade Organization

Obsah

TABULKA ZKRATEK.....	6
OBSAH.....	8
ÚVOD.....	11
HISTORIE OCHRANY INVESTIC – OD DIPLOMATICKÉ OCHRANY PO DVOUSTRANNÉ SMLOUVY O OCHRANĚ INVESTIC	13
1.1. Diplomatická ochrana	13
1.1.1. Vyčerpání všech dostupných domácích právních prostředků	16
1.1.2. Relevantní státní příslušnost	19
1.2. Dvou- a vícestranné smlouvy o ochraně investic (BITs a MITs)	20
1.2.1. Historie zrodu BITs a MITs	20
1.3. ICSID a diplomatická ochrana	24
1.3.1. ICSID řízení dle Washingtonské smlouvy a vyloučení diplomatické ochrany	24
1.3.2. Tzv. additional facility	25
1.3.3. ICSID a dvou- a vícestranné smlouvy o ochraně investic	26
1.4. Nad otázkou partikularity režimů BITs a MITs a práva žalobců	26
STÁTNÍ PŘÍSLUŠNOST A OCHRANA INVESTIC	36
2.1. Státní příslušnost fyzických osob a mezinárodní právo.....	37
2.1.1. Positivní definice státní příslušnosti	38
2.1.2. Negativní definice státní příslušnosti.....	40
2.1.3. Hlavní doktríny pro určování státní příslušnosti v národních právních řádech.....	41
2.1.4. Mezinárodní právo a jeho korektivy volnosti určení státní příslušnosti fyzických osob v národních právních řádech.....	43
2.1.5. Případ <i>Nottebohm (Fürstentum Liechtenstein v. República de Guatemala)</i>	44
2.1.6. Princip efektivní státní příslušnosti v soudobém mezinárodním právu – trvající diskuze	48
2.1.7. <i>Iran-US Claims Tribunal</i> a doktrína efektivní státní příslušnosti.....	50
2.1.8. <i>Miculav v. Rumunsko</i> (a další omezení doktríny efektivní státní příslušnosti)	52
2.1.9. Judikatura ESD a mezinárodně-právní teorie efektivní státní příslušnosti	54
2.2. Státní příslušnost právnických osob	57
2.2.1. Mezinárodní právo, právnické osoby a pravidla určování jejich státní příslušnosti	58
2.2.2. Pravidlo efektivní státní příslušnosti <i>a</i> právnické osoby: Od případu <i>Nottebohm</i> po <i>Barcelona Traction</i>	72
2.2.3. Soudobá definice korporátní státní příslušnosti	75
2.3. V čase trvající státní příslušnost	77
2.4. Státní příslušnost dalších objektů práva: lodě, letadla, vesmírné objekty	81

2.4. 1. Státní příslušnost lodí.....	82
2.4.2. Státní příslušnost letadel.....	83
2.4.3. Státní příslušnost vesmírných objektů	83

HOLDINGOVÉ STRUKTURY: KONCERN, HOLDING A CORPORATE GROUP . 85

3.1. Koncernové právo	85
3.2. Koncern v. holding	86
3.2.1 Koncern	86
3.2.2. Holding	91
3.2.3. Poznámka k vymezení holdingové struktury pro účel této práce.....	92

INSTITUT CORPORATE VEIL, NÁRODNÍ PRÁVNÍ ŘÁDY A MEZINÁRODNÍ PRÁVO 94

4.1. Institut <i>corporate veil</i> jakožto základ právní identity a samostatnosti novověké korporace.....	94
4.2 <i>Piercing the corporate veil</i> - od samostatnosti zpět.....	95
4.3. <i>Corporate veil</i> a její <i>piercing</i> v některých národních právních řádech	97
4.3.1. USA (průřez v rámci desítek právních řádů a federace).....	97
4.3.2. Anglie a Wales	108
4.3.3. Německo	115
4.3.4. Francie.....	126
4.4 <i>Piercing the corporate veil</i> jako obecná zásada právní – překryv národních doktrín?	130
4.5 <i>Piercing the corporate veil</i> a mezinárodní právo	130
4.5.1. <i>Corporate veil</i> , její <i>piercing</i> a mezinárodní právo	130

INVESTOR V HOLDINGU A JEHO OCHRANA V ARBITRÁŽNÍ JUDIKATUŘE 133

5.1. Investor a investice	133
5.1.1. Investoři dle BITs	133
5.1.2. Investor přímý a nepřímý.....	147
5.1.3. Investor dle BITs a ICSID	150
5.1.4. Investor v holdingu dle Konvence ICSID: nález v případě Amco v. Indonésie.	154
5.1.5. Investice.....	156
5.2. Investor a corporate veil	164
5.2.1. <i>Piercing the corporate veil</i> – neexistující, ale diskutovaná instituce mezinárodního práva	164
5.2.2. <i>Corporate veil</i> v holdingu a násobné pokusy o domáhání se arbitrážní ochrany investic: vyloučení překážek <i>lisit pendens</i> a <i>res iudicata/judicata</i>	167
5.2.3. <i>Corporate veil</i> v holdingu a investor dle konkrétní BIT	168
5.2.4. <i>Corporate veil</i> v holdingu a volba fóra ve smlouvě s tzv. <i>investment vehicle</i>	174

**UTILIZACE MEZINÁRODNÍ HOLDINGOVÉ STRUKTURY K OCHRANĚ
MAJETKU PŘED DOMÁCÍM STÁTEM OVLÁDAJÍCÍHO SUBJEKTU VE SVĚTLE
ARBITRÁŽNÍ JUDIKATURY 180**

6.1. Podmínky utilizace mezinárodní holdingové struktury k ochraně majetku před domácím státem... 182

ZÁVĚR..... 184

ABSTRAKT 187

SUMMARY 191

LITERATURA 195

Monografie: 195

Články a příspěvky: 198

Judikatura – mezinárodní: 201

Judikatura – národní: 206

Vědecké zprávy, zprávy a literatura mezinárodních organizací či zájmových sdružení: 209

Smlouvy o ochraně investic jichž je Česká republika stranou 210

Další mezinárodní smlouvy: 212

Národní právní předpisy a sekundární předpisy ES: 214

Zpravodajský tisk: 216

Další - internet: 216

Úvod

Ochrana majetku státních příslušníků, je vedle ochrany života státních příslušníků toho či onoho státu jednou ze základních praktických stránek státní příslušnosti ve vztahu k jednotlivci, jakožto, *a priori*, nesubjektu mezinárodního práva. Ochrana majetkových sfér soukromých subjektů za použití mezinárodního práva je dále jednou z mála oblastí mezinárodního práva, která nachází využití v ryze soukromé právní praxi, inheruje do právní praxe velkých, na korporátní klientelu orientovaných, advokátních kanceláří, jakož i nezávislých barristrů. Jedná se bezesporu o nejprestižnější oblast práva, a rozhodně o oblast právní praxe, která kromě svého zásadního významu pro investory může i zásadním způsobem ovlivňovat fiskální stabilitu menších ekonomik.¹

Předmětem této disertační práce je zpracování tématu ochrany investic státních příslušníků – právnických osob.² Protože však státní příslušnost v globalizovaném světě plného kapitálového propojení napříč suverénními státy a ekonomikami, především v korporátním prostředí, ztrácí na své dennodenní praktikabilitě, a naopak se může začít stávat aspektem plánování právního snižování investičních podnikatelských rizik, vnímá i tato práce předmětný trend v podobě analýzy ochrany investic holdingových struktur.

Hlavním těžištěm této práce je, jak její název napovídá, vývoj judikatury ad hoc arbitrážních tribunálů ve vztahu na státní příslušnost právnických osob jsoucích články holdingových řetězců, jinými slovy vnímání principu *corporate veil*³ na úrovni mezinárodního práva. Cílem této analýzy judikatur arbitrážních tribunálů, zejména v rámci ICSID (včetně

¹ Příkladem toho je v současné době běžící série arbitrážních řízení proti některým jihoamerickým státům, které v důsledku těchto okolností hrozí odstoupením od Washingtonské smlouvy; viz: Weisbrot, M.: *LE CIRDI EN LIGNE DE MIRE: LA BOLIVIE, LE VENEZUELA ET LE NICARAGUA CLAQUENT LA PORTE*. Online-(10. 7. 2007): http://risal.collectifs.net/article.php3?id_article=2298#nh1 (28.8.2008 21:27)

² Tato práce se především zaměří na právnické osoby korporátního charakteru, tj. jak definováno teorií civilněprávních právních řádů, na osobnostní či kapitálové bázi existujících právnických osob soukromého práva.

³ Jakožto obecné zásady právní uznávané civilizovanými národy (*general principles of law recognized by civilized nations*), jak presumováno čl. 38 odst. 1 písm. c) statutu Mezinárodního soudního dvora (dále jen Statut MSD).

přezkumné instance), ICC v Paříži, jakož i LCIA a rozhodčího⁴ soudu při stockholmské obchodní komoře - SCC, odpovědět na otázku, jak mezinárodní rozhodčí praxe vnímá právě institut corporate veil a zda judikatura má tendenci provádět jeho *piercing* v návaznosti na státní příslušnost ovládajících osob či nikoliv.

Prepediticky pro dosažení těchto cílů bude předmětem diskuze této práce jednak vývoj ochrany investic od obecného mezinárodního práva obyčejového – zejména tedy diplomatická ochrana, až po partikulární režimy zakládané jednotlivými BITs.

Dále bude diskuze věnována státní příslušnosti fyzických, ale zejména právnických osob a také koncernu (resp. holdingu a jeho definici v některých soudobých právních řádech).

Obširná část práce je kromě rozhodčí judikatury zejména věnována diskuzi principu *coporate veil* a přístupům v hlavních kontinentálních, jakož i *common law* právních řádech k tendencím k jeho ignorování, resp. *piercing*. Účelem této části je dovést, zda lze v případě institutu *piercing the corporate veil* hovořit o obecné zásadě právní (uznávané civilizovanými národy), která by si mohla najít, či již našla cestu do obecného mezinárodního práva, jakož i do případně analyzované rozhodčí praxe.

⁴ Terminologická poznámka k výrazu rozhodčí: tato práce primárně pracuje s českými termíny rozhodčí řízení a rozhodčí soud. Tam, kde by případně používala slovo arbitrážní či podstatné jméno arbitráž, míní se těmito identické instituty přidavnému jménu rozhodčí, případně institutu rozhodčí řízení.

Historie ochrany investic – od diplomatické ochrany po dvoustranné smlouvy o ochraně investic

Ochranu investic je možno kategorizovat na několik základních režimů, níže popsaných. Tyto režimy lze dělit podle jejich obecnosti/partikulárnosti, stejně tak jako dle formálního dělení pramenů, které předmětné režimy konstituují.

Obecný režim ochrany investic, jakož i jakýchkoliv dalších zájmů státních příslušníků toho či onoho státu, je v rovině mezinárodního práva režimem obyčejovým, do kterého patří výhradně diplomatická ochrana.

Oproti tomu režimy jednotlivých bilaterálních a multilaterálních smluv o ochraně investic jsou partikulárními smluvními režimy, ve své podstatě *leges speciales*, režimy které sice co do svého původu stavějí na principech diplomatické ochrany, ale ve svých partikulárních úpravách tuto často derogují. Derogace pravidel diplomatické ochrany se nicméně vyskytuje toliko do té míry, do které partikulární mezinárodní smlouvy upravují či předpokládají pravidla chování a jednotlivé instituty odlišně od obecného práva obyčejového. Navíc, teorie, jak bude diskutováno níže, se zatím plně neshodla nad otázkou, do jaké míry jsou tyto režimy prostupné v případě, že některé instituty jsou upraveny jen částečně, či implicitně.

Na následujících stránkách bude proto nastíněn rámcový přehled současných režimů ochrany investic, pročez k diskuzi jejich vzájemného vztahu a koexistence byl zvolen přístup hodnotící danou problematiku z pohledu historického vývoje otázky ochrany investic a obsahu jednotlivých esenciálních institutů.

1.1. Diplomatická ochrana

Diplomatická ochrana je jeden z mála klasických institutů mezinárodního práva obyčejového, který přetrval do soudobého, chceme-li moderního, mezinárodního práva

v téměř nezměněné podobě a stále vychází z definice tak, jak ji v roce 1759 *Emmerich de Vattel* definoval.⁵

Důležitost institutu diplomatické ochrany spočívá v tom, že stát, jakožto subjekt mezinárodního práva jejím prostřednictvím zastupuje zájmy svých „státních příslušníků“, nebo - historicky vzato - poddaných.⁶ Jedná se o institut zásadně provázaný s otázkou odpovědnosti za škodu, za kterou odpovídá stát (stát škůdce, či stát za škůdce odpovídající).⁷ Dojde-li tedy ke škodě na (například) majetku státního příslušníka konkrétního státu, nevnímá mezinárodní právo toto jako škodu způsobenou tomuto příslušníku. Tento totiž nemá v rovině mezinárodního práva subjektivitu.⁸ Dojde-li tedy ke škodě, která s sebou nese povinnost reparace,⁹ pak tato reparace přísluší státu, jehož je ten, na jehož sféře efektivně ke škodě došlo, příslušníkem. Mezinárodní právo zde, jinými slovy, zavádí fikci, kdy při efektivní škodě na sféře fyzické či právnické osoby jsoucí příslušníkem konkrétního státu jako subjektu mezinárodního práva, je právě tento stát tím, jemuž přímo, dle vnímání mezinárodního práva,

⁵ Vattel de, E. *The Law of Nations; or the principles of the law of nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*. London: Newbery, 1759. (použit anglický překlad, reprint z roku 1920).

⁶ Tato historická parafráze není samoučelná. Jak níže nastíněno, institut diplomatické ochrany vychází z premisy, že, vzhledem k tomu, že poddaní jsou *de facto* v dispozici svého svrchovaného panovníka, je jakákoliv škoda způsobená na jejich majetku *de facto* škodou na majetku jejich státu, respektive na ekonomice předmětného státu. V pozdějších dobách novověku je pak právě otázka škody na majetku státních příslušníků poddaných či příslušejících konkrétnímu státu vnímatelná škoda na národní ekonomice, chceme-li na souboru výrobních prostředků směřujících k produkci hrubého národního produktu.

⁷ K otázce odpovědnosti státu za škodu viz především:

Crawford, J.R. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text, and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press. 2002

⁸ Pro tuto diskuzi, pohybující se v rovině mezinárodního práva, nechme stranou otázku lidských práv v mezinárodním právu, kde dochází bezpochyby k nesystematickému posunu směrem k parciální subjektivitě soukromých osob.

⁹ Slovy Stálého soudu mezinárodní spravedlnosti (dále jen PCIJ) v případě *Chorzów Factory* (PCIJ, Series A, No. 17, 1928, s. 29): „It is a principle of international law, and even a greater conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation.” Citováno z: Shaw, M. N *International Law*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2003, s. 697

škoda vznikla¹⁰. Tato doktrína tak dává státům práva¹¹ domáhat se restituce či kompenzace za škody, které jsou jim způsobeny, přičemž nechává na národních právních řádech, aby upravily další vztah mezi předmětným státem a jeho *de facto* poškozeným příslušníkem. Jinými slovy, stát zprostředkovává práva a povinnosti svých příslušníků na úroveň mezinárodního práva.¹² Toto právo diplomatické ochrany lze nejlépe shrnout tak, jak jej definovala Komise OSN pro mezinárodní právo (dále jen ILC) ve svém návrhu Článků o diplomatické ochraně z roku 2006 - The ILC's¹³ Draft Articles on Diplomatic Protection of 2006. Článek 1 definuje diplomatickou ochranu, jak následuje:

“[...]diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by and international wrongful act of that State to a natural or legal person that is national of the former State[...]”¹⁴

¹⁰ Toto vnímání odpovědnosti za škodu a diplomatické ochrany je v soudobém mezinárodním právu stále platné, jak dokazuje nedávná judikatura MSD (viz níže, např. případ Diallo). Neexistuje prokazatelný *usus longaevus* či *opinio necessitatis*, které by prokazovaly opak. Autor s tímto stavem souhlasí, neboť se nedomnívá, že by jedinec měl mít v mezinárodním právu veřejném právní subjektivitu (alespoň ne dle jeho obecných norem). Ozývají se občasně nicméně i opačné názory, které tuto doktrínu kritizují jako přežitek feudalismu. Viz např.:

Bennouna, M. *PRELIMINARY REPORT ON DIPLOMATIC PROTECTION*, ILC 15th Session, A/CN.4/484, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/027/90/PDF/N9802790.pdf> (10/21/2007 7:30)

¹¹ nikoliv však povinností za své příslušníky (tj. k jejich ochraně) konat. Podle mezinárodního práva je věcí každého svrchovaného státu, zda se rozhodne tohoto svého práva využít. Viz též: *Comercial F SA v. Council of Ministers* (Case No. 516, Supreme Court of Spain), ILR 88, s. 691 nebo *LF and HMK v. Federal Republic of Germany* (the Court of Appeal of the Hague), ILR 94, 343; Shaw v tomto kontextu odkazuje na shrnutí provedené PCIJ v případě *Mavrommatis Palestine Concession* (PCIJ, Series A, No. 2, 1924):

‘By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights[...]’

Viz Shaw, M. N. *International Law*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2003, s. 722.

¹² Seidl-Hohenveldern, I. *Mezinárodní právo veřejné*. 2nd Ed. Prague: ASPI. 2001, s. 314.

¹³ <http://www.un.org/law/ilc/> (10/15/2007 1:54 PM)

¹⁴ http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf (13/09/2008 23:20)

Aby se stát svého práva poskytnout diplomatickou ochranu mohl dovolat, musí být současně splněny tyto níže diskutované podmínky:

- Vyčerpání domácích právních prostředků (*exhaustion of local remedies*),
- Ten, pro něhož se diplomatické ochrany dovolává, musí být příslušníkem dovolávajícího se státu.

1.1.1. Vyčerpání všech dostupných domácích právních prostředků

Tento institut v mezinárodní právní teorii nazývaný „*exhaustion of local remedies*“ je podmínkou, bez níž je dovolávání se diplomatické ochrany nepřipustné. Myšlenka, na které presence této podmínky stojí, je, že dokud nejsou vyčerpány všechny opravné prostředky podle národního práva státu, jehož zásahem (či zásahem jednotlivce, za něhož je tento stát odpovědný) měla být způsobena škoda, nemůže efektivně dojít k porušení práv druhého státu, neboť ještě nebylo vyřčeno a učiněno vše, co ve sféře státu, který má být odpovědný, učiněno či vyřčeno být mělo, a především mohlo. Hlavním důvodem je zde snaha, aby případná záležitost potřebující zásahu formou diplomatické ochrany vůbec nemusela nastat, tedy, aby nedocházelo k nadužívání tohoto institutu tam, kde stát, který má být odpovědný, měl šanci nejprve celou situaci řešit v režimu domácího právního řádu.¹⁵ MSD toto shrnul následovně:¹⁶

“Before resort may be had to an international court in such a situation, it has been considered necessary that State where violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system.”¹⁷

Po nějakou dobu bylo v praxi sporné, zda je otázka vyčerpání domácích právních prostředků skutečně integrální podmínkou, bez jejíhož splnění nelze diplomatickou ochranu aplikovat. Dnes se nicméně má nesporně za to, že tato obyčejová podmínka tvoří integrální

¹⁵ J.R. Crawford toto shrnul v kontextu odpovědnosti státu následovně (UN Doc. A/CN.4/498, para. 75):

„[an] aberrant decision by an official lower in the hierarchy, which is capable of being reconsidered, does not of itself amount to an unlawful act.”

¹⁶ *Barcelona Traction, Second Phase - Separate opinion of Judge Tanaka* in: 46 ILR, s. 316; též v případě *Interhandel, Judgment*, 1959 ICJ Rep, s. 27

¹⁷ *„Než by mělo být nutno dovolat se mezinárodního soudu v takovéto situaci, je považováno za nutné, aby stát, kde k porušení došlo, měl možnost toto napravit vlastními prostředky v rámci jeho vlastního domácího právního řádu.“* (překlad autora)

součástí celého rámce tohoto institutu. Soudce *Tanaka* v roce 1959 v případě *Interhandel* toto ve svém samostatném stanovisku shrnul explicitně:

“That the local remedies rule constitutes [“] a well-established rule of customary international law[“] and that [”] the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law [“] is clearly declared by International Court of Justice.”¹⁸

Tento závěr byl následně potvrzen nedávnou judikaturou MSD, jakož i arbitrážních tribunálů. Mezi nejvýznamnějšími judikáty budiž zmíněny: *Diallo*¹⁹ (MSD) a *Loewen*²⁰ (NAFTA/ICSID). ILC článek 14 (na diplomatickou ochranu) vyvozuje z dosavadní praxe a judikatury následující závěr:²¹

“1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8²² before the injured person has, subject to draft article 15²³, exhausted all local remedies.

2. [>>]Local remedies[<<] means legal remedies which are open to an injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury.

3. Local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgment related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in draft article 8.”

Definice dostupných domácích prostředků se nicméně může lišit, a to v přímé závislosti na tom či onom konkrétním domácím právním řádu.²⁴

¹⁸ *Interhandel*, Judgment, 1959 ICJ Rep, s. 27

¹⁹ *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), decision on preliminary objections ze dne 24. května 2007, online: <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf> (14.7.2009 16:48:29)

(<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3s&p2=3&code=gc&case=103&k=7a> (10/15/2007 4:53 PM))

²⁰ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* Award, art. 165 (ICSID case No. ARB(AF)/98/3)

²¹ http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf (13/09/2008 23:20)

²² Tedy buď to bezdomovce (*stateless person*) nebo uprchlíka přijatého daným státem.

²³ Výjimky diskutovány níže.

Mezinárodní právo dnes však disponuje ustálenou, zvykově uznávanou, množinou atributů relevantních domácích právních prostředků. Vláda Spojených států předložila sumář atributů pro vhodný domácí právní prostředek, který musí být vyčerpán. Učinila tak ve sporu *Healthrow Airport User Charges*. Tento sumář se dnes obecně považuje za přijímaný a spočívá v tom, že stranou, která se takového právního prostředku dovolává, musí dokazovat, že daný prostředek má následující atributy: Předmětný prostředek musí:²⁵

- a) se jednat o prostředek, který řeší merit věci jsoucí předmětem /zde, pozn. aut./ arbitráže,
- b) řešit tu samou záležitost,
- c) pokrývat danou věc samou zcela,
- d) nenutit k otvírání dalších otázek,
- e) nebýt diskriminační,
- f) vést ke stejné nápravě.^{26 27}

V návaznosti na otázku do jaké míry mohou ve všech právních řádech být, byť i formálně dostupné domácí prostředky efektivně použitelné, dovodilo mezinárodní právo zároveň výjimky z podmínky vyčerpat dostupné domácí prostředky. Těmito výjimkami jsou situace:

- a) neefektivních domácích právních prostředků,

²⁴ Nejčastěji tedy půjde o iniciaci a participaci na soudních či správních řízeních, jejichž cílem je rozhodnout o právech a povinnostech účastníků, včetně toho jedince, za kterého by se jeho domácí stát měl následovně domáhat diplomatické ochrany.

²⁵ Shodně judikováno MSD v případech *Diallo* a *ELSI*

²⁶ USA v UK, case concerning *Heathrow Airport User Charges*, 102 ILR, s. 276:

- ”
- a) *Its existence must be proved on by the party relying on the local remedies rule,*
 - b) *It must address the merits of the issue in the arbitration,*
 - c) *It must cover the same issue,*
 - d) *It must cover all the issues,*
 - e) *It must not compel additional issues to be raised,*
 - f) *It must not be discretionary,*
 - g) *It must lead to the same relief”*

²⁷ Vláda Spojených států tento svůj argument podpořila následující arbitrážní (a soudní) judikaturou: (102 ILR, s. 276): *Finland v. Great Britain* (Claim of Finnish Shipowners) 3 RIIAA 1934, s. 1502, *Greece v. United Kingdom* (the *Ambatielos* case) 12 RIAA 1956, s. 118-19 a *ELSI* (USA v. Italy).

- b) neexistence domácích právních prostředků dle relevantního národního právního řádu,
- c) postavení příslušníka jednoho konkrétního státu je nezávislé na postavení jeho státního příslušníka,
- d) potenciálně dostupné právní prostředky jsou odtažité od běžného postupu v předmětné věci, pročež je jejich vyžadování v zásadě argumentací *ad absurdum*.

Elaborace těchto podmínek a dostupné judikatury by byla mimo rámec této práce, a proto v tomto smyslu odkazují na svoji LL.M. disertaci na téma *Diplomatická ochrana právnických osob*.²⁸

1.1.2. Relevantní státní příslušnost

Další podmínkou pro úspěšnou aplikaci institutu diplomatické ochrany je, že subjekt, za který ten či onen stát jedná, je jeho státním příslušníkem. Dle klasické doktríny diplomatické ochrany je právě státní příslušnost pojítkem mezi jednotlivcem a státem, které konstituují právo státu aplikovat diplomatickou ochranu.²⁹ Státní příslušnost je atributem,

²⁸ Mach, T. *Diplomatic Protection of Corporate Nationals*. LL.M. Dissertation, University of Cambridge, 2008

²⁹ Srov. PCIJ ve věci *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, Series A/B, No. 76, s. 16:

„In the opinion of the Court, the rule of international law [...] is that in taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action, or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law. This right is necessarily limited to intervention on behalf of its own nationals because, in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection, and it is as a part of the function of diplomatic protection that the right to take up a claim and to ensure respect for the rules of international law must be envisaged. Where the injury was done to the national of some other State, no claim to which such injury may give rise falls within the scope of the diplomatic protection which a State is entitled to afford nor can it give rise to a claim which that State is entitled to espouse.“

(http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_76/01_Panevezys-Saldutiskis_Arret.pdf)(3.10.2008 19:03)

A na toto navazující citát v judikátu ICJ, *Nottebohm*, s. 13:

který bude určující pro hlavní část této práce. Vzhledem k tomu, že pravidla jsou v obou případech totožná, je toto pojednání zde vynecháno a obsaženo v samostatné kapitole věnované státní příslušnosti fyzických a právnických osob.

1.2. Dvou- a vícestranné smlouvy o ochraně investic (BITs a MITs)

1.2.1. Historie zrodu BITs a MITs

Výše popsaný režim obecného mezinárodního práva, kdy ochrana státních příslušníků je věcí jejich domovského státu v závislosti na jeho vlastním uvážení,³⁰ nezaručuje státní příslušníkům přílišnou jistotu, že na jim způsobenou újmu bude eventuelně adekvátně reagováno. V rovině mezinárodních vztahů totiž často pozice konkrétního jednotlivce nemusí stát za spor mezi dvěma suverénními státy a domovský stát daného státního příslušníka se proto může rozhodnout se jeho práv nedomáhat.³¹ V současném globalizovaném světě, kde především právnické osoby často mohou mít státní příslušnost jinou než je státní příslušnost

„[a] well-established principle of international law [...] that it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the state the right of diplomatic protection.”

(<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>) (3.10.2008 19:07)

³⁰ Neboť mezinárodní právo nemůže ze své logiky zasahovat do jeho vnitrostátních vztahů k jeho příslušníkům a přikazovat státu aby konal (i když v rovině lidských práv je možno hovořit o tom, že tato maxima je prolamována.) U diplomatické ochrany zatím stále platí, že je na vůli státu, zda se rozhodne využít svého práva za svého státního příslušníka se domáhat diplomatické ochrany, tj. domáhat se nápravy toho, co mezinárodní právo považuje za přímé porušení práv tohoto státu.

³¹ Nicméně některé státy, jmenovitě USA a UK například, upravují ve svých předpisech či alespoň interních směrnících exekutivy povinnost státu použít diplomatické ochrany, jsou-li splněny podmínky v této legislativě stanovené; k UK viz: Warbrick, C. *Protection of Nationals Abroad*. In: ICLQ 1988 s. 1007; Některé státy tak činí v svých ústavních předpisech (př. Bulharsko, Kazachstán, Litva, Lotyšsko, Ruská federace, Polsko, Ukrajina, ale i další země jako Portugalsko, Makedonie, Bosna a Hercegovina, Turecko či Španělsko). V některých státech povinnost poskytovat příslušníkům ochranu dovodily soudy (např. Německo, Israel), a to i v případě, že psané národní právo žádné takové explicitní subjektivní právo nezmiňuje. (viz: Amerasinghe, C.F. *Diplomatic Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 82); k relevantní judikatuře viz zejména: Bundesverfassungsgericht ve věcech: *Hess* (7 července 1975), 90 ILR 1992, s. 387, *Ostverträge* (16 prosince 1980, 78 ILR 1988, s. 177); Israel: *Hakim v. Minister of Interior* [1952], 6 Piskei Din 642. cit. z Amerasinghe, supra at 83.) K otázce českého právního řádu *de lege ferenda* a otázce diplomatické ochrany srov: Mach, T. *Nad rolí ustanovení ochrany investic v českém právním řádu*. In: Podnikatel a rekodifikace obchodního práva. Praha: VŠAP. 2009, s. 105 ff

jejich faktických vlastníků, může se stát, že konkrétní domovský stát se rozhodne takové právnické osobě neposkytnout ochrany, protože na tom nemá svůj zájem.

Toto byla situace, která nastala exemplárně chováním Kanady ve známém případě *Barcelona Traction*, kde předmětná obchodní společnost byla inkorporována v Kanadě, sporná investice byla ve Španělsku, ale 88 procent akcií této společnosti bylo ve vlastnictví Belgičanů. S trochou cynismu lze porovnáním frekvence případů diplomatické ochrany u MSD a jejich faktických detailů (*Nottebohm*,³² *Barcelona Traction*, *Diallo*, /nikoliv již *ELSI*³³, neboť zde existovala relevantní smlouva/) a případů sporů dle BITs dojít k závěru, že aby stát využil práva své diplomatické ochrany, musí ti, kteří jej k tomuto chtějí přimět, mít zvláštní schopnosti politickou reprezentaci ovlivnit tak, aby se tak stalo.³⁴

Takový stav mezinárodního práva neposkytuje dostatečné jistoty investorům v zahraničí, což má za následek omezení toků kapitálu především do méně stabilních oblastí. Proto mezi jednotlivými státy (většinou vývozci a dovozci kapitálů) byly a jsou uzavírány partikulární dohody, které zajišťují vyšší standard ochrany investic.

První generací těchto dohod v moderní době byly takzvané „smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě“³⁵ (*treaties of friendship, commerce, and navigation /FCN/*).³⁶ Jejich protagonistou byly především USA, avšak rozšířené byly obecně. Předmětem úpravy těchto smluv byly

³² 1955 ICJ Rep at 4

³³ Supra.

³⁴ Ostatně autor této práce není ve svém cynismu osamocen. Ke stejnému komentáři se rozhodl tribunál ve složení Sir Anthony Mason, Soudce Abner J. Mikva a Lord Mustill v případě *Loewen*. Viz: ICSID Case No: ARB(AF)/98/3, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, odst. 224: „As was pointed out earlier, the object of NAFTA is to protect outsiders who do not have access to the political or other avenues by which to seek relief from nefarious practices of governmental units.“
online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Award-2.pdf> (13.9.2008 19:56)

³⁵ Kishoiyian, B. *The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law*. In: 14 Nw. J. Int'l. L & Bus 1994, s. 327 na s. 329

³⁶ Na bázi takové smlouvy například byl řešen případ *ELSI* (MSD) zmiňovaný výše (USA v. Itálie); podobně, i když poněkud uměle byla FCN smlouva mezi USA a Perzií použita jako podklad pro jurisdikci MSD ve věci *Oil Platforms*; *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Preliminary Objections. Rozsudek ze dne 12. 12. 1996 <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/7287.pdf?PHPSESSID=d284e4ec5770f70d46ad81e23e706126> (13.9.2008 18:32)
Zde se smlouva nicméně nenazývá FNC ale Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights of 15 August 1955.

kromě obecných politických proklamací dobrých vztahů a přátelství, především úpravy podmínek podnikání (často doložka nejvyšších výhod),³⁷ právního režimu cizinců a jejich ochrany na konkrétním území, a námořní obchod. Tyto smlouvy, uzavírané mezi suverénními státy, většinou neřešily detailně ochranu investic, kdy pro tuto navazovaly na obyčejové právo s odchylkami či upřesněními partikulárně-mezinárodně-právního charakteru. Řešení sporů bylo většinou na úrovni MDS či arbitráže, protože se jednalo o převážně spory mezi suverény, nikoliv o spory diagonální.³⁸ Přestože se jednalo o jisté zlepšení oproti obyčejovému mezinárodnímu právu, nebylo toto řešení pro tok investic ideální.

Druhou generací jsou již klasické BITs či MITs. Jak shrnuje *Salacuse*³⁹ objevila se první BIT v roce 1959.⁴⁰ ⁴¹ Standard ochrany se samozřejmě v jednotlivých smlouvách liší, čímž například *Salacuse* vysvětluje proč, byly západoevropské státy (které přijaly iniciálně nižší standardy režimů ochrany) rychlejší resp. úspěšnější oproti USA v kontrahaci těchto smluv s rozvojovým světem.⁴² *Broches*⁴³ rozřazuje tyto smlouvy do čtyř skupin dle podmínek, které je nutno splnit k dosažení případného odškodnění. Toto rozdělení začíná na toliké povinnosti vyjednávat o kompromisu až po přímou pravomoc arbitrážního tribunálu rozhodovat spory.⁴⁴ ⁴⁵ Poslední z kategorií je generačně nejmladší a nové smlouvy postupně nahrazují

³⁷ Dnes zakotvená multilaterálně *inter partes* WTO (srov. např. Čl. I. GATT 1947).

³⁸ Diagonálním sporem rozumíme spor mezi soukromoprávním subjektem, typicky například investorem, tedy fyzickou nebo právnickou osobou konkrétního národního právního řádu a státem jako subjektem mezinárodního práva.

³⁹ Salacuse, J.W. *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*. In: 24 International Lawyer 1990, s. 655

⁴⁰ Jednalo se o BIT mezi Západním Německem a Pakistánem: Treaty for the Protection of Investment, ze dne 25. listopadu 1959, West Germany-Pakistan, 457 UNTS, s. 23

⁴¹ Sornarajah hovoří o roce 1958. Viz: Sornarajah, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. The Hague: Kluwer Law International. 2000, s. 211

⁴² Salacuse, J.W. *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*. In: 24 International Lawyer 1990, s. 657

⁴³ Broches, A. *Bilateral Investment Treaties and Arbitration of Investment Disputes*. In: Schultz, J and van den Berg, A. J. (Eds) *The Art of Arbitration: Liber Amicorum Pieter Sanders* (1982), s. 67 (cited via Sornarajah, *supra*).

⁴⁴ Resp. ke konkrétní cestě určení toho, kdo a jak jmenuje rozhodce.

⁴⁵ První BIT, která zakládala možnost přímé diagonální arbitráže se zrodila v r. 1969 a je jí BIT mezi Francií a Tuniskem. Zdroj: Rubins, N. Nazarov, A. *Investment Treaties and the Russian Federation: Baiting the Bear?* In: 9 Business Law International 2/2008, s. 101

předcházející varianty. V současné době, jak shrnuje Wong⁴⁶ platí cca. 2400 BITs pročež 1500 z nich bylo uzavřeno v posledních 12 letech (2006). Kontrahační trend až do roku 2008 v zásadě akceleroval.

Obecně lze shrnout, že zásadním přínosem těchto smluv je oprostění se od režimu diplomatické ochrany. Smluvní státy sjednávají v těchto mezinárodních smlouvách partikulární práva jednotlivců (tj. non-subjektů mezinárodního práva) domáhat se svých práv napřímo, a to většinou v podobě diagonálního rozhodčího sporu⁴⁷ at' již před rozhodcem či tribunálem ad hoc, či tribunálem vybíraným některým z permanentních rozhodčích center.⁴⁸ Právní režimy založené jednotlivými BIT jsou partikulární, speciální vůči obecnému (obyčejovému) mezinárodnímu právu, tedy diplomatické ochraně, pročež protože pro své účely celou řadu institutů definují zvlášť (např. státní příslušnost investora, jak diskutováno níže), jsou v zásadě tzv. „*sefl-contained*“.

⁴⁶ Wong, J. *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*. In: George Mason Law Review, 1/2006, s. 136

⁴⁷ Co do vztahu rozhodčího řízení, systém ICSID má v současné době navíc ještě tzv. *Addicional Facility*, s vlatními pravidly pro vedení sporů (http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf, (11.6.2009 17:31:28)), která umožňují vést zde diagonální spory vůči nesmluvním státům Washingtonské úmluvy, či soukromým subjektům, jejichž domovský stát není smluvní stranou, jakož i spory, které nejsou přímo ve svém meritru spory o ochranu investic (obecná pravomoc).

Problematika ICSID a její definice investora je diskutována v detailu v kapitole páté.

Stránky ICSID lze nalést na: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (11.6.2009 17:34:01)

⁴⁸ Zejména právě na režim založený Washingtonskou úmlouvou "roubují" partikulární BITs svoje ujednání o řešení sporů. (namátkové příklady: Treaty between the Federal Republic of Germany and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, ze dne 9. dubna 1991 /podle které je řešen mj. případ č. ARB/02/8, *Siemens AG v. Argentine Republic*/, Treaty between the United States and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment z r. 1991 /např. č. ARB/02/16, *SEMPRA Investment Energy International v. Argentine Republic*/, nebo Agreement Between the Government of the Republic of Italy and the Government of the People's Republic of Bangladesh on the Promotion and Protection of Investments" ze dne 20. března 1990 /např. případ č. ARB/05/07, *SAIPEM S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*/.

1.3. ICSID a diplomatická ochrana

1.3.1. ICSID řízení dle Washingtonské smlouvy a vyloučení diplomatické ochrany

Mezinárodní právo v současné době zná vedle obecné diplomatické ochrany a partikulárních režimů v rámci BITs či MITs dále režim řešení sporů (a tudíž poskytování nezávislé ochrany) investicím v rámci orgánů *Světové banky*.⁴⁹ Jedná se o tzv. *Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (International Centre for Settlement of Investment Disputes)*, zkráceně „ICSID“. Tato mezinárodní instituce byla založena tzv. *Washingtonskou úmluvou* (či ICSID Konvencí).⁵⁰

Toto rozhodčí centrum umožňuje, aby mu na bázi partikulárních rozhodčích doložek byly předkládány spory z ochrany investic. Původním záměrem toliko bylo, že budou předkládány spory, kde doložka či arbitrážní smlouva bude (ze své podstaty samostatnou) součástí smlouvy, která bývá uzavírána mezi státem a investorem do tohoto státu (typicky koncesní smlouvy), protože rozhodným právem hlavní smlouvy v takovém případě je národní právo daného státu. Cílem byla motivace investorů k provádění investic jistotou, že nebudou podrobeni svévoli daného státu co do obsahu hmotného práva daného státu, jakož i případné jurisdikci jeho orgánů (diagonální smlouvy a diagonální spory).

Ve vztahu k motivaci států být smluvní stranou bylo pak ustanoveno v čl. 27, že domovský stát investora neposkytne zásadní diplomatickou ochranu ve věci, která je arbitrabilní právě před tímto centrem:

“(1) Žádný smluvní stát neposkytne diplomatickou ochranu a neuplatní mezinárodní nárok se zřetelem ke sporu, o němž jeden z jeho občanů a jiný smluvní stát se dohodli souhlasit, aby byl předložen nebo předložili k rozhodčímu řízení podle této Úmluvy, s výjimkou případu, že takový jiný smluvní stát nedodržel a nevykonal rozhodnutí učiněné v tomto sporu.

(2) Diplomatická ochrana pro účely odstavce 1 nebude zahrnovat neformální diplomatické výměny pro pouhý účel usnadnění řešení sporu.”⁵¹

Vztah mezi případnou jurisdikcí (pravomoc a příslušnost) tohoto centra na základě konkrétní diagonální rozhodčí smlouvy či doložky a možnosti takového investora úspěšně se

⁴⁹ Tj. IBRD /Mezinárodní banky pro obnovu a rozvoj/.

⁵⁰ v ČR publikována jako o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (420/1992 Sb.).

⁵¹ Čl. 27 v českém znění jak vyhlášen v Č(SF)R pod. č. 420/1992 Sb.

dovolávat u svého státu aktivity v podobě diplomatické ochrany je tedy vzájemně se vylučující se. Jinými slovy, je-li sjednána jurisdikce tohoto rozhodčího centra, zavazuje se smluvní stát smlouvy neposkytnout pro okruh problémů, řešitelných na základě rozhodčích doložek dle této smlouvy, klasickou diplomatickou ochranu.

1.3.2. Tzv. *additional facility*

Vedle Konvence ICSID a jí založenou jurisdikcí centra pak existuje tzv. *additional facility*.⁵² Jedná se o přídatné rozhraní pro řešení sporů, pravidla, která byla přijata Správní radou ICSID. Podle těchto pravidel je možno řešit spory (založit tak jurisdikci střediska), které by nešlo řešit podle ICSID konvence jako takové, tj. spory, kde domovský stát investora není smluvní stranou, nejedná se o spor přímo vyplývající z investice či se jedná o řízení směřující k zjišťování faktů, nikoliv nutně nalézání práva.⁵³

Protože se však *stricto sensu* nejedná v případě tzv. *additional facility* o mezinárodní smlouvu, tedy nikoliv o pramen mezinárodního práva, jde při řízení dle těchto pravidel o jiný režim, se třemi zásadními rozdíly.

První výjimkou je, že ICSID Konvence není aplikovatelná.⁵⁴ Protože není rozhodná daná konvence, je procesním právem, kterým se řídí takové řízení národní právní řád sídla arbitráže - *lex fori*. Dále, protože není rozhodná daná ICSID Konvence, není možno vykonávat nálezy v jejím režimu a je třeba spoléhat na výkon nálezu jako každého jiného nálezu vydaného v režimu národního práva (tedy zejména dle Newyorské úmluvy). Proto tato pravidla říkají, že sídlem arbitráže může být toliko místo, kde daný stát je smluvní stranou Newyorské úmluvy.⁵⁵ Ve své podstatě se tak řízení dle *additional facility* neliší od jiných rozhodčích řízení podle konkrétním právním řádem uznaných národních rozhodčích center, jako jsou ICC, SCC, či LCIA.

⁵² Smysluplný překlad do češtiny neexistuje.

⁵³ Srov.: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/intro.htm> (18.6.2009 18:28:11)

⁵⁴ Čl. 3 Additional Facility Rules; (<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/partA-article.htm#a03>) (18.6.2009 18:28:11)

⁵⁵ Čl. 19 Additional Facility Rules; (<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/partD-chap04.htm>) 18.6.2009 18:45:10

1.3.3. ICSID a dvou- a vícestranné smlouvy o ochraně investic

Kromě diagonálních sporů dle ICSID Konvence se vyvinula praxe, kdy BITs a MITs tohoto mezinárodním právem vytvořeného rozhodčího rámce využily k tomu, že na něj odkazují ve svých ustanoveních,⁵⁶ tj. používají toliko jeho pravidel pro řešení sporů, nicméně speciálně i upravují otázky ochrany investic od této konvence odlišně. Toto nebylo původním záměrem autorů tohoto režimu, nicméně je dnes velkou částí náplně práce centra. Za zmínění stojí, vedle různých BIT, též NAFTA, jakožto jedna z nejvýznamnějších obchodních smluv amerického kontinentu, svou podstatou nejen MIT, ale i smlouva o zóně volného obchodu.⁵⁷ Diskuzi nad vztahem pravidel ICSID a konkrétní BIT v situaci, kdy se dostanou do rozporu je věnována část kapitoly páté této práce.

1.4. Nad otázkou partikularity režimů BITs a MITs a práva žalobců

Výše byla vyřčena premisa, že partikulární BITs a MITs oprošťují ochranu investic od režimu obecného mezinárodního práva, tj. diplomatické ochrany, a zakládají naprosto izolované vlastní bi – či multilaterální režimy partikulárního charakteru.

Tato premisa je však zatím předmětem zásadních teoretických sporů, a proto je třeba v kontextu této práce danou problematiku krátce diskutovat.

Někteří renomovaní autoři tvrdí, že se ve skutečnosti o partikulární režim nejedná, a že tudíž nelze hovořit o nahrazení diplomatické ochrany.⁵⁸ Toto je například pozice, ze které vycházel tribunál v případě *Loewen*⁵⁹.

V tomto případě (který byl již detailně zmiňován výše) ICSID senát řešil otázku vyčerpání dostupných domácích právních prostředků při žalobě z ochrany investic dle NAFTA (tedy MIT). Tento senát tedy negoval presumpci oproštění se od diplomatické ochrany a naopak konstatoval, že tato doktrína není výlučně jen atributem diplomatické

⁵⁶, které je třeba vnímat jako *offer*ty smluvních států těchto mezinárodních smluv vis-à-vis státní příslušníci druhých smluvních stran

⁵⁷ <http://www.nafta-sec-alena.org/> (18.6.2009 18:52:49)

⁵⁸ K poněkud odlišnému přístupu k dané problematice neslučitelnému s argumenty autorovými srov.: Van Harten, G. *The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State*. In: 56 ICLQ 2007, s. 371.

⁵⁹ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, náleze ze dne 26. června 2003, art. 165 (ICSID case No. ARB(AF)/98/3)

ochrany.⁶⁰ Senát se zde odvolává na judikaturu MSD, jmenovitě *ELSI*,⁶¹ kde MSD odmítl možnost, že smlouva, která se otázkou vyčerpání dostupných domácích prostředků zabývá, může tacitně vyloučit aplikovatelnost tohoto obyčejového institutu. V konkrétním případě MSD rozhodl:

„The United States questioned whether the rule of the exhaustion of local remedies could apply at all to a case brought under Article XXVI of the FCN Treaty. That Article, it was pointed out, is categorical in its terms, and unqualified by any reference to the local remedies rule; and it seemed right, therefore, to conclude that the parties to the FCN Treaty, had they intended the jurisdiction conferred upon the Court to be qualified by the local remedies rule in cases of diplomatic protection, would have used express words to that effect; as was done in an Economic Co-operation Agreement between Italy and the United States of America also concluded in 1948. The Chamber has no doubt that the parties to a treaty can therein either agree that the local remedies rule shall not apply to claims based on alleged breaches of that treaty ; or confirm that it shall apply. Yet the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so. This part of the United States response to the Italian objection must therefore be rejected.”

⁶⁰ Loewen, *supra*, para. 150:

„Although Loewen submits, in accordance with an Opinion of Sir Robert Jennings, that the local remedies rule is essentially confined to cases of diplomatic protection, that view does not coincide with that of other commentators. See García-Amador, Sohn and Baxter, Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens (1974) pp 143, 129-132; see also García-Amador's Draft Articles on State Responsibility prepared in 1960 for the International Law Commission, noting his comment at p. 79:

“Article 21 of the draft sets forth the basis of a procedure which would enable the alien himself, once local remedies have been exhausted, to submit an international claim to obtain reparation for injury suffered by him.”

See also OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 1967, Article 7(b) and Commentary (OECD Publication No. 23081 (1967) pp 36-41. Professor James Crawford SC, rapporteur on State Responsibility of the ILC has stated “the exhaustion of local remedies rule is not limited to diplomatic protection” (UN Doc. A/CN 4/517, p 33).“

⁶¹ *Supra*, s. 42, para. 50

Tribunál v *Loewen* nicméně povýšil tento závěr na obyčejovou normu mezinárodního práva, aniž by jakkoliv vysvětlil, jak tato norma měla vzniknout jako norma mezinárodního práva.⁶² S implikovaným závěrem, že tomu je tak proto, neb tak řekl MSD (neboť to je jediný odkaz, který senát poskytl) nelze souhlasit. Důvodů je hned několik.

Zaprvé, MSD toto neměl snahu povýšit na normu, neboť z dikce je zřejmé, že tento závěr byl poněkud stručný a zvolená slova MSD indikují, že si jejich ctihodnosti nebyly legitimitou tohoto závěru příliš jisty.

Zadruhé, tento závěr odporuje principu interpretace takové partikulární normy v souladu s Vídeňskou úmluvou o smluvním právu⁶³ (čl. 31 odst 1. „*in accordance with object and purpose*“) - jinými slovy, i kdyby tomu takto bývalo mohlo být v případě *ELSI*, zvláštní ustanovení NAFTA to *ipso facto* vylučují.⁶⁴ Z kapitoly XI. NAFTA totiž jednoznačně vyplývá záměr dát investorům možnost zvolit k ochraně svého kapitálu arbitrážních řízení. Článek 1116 NAFTA v relevantní části zní:

„Article 1116: Claim by an Investor of a Party on Behalf of Itself

1. An investor of a Party may submit to arbitration under this Subchapter a claim that another Party has breached:

(a) a provision of Subchapter A; or

(b) Article 1502(3)(a) (Monopolies and State Enterprises) or Article 1503(2) (State Enterprises) where the alleged breach pertains to the obligations of Subchapter A, and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

Zde je jako interpretační vodítko důležitý zejména nadpis článku 1116, neboť tam je explicitně stanoveno, že investor vznášá spor sám za sebe. Vrátime-li se nicméně k Vattelově definici diplomatické ochrany, respektive formulí *Mavrommatis*⁶⁵ pak je to stát, kdo sám

⁶² *Loewen*, supra, para 160:

“An important principle of international law should not be held to have been tacitly dispensed with by international agreement, in the absence of words making clear an intention to do so (Elettronica Sicula SpA (ELSI) United States v Italy (1989) ICJ 15 at 42). Such an intention may be exhibited by express provisions which are at variance with the continued operation of the relevant principle of international law.”

⁶³ UNTS 1155, s. 331

⁶⁴ http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (14/09/2008 11:54)

⁶⁵ *Mavrommatis Palestine Concession Case* (PCIJ, Series A, No. 2, 1924)

vznáší právo na náhradu svým jménem v případě, že dojde poškození (municipálních)⁶⁶ práv jeho poddaného. Jinými slovy, měl-li by dle NAFTA mít státní příslušník právo vznášet svůj nárok v režimu diplomatické ochrany, pak by mu musela být tímto režimem přiznána subjektivita, a dále by muselo na něho být nahlíženo jako na zmocněnce jeho domovského státu, za nějž se domáhá práva, které porušením jeho soukromých práv mělo vzniknout právě jeho domovskému státu. Nic takového ale v NAFTA najít nelze. Naopak, nadpis článku 1116 hovoří explicitně o vznášení práva sám za sebe. Je proto třeba dojít k závěru, že tato MIT vytváří samostatný režim domáhání se náhrady škody, režim, který nevychází z diplomatické ochrany, a proto se na něj ani nemohou vztahovat její pravidla. I další ustanovení kapitoly XI NAFTA potvrzují tuto tezi.⁶⁷

Jak již bylo výše naznačeno, pozice kterou zastává autor a ta, kterou zastával senát v případě *Loewen*⁶⁸ jsou čistými esencemi dvou základních protichůdných teorií klasifikace práv vyplývajících z BITs a MITs. *Douglas*⁶⁹ tyto kategorie nazval *přímou (direct) a odvozenou (derivative)*. Jak shrnuje *Douglas*,⁷⁰ zastánci derivativní (odvozené) teorie jsou

⁶⁶ Ve smyslu teorie mezinárodního práva, tj. jakožto práv pocházejících z, či jsoucích v, konkrétním národním právním řádu.

⁶⁷ Srov. zejména čl. 1121:

“Article 1121: Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration

1. A disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if:

(a) the investor consents to arbitration in accordance with the provisions of this Subchapter; and

(b) both the investor and an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the domestic law of any Party any proceedings with respect to the measure of the

disputing Party that is alleged to be a breach of Subchapter A of this Chapter, Article 1502(3)(a) (Monopolies and State Enterprises) or Article 1503(2) (State Enterprises), except for proceedings for

injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the domestic law of the disputing Party.“

⁶⁸ *Loewen*, supra, para 233:

„There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states.“

⁶⁹ *Douglas, Z. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. 74 BYIL 2003, 151 ff*

⁷⁰ *Ibid.*, s. 163

zejména státy, které se nacházejí v pozici žalovaných. Příkladem může být pozice kanadské vlády v případě *S.D. Meyers Inc. v Government of Canada*.⁷¹ Z právní teorie se pro tuto doktrínu vyslovil zejména *Sornarajah*.⁷²

Připustíme-li, že tato teorie mohla v 80. letech 20. století ještě najít opodstatnění (viz *Sornarajah*), pak výše uvedený rozbor například NAFTA ukazuje, že trend v oblasti BITs a MITs jde opačným směrem. Pro přímou teorii hovoří nejen interpretace BITs a MITs teorií či praxí rozhodčí,^{73 74} ale i soudobá praxe států. Tak například v kontextu NAFTA došlo několikrát k tomu, že se domovský stát investora postavil proti investorovu požadavku,⁷⁵ tj.

⁷¹ Partial award. 2001 ILM 40, 1408 (citace via Douglas, supra at 163). Text je online na: http://ita.law.uvic.ca/documents/PartialAward_Myers_000.pdf (14.09.2008 16:36)

⁷² Sornarajah, M. *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*. 1986 JoWorldTrade 20, s. 79 na s. 93

⁷³ např. rozhodnutí ve věci *GAMI*, infra, para 30

⁷⁴ Zajímavým a významným je v tomto kontextu též rozhodnutí ve věci *ADC v. Maďarsko*.

V daném případě se tribunál musel vypořádávat mimo jiné s tím, zda konkrétní doktrína tvrzená za jsoucí součástí obyčejového mezinárodního práva (konkrétně dále diskutovaná doktrína *genuine link* ve vztahu k právnické osobě a určení její státní příslušnosti) se vztahuje na spor řešený před ICSID dle konkrétní BIT. Tribunál, vzaje v potaz, že tato doktrína není součástí definice státního příslušníka dle konkrétní dané BIT odmítl se zabývat otázkou, zda taková doktrína existuje v obecném mezinárodním právu, protože proto, že není součástí definice v BIT, není pro daný případ relevantní. Toto je zatím jedno z teoreticky nejčistějších praktických potvrzení závěru, že práva o povinnosti v rámci BIT jsou originální, vyplývající z partikulárního režimu dle dané BIT. Cituji ze závěru tribunálu v dané věci:

„The Tribunal cannot find a “genuine link” requirement in the Cyprus-Hungary BIT either. While the Tribunal acknowledges that such requirement has been applied to some preceding international law cases, it concludes that such a requirement does not exist in the current case. When negotiating the BIT, the Government of Hungary could have inserted this requirement as it did in other BITs concluded both before and after the conclusion of the BIT in this case. However, it did not do so. Thus such a requirement is absent in this case. The Tribunal cannot read more into the BIT than one can discern from its plain text.“

Srov.: *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Maďarská republika*, ICSID Case No. ARB/03/16, award of the tribunal; (<http://ita.law.uvic.ca/documents/ADCvHungaryAward.pdf>) (24.6.2009 19:15:23), para. 359

⁷⁵ Viz například podání Spojených států amerických v případě *GAMI Investments, Inc. v. The United Mexican States*, Final Award, para. 29. (<http://ita.law.uvic.ca/documents/Gami.pdf>) (24.9.2008 19:53)

oproti postupu konkrétního investora se *de facto* zastal žalovaného státu.⁷⁶ Měla-li by platit premisa, že investor je pouze pověřen zastupováním svého domovského státu, jemuž (státu) v dikci *formule Mavrommatis* vznikla škoda, pak by takový postoj domovského státu musel nutně mít za následek neúspěch konkrétního investora v daném sporu.⁷⁷

Dalším aspektem, podle něž lze diskutovat nad otázkou přímého či odvozeného práva konkrétního soukromého žalobce v arbitrážním řízení je to, jak se rozhodci samotní, jakož i případné národní soudy, staví k určení rozhodného procesního práva (*applicable procedural law*).

Jedná-li se při takové žalobě co do postupu a pozice soukromého žalobce jako o zmocněnce jiného (svého) suverénního státu, pak je na spor mezi dvěma suverénními státy nutně aplikovatelné mezinárodní právo veřejné. V opačném případě by totiž měla do obrazu vstoupit imunita státu *de iure imperii* a dále princip *sovereign equality*.⁷⁸ Je totiž nutno usuzovat na to, že jakékoliv jednání státu či toho, jehož jednání má být státu přičitatelné, bude pro účely diplomatické ochrany jednáním z pozice suveréna, nikoliv z pozice soukromoprávního subjektu.⁷⁹

⁷⁶ Podobně v případě *Mondev* se Kanada, domovský stát žalobce proti USA diferencovala svým pozorovatelským podáním jak co do právního názoru, tak odůvodnění od právního názoru žalobcem presentovaného. Viz ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, *MONDEV INTERNATIONAL LTD. v The United States of America*, award. (<http://ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf>) (24.9.2008 20:36), para 110

⁷⁷ Přístup některých států k této otázce není navenek nutně možno považovat za jednoznačně konstatní (viz. například přístup Kanady v případech *S.D. Meyers* a *Mondev*, supra.)

⁷⁸ Výkladově by jen velmi obtížně bylo možno dojít k závěru, že je-li příslušníkem jednoho státu (teoreticky zastupujícího svůj domovský stát) žalován druhý stát ze smlouvy na základě ustanovení, kdy stát v pozici žalovaného k tomuto souhlasí, že i stát, jehož příslušník žaluje, takovým ustanovením tacitně uzavírá dohodu o rozhodčím řízení. Byl by zde tedy problém jak s existencí dohody, tak skutečností, že bez explicitního projevu vůle (zde na straně států žalujícího příslušníka) by se obtížně hledala právní opora pro konstatování, že se stát podrobil jurisdikci rozhodce v rámci domovského práva jiného suveréna (zatímco u toho státu, který se na základě explicitních ustanovení v BIT octne v pozici žalovaného lze na toto právě na základě takovýchto explicitních ustanovení usuzovat).

⁷⁹ Protiargumentem může být, že například stát poruší soukromoprávní, řekněme, smluvní závazek, kdy tak učiní diskriminačně a mohl by tak například porušovat partikulární normu zacházení s cizincem. Má být takové jednání považováno za jednání *de iure gestionis* a proto subsumovatelné pod soukromoprávní režim? V kontextu diplomatické ochrany považuje autor odpověď za jednoznačně negativní. Důvodem není, že by v takovém případě šlo o jednání soukromoprávní (ve smyslu kontinentální právní kultury), ale to, že takové jednání není bez dalšího pro účely diplomatické ochrany relevantní. Existence povinnosti vyčerpat dostupné domácí právní prostředky, jakož i samotná presumpce toho, že tento stát bude – *de iure*

Problematické při aplikovatelnosti mezinárodního práva by však bylo několik zásadních momentů. Zaprvé, tam, kde by rozhodci měli postupovat nikoliv podle partikulární procesní kodifikace na úrovni mezinárodní smlouvy (ICSID),⁸⁰ ale pouze podle některých řádů stálých rozhodčích soudů (př. LCIA),⁸¹ chyběla by procesní pravidla za normálních okolností zajišťovaná procesními předpisy národních států jako podklad pro tato partikulární pravidla (kdy tato pravidla často pouze něco upravují detailněji, či odlišně v případě dispositivních norem). Mezinárodní právo logicky neobsahuje takové procesní normy, které by byly na místě národních procesních norem aplikovatelné, neboť tato oblast je mimo rámec jeho úpravy.⁸²

Zadruhé, i kdyby se při arbitráži dařilo tyto problémy interpretací *per analogiam* překonat (což autor považuje za logicky vyloučené – ale připouští, že by se někdo o takto krkolomnou argumentaci mohl pokusit), pak by (v případě úspěchu) měl žalobce v rukou sice rozhodčí nález, ale nebylo by prostředků, jak plnění dle tohoto nálezu vymoci.⁸³ V rovině obecného mezinárodního práva neexistuje efektivní mechanismus výkonu rozhodnutí a není žádného obecně platného teoretického mostu, jak takový nález exekuvovat například podle Newyorské úmluvy⁸⁴ v režimu národních právních řádů. Navíc co do výkonu jako takového (i za presumpce jeho teoretické proveditelnosti, která *prima facie* absentuje jak diskutováno výše),

imperii – mít soustavu soudních či podobných institucí, které by o existenci či neexistenci, jakož i případné nápravě takového porušení povinností měly v režimu domácího práva rozhodovat, staví totiž moment, rozhodný pro mezinárodní právo až právě k onomu svrchovanému jednání státu svou mocí úřední, tj. jak naznačeno, *de iure imperii*.

⁸⁰ Tj. dle Washingtonské úmluvy, výše.

⁸¹ http://www.lcia.org/ARB_folder/arb_main.htm (24.9.2008 21:33)

⁸² Nelze proto souhlasit s *Tooplem*, který tvrdí, že:

“For present purposes, the key point is simply that the procedural law of an international arbitration is not necessarily governed by the lex loci arbitri but may be regulated by another system of rules chosen or designed by the parties or [...] arbitrators.”

Toope, S. *Mixed International Arbitration*. Cambridge: Grotius Publications Ltd., 1990, s. 41; srovnej k tomuto Redfern, A. Hunter, M. et al. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4th Ed. Sweet and Maxwell, London 2004, s. 98

⁸³ Pro tento argument odhlíží autor od ust. Čl 2 odst. 2 a odst. 3 Charty OSN (toliko deklaratorní ustanovení bez minimální efektivity)-

⁸⁴ 1958 - Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - the "New York" Convention (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf) (24/09/2008 22:01)

by na bázi derivativní teorie musel být výkon považován za výkon ve prospěch domovského státu subjektu, který jako zmocněnec svého státu žaluje. Toto by znamenalo, že by se aplikovalo pravidlo diplomatické ochrany z *principu Mavrommatis*, tj. že se jedná o originální právo onoho domovského státu – a že je tedy jen na tomto státu, zda a za jakých podmínek takto nabytou restituci či satisfakci postoupí na svůj konkrétní subjekt. Z tohoto lze usuzovat na další důvod, proč nelze z pohledu teleologického s derivativní teorií souhlasit, neboť tento závěr by negoval význam BITs jako takový a je nutno jej proto teleologicky vyloučit. Ve vztahu k rozhodnému právu procesnímu⁸⁵ jako takovému pak je nutno dojít k závěru, že existují toliko dvě teoreticky možné alternativy rozhodného práva procesního. První možností je partikulární režim v rámci mezinárodního práva veřejného např. ICSID (tedy nikoliv obecné mezinárodní právo veřejné), tam kde je toto relevantní. Druhou možností je pak obecná aplikace národního práva, přičemž zejména relevantní jsou samozřejmě procesní předpisy jednotlivých národních právních řádů, kdy převládá doktrína *sídla* arbitráže jako určujícího atributu.⁸⁶ Nejnovější soudní praxe států se spíše kloní k národnímu právu jako právu rozhodnému – právě dle principu sídla (srov.: *Mexico v. Feldman Karpa*⁸⁷, *Mexico v. Metalclad*,⁸⁸ *Czech Republic v. CME*⁸⁹, či *Canada v. SD Meyrs*).⁹⁰

Autor z výše uvedeného jednoznačně dovozuje, že režimy ochrany investic dle partikulárních BIT a MIT smluv o ochraně investic je třeba považovat jako režimy partikulární za jsoucí relevantními *leges speciales* vis-à-vis mezinárodnímu obyčejovému právu veřejnému.

⁸⁵ Zde je nutno zavést nový termín české mezinárodní právní vědy, a to „*rozhodné právo procesní*.“ Tam kde hovoříme o rozhodném mezinárodním právu (bez přístavku), hovoříme samozřejmě o rozhodném materiálním právu (právním řádu), typicky voleném na základě kolizních norem. Hovoříme-li o rozhodném právu procesním (*applicable procedural law*), pak hovoříme o právním řádu, z pohledu procesního práva, které je rozhodné právě pro procesní otázky konkrétního vedeného řízení. Obvykle, zejména tam, kde není v obraze diagonální rozhodčí vztah, se bezpochyby jedná o procesní předpisy národního práva místa „sídla arbitráže“.

⁸⁶ Redfern, A. Hunter, M. et al. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4th Ed. Sweet and Maxwell, London 2004, s. 98

⁸⁷ *Mexico v. Karpa*, [2005] O.J. No. 16 (C.A.). – Ontario Superior Court of Justice

⁸⁸ *Mexico v. Metalclad*, 2001 BCSC 664 – British Columbia Supreme Court

⁸⁹ Svea Court of Appeal: Příklad č.j. T 8735-01, Rozsudek

http://ita.law.uvic.ca/documents/CME2003-SveaCourtofAppeal_000.pdf (25.9.2008 18:56)

⁹⁰ *Canada v. SD Meyrs*, 2004 FC 38

<http://ita.law.uvic.ca/documents/ReasonsforOrder.pdf> (25.9.2008 18:56)

V současné době tedy existují dvě základní roviny ochrany investic aplikovatelné jak na investice fyzických tak právnických osob. První rovinou je běžné obyčejové mezinárodní právo, zejména tedy režim diplomatické ochrany tak, jak do současné doby přetrval.

Druhou rovinou, která vstupuje vis-à-vis konkrétní investor a jeho investice v konkrétním jiném státě do hry v případě, že domovský stát takového investora a takový druhý stát (kde je umístěna investice) mají mezi sebou uzavřené smlouvy o ochrany investic, je právě režim, který takováto případná smlouva o ochraně investic (ať již bilaterální či multilaterální) zakládá. Tyto režimy pak zejména poskytují, jak bude diskutováno výše, investorům možnost oprostít se o svého domovského státu v případě domáhání se ochrany investic, a to zejména formou přímých diagonálních sporů vedených vůči státům, kde se investice nachází, u rozhodčích tribunálů.⁹¹

⁹¹ Na tomto místě je ještě vhodné pro úplnost zmínit situaci, kdy je investice do některého konkrétního státu směřována na základě smlouvy investora a daného státu, řekneme licence. Často v takovém případě dochází k uzavření rozhodčích doložek, resp. doložek o výhradní příslušnosti některých soudů, většinou soudů, které jsou orgány předmětného státu, kde je investováno.

Často je taktó snaha obejít otázku ochrany investic i v případech, kdy dvoustranná smlouva o ochraně investic (BIT) existuje, přičemž judikatura zatím není jednotná v tom, jak takovou situaci, tj. střet ujednání mezi dvěma státy, která zakládá *offertu* k rozhodčí smlouvě stran státu hostícího investici – vis-à-vis investor a smlouvu s investorem, které obsahuje jiné ujednání o pravomoci a příslušnosti orgánu řešícího spory, řešit. V tomto kontextu je třeba zmínit judikáty jako například:

Vivendi:

Compania de Aquas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic (“*Vivendi*” or “*Vivendi Annulment*”), Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment of 3 July 2002) http://ita.law.uvic.ca/documents/vivendi_annulEN.pdf (30.3.2009 22:37:42), para 98.

„In a case where the essential basis of a claim brought before an international tribunal is a breach of contract, the tribunal will give effect to any valid choice of forum clause in the contract.“

SGS v. Pakistan:

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan CASE No. ARB/01/13, Decision of 3 August 2003, http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPakistan-decision_000.pdf (30.3.2009 22:37:42), para 150:

„Accordingly, we hold that the expenditures made by SGS pursuant to the PSI Agreement constituted an investment within the meaning of the BIT and that the PSI Agreement amounted to “a concession under public laws” falling well within the BIT’s definition of investment. We hold, moreover, that the ICSID Convention’s requirement that there be a legal dispute arising directly out of an “investment” is satisfied.“

SGS v. Philipines:

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Case N° ARB/02/6, Decision of 29 January 2004: http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPhil-final_001.pdf (30.3.2009 23:08), paras 142 a 143:

„[I]t is suggested that, while BIT provisions for investor-State arbitration do not override exclusive jurisdiction clauses in later investment contracts, at least they have that effect for earlier contracts, by application of the maxim lex posterior derogat legi priori. But there is no textual basis in the BIT for drawing such a distinction. The distinction would tend to operate in an arbitrary way: in the present case, for example, the BIT is renewable after 10 years and thereafter every five years (Article XI(1)); the CISS itself was renewed on the same terms as to dispute settlement on several occasions. In such circumstances, which is the prior agreement and which is the subsequent one? But the decisive point is that the lex posterior principle only applies as between instruments of the same legal character. By contrast what we have here is a bilateral treaty, which provides the public international law framework for investments between the two States, and a specific contract governed by national law. It must be presumed that whatever effect the BIT has on contracts it has on a continuing basis, as new contracts are concluded and new investments admitted. A distinction between earlier and later exclusive jurisdiction clauses in contracts cannot therefore be accepted—unless expressly provided for, which is not the case with the BIT which the Tribunal has to interpret. [..F]or these reasons, in the Tribunal’s view, the BIT did not purport to override the exclusive jurisdiction clause in the CISS Agreement[t.]”

Jedná se o extenzi snah států místa realizace investice obejít existující BITs, jakož i alternativně o situace, kdy existuje investice na základě takovéto přímé smlouvy mezi investorem a státem (tj. smlouvy, která se řídí rozhodným národním právním řádem) a následně vznikne BIT. V každém případě, je-li sjedná výhradní jurisdikce nějakého tribunálu, který je orgánem smluvního státu takovéto soukromoprávní smlouvy, pak se fakticky často jedná o variace na téma *Calvo Clause* /srov: <http://law.jrank.org/pages/4973/Calvo-Clause.html> (30.3.2009 20:23:41) či <http://www.enotes.com/wests-law-encyclopedia/calvo-clause> ((30.3.2009 20:23:41)

Státní příslušnost a ochrana investic

Jak bylo diskutováno výše v kontextu diplomatické ochrany, a jak vyplývá přirozeně z režimu BITs a MITs uzavíraných mezi konkrétními dvěma či několika státy k ochraně zájmů jejich bezprostředních státních příslušníků, státní příslušnost těchto jednotlivců má pro ochranu jejich investic určující váhu.⁹²

Přesto je nutno začít kapitolu konstatováním, že *stricto sensu* je těžiště úpravy pravidel pro státní příslušnost v národních právních řádech, kterým mezinárodní právo dává v tomto ohledu, především co do technikálií, velmi široký autonomní prostor.^{93 94}

Výše uvedené nicméně neznámá, že by mezinárodní právo tento institut rámcově nereflektovalo či na něm dále nestavělo.⁹⁵ Naopak, jak uvidíme níže, mezinárodní právo má pro uchopení relevantní státní příslušnosti vypěstovaná relativně rozvitá⁹⁶ pravidla.⁹⁷

⁹² PCIJ v případě: *Panevezys-Saldutiskis Railway*, 1939 PCIJ Ser. A/B No. 76, 16: „[i]t is the bond of nationality between the state and the individual which alone confers upon the state the right of diplomatic protection”

⁹³ Tato obyčejová presumpce spočívající v autonomii jednotlivých států upravit si pravidla pro státní příslušnost se odráží i v několika smluvních normách, viz: The Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (1930), Čl 1:

„It is for each state to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognised by other states in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principle of law generally recognised with regard to nationality[...]“

([http://www.unhcr.org/cgi-](http://www.unhcr.org/cgi-bin/tehis/vtx/home/pendoc.htm?tbl=RSDLEGAL&page=research&id=3ae6b3b00)

[bin/tehis/vtx/home/pendoc.htm?tbl=RSDLEGAL&page=research&id=3ae6b3b00](http://www.unhcr.org/cgi-bin/tehis/vtx/home/pendoc.htm?tbl=RSDLEGAL&page=research&id=3ae6b3b00))

(1.10.2008 21:31)

⁹⁴ Srov : Případ *Nottebohm* (druhá fáze), rozsudek ze dne 6. dubna 1955, ICJ Reports 1955, s. 23 ;(viz níže)

⁹⁵ Nelze souhlasit s názorem, že by mezinárodní právo otázku státní příslušnosti neupravovalo. Vyjdeme-li z principu nadřazenosti mezinárodního práva (což je vzhledem k povinnosti jeho subjektů z mezinárodního práva plynoucí povinnosti plnit bez ohledu na ústavní přístup těchto subjektů ke vztahu národního právního řádu k právu mezinárodním (tj. dualismus či monismus)) ukazuje například čl. 1 výše citované smlouvy z roku 1930, jak se prostor jednotlivých států k úpravě této otázky odvíjí od režimu mantinelů stanovených nejen smluvními, ale i obyčejovými normami mezinárodního práva.

⁹⁶ Příkladem takto rozvitých pravidel, resp. aplikace tohoto institutu ve vpravdě národohospodářské dimenzi je např. čl. 260 Versailleské smlouvy, kterou se Německo zavázalo na výzvu vyvlastnit některé majetky svých státních příslušníků a tyto následně postoupit:

Pro účely ochrany investic je relevantní jak mezinárodně právní materie upravuje státní příslušnosti jak pro fyzické, tak pro právnické osoby. Tato kapitola proto nejprve pojednává o úpravě státní příslušnosti osob fyzických, a následně vysvětluje rozdíly a specifika korporací.

2.1. Státní příslušnost fyzických osob a mezinárodní právo

Jak bylo diskutováno v úvodu této kapitoly, mezinárodní právo nechává zásadně na jednotlivých národních právních řádech, aby řešily⁹⁸ otázku státní příslušnosti.^{99 100} Tyto

„Without prejudice to the renunciation of any rights by Germany on behalf of herself or of her nationals in the other provisions of the present Treaty, the Reparation Commission may within one year from the coming into force of the present Treaty demand that the German Government become possessed of any rights and interests of German nationals in any public utility undertaking or in any concession operating in Russia, China, Turkey, Austria, Hungary and Bulgaria, or in the possessions or dependencies of these States or in any territory formerly belonging to Germany or her allies, to be ceded by Germany or her allies to any Power or to be administered by a Mandatory under the present Treaty, and may require that the German Government transfer, within six months of the date of demand, all such rights and interests and any similar rights and interests the German Government may itself possess to the Reparation Commission.”

⁹⁷ Která mohou budít až dojem toho, že přesahují za hranice maximy, že je na relevantních právních řádech, aby toto definovaly.

⁹⁸ Toto pravidlo však neplatí absolutně, respektive pouze v mantinelech toho, co mezinárodní právo, a právní závazky jednotlivých států z mezinárodních vztahů umožňují. Jak bude ilustrováno níže, materie mezinárodního práva se v tomto smyslu čím dál tím více vyvíjí směrem k regulaci dané oblasti alespoň co do restrikce předmětných mantinelů pro autonomní aktivity a určování jednotlivých států. Co se týče oněch mantinelů mezinárodních závazků, již PCIJ shledal, že:

„[I]t may well happen that, in a matter which, like that of nationality, is not, in principle, regulated by international law, the right of a State to use its discretion in nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other States. In such a case, jurisdiction which, in principle, belongs to solely to the State, is limited by rules of international law.”

Judikát (Advisory Opinion) PCIJ ve věci *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco*, PCIJ, Series B, 1923, No.4, s. 24;

Dostupné online na:

http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_04/

Decrets_de_nationalite_promulgues_en_Tunisie_et_au_Maroc_Avis_consultatif_1.pdf (20.5.2009 17:44:30)

právní řády pak vyvinuly několik doktrinálních přístupů a jejich kombinací co do otázky rozhodné právní okolnosti určující státní příslušnost, přičemž tyto atributy se v čase mění.¹⁰¹

V této části textu nejprve pojednáme o pojmu státní příslušnost a jeho diferenciaci od podobných pojmů (občanství – občan, státní občanství, poddaný, národnost)¹⁰² a dále o hlavních teoretických přístupech k nabývání a pozbývání státního občanství. Následně navážeme diskuzí nad vlivem mezinárodního práva na otázku státní příslušnosti, především ve vztahu k tomuto atributu jako k jedné z určujících podmínek pro efektivní výkon ochrany investic.

2.1.1. Positivní definice státní příslušnosti

Státní příslušnost je zvláštní vzájemný vztah mezi státem a jeho příslušníkem, doprovázený vzájemnými právy a povinnostmi.^{103 104} Ve vztahu k pozici státního příslušníka

⁹⁹ *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain), second phase. Rozsudek ze dne 5. února 1970, 1970 ICJ Rep a online. na <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (11.6.2009 15:30:50)

¹⁰⁰ *First Report on State Succession and its impact on the nationality of natural and legal persons*, by Mr. Vaclav Mikulka, Special Rapporteur (UN Doc Nr. A/CN.4/467). In: *The Yearbook of the International Law Commission*. 1995, vol. II(1), s. 163

¹⁰¹ Srov: Silving, H. *Nationality in Comparative Law*. In: *The American Journal of Comparative Law*. 3/1956, s. 410

¹⁰² Koessler, M. “*Subject*”, “*Citizen*”, “*National*”, and “*Permanent Allegiance*”. In: *The Yale Law Journal*, 1/1946, s. 62

¹⁰³ Jedná se o zvláštní institut vlastní národním právním řádům, kde jeho obsah je často podvědomě jasnější než jeho definice. Srovnáním různých národních právních řádů lze vysledovat, že zákonodárci v zásadě shledávají jako problematické tento institut nedefinovat (nebo vůbec nepociťují potřebu toto definovat). Např. německý StAG se omezuje pouze na konstatování v § 1, že Němcem ve smyslu tohoto zákona je ten, kdo má německou státní příslušnost. (<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/rustag/gesamt.pdf>) (1.11.2008 23:16) Český zákonodárce pak neinkorporoval do zákona č. 40/1993 Sb., o nabývání a pozbývání státního občanství České republiky, v platném znění, vůbec žádné definiční ustanovení státní příslušnosti.

Stejně je tomu v případě Norského království.

(<http://www.unhcr.org/refworld/category,LEGAL,NATLEGBOD,,NOR,3ae6b4f920,0.html>)

(1.11.2008 23:17)

¹⁰⁴ Nad touto jednoduchou definicí současní státovědní autoři v zásadě mlčí. Činí tak logicky, protože v pluralitním světě může obtížně existovat jediný názor na to, z jakých hodnotových východisek může

existence a pozitivně-právní obsah tohoto institutu vycházet. (K sumáři některých starších pokusů o definici ze začátku 20. Stol srov: *First Report on State Succession and its impact on the nationality of natural and legal persons*, by Mr. Vaclav Mikulka, Special Rapporteur (UN Doc Nr. A/CN.4/467). In: *The Yearbook of the International Law Commission*. 1995, vol. II(1), s. 165)

To neznamená, že by bylo plně možno, či by se mělo vyhnout otázce, odkud tento institut vychází a jaké jsou jeho hodnotové základy. Je nepochybné, že odpovědi na tyto otázky prostě neexistují, neboť nelze identifikovat jeden filosofický směr, který lze označit za bernou minci pravdivé koncepce. Na druhou stranu je nutné jednotlivé ilustrační proudy alespoň zmínit.

Vyjdeme-li z uspořádání moderního světa po roce 1648, pak lze v zásadě vyjít z premisy, že vztah občana a státu musí nutně vycházet z teorie společenské smlouvy. Pro tuto zásadní premisu je pak nerozhodné, zda budeme společenskou smlouvu vnímat jako Lockeovskou (srov. *Two Treatises of Government*, kniha druhá: <http://www.gutenberg.org/etext/7370> (20.5.2009 17:14:09), či Hobbesovu (tj. na bázi voluntárního commonwealth; srov. *Leviathan*, <http://publicliterature.org/pdf/lvthn10.pdf> (2.2.2009 23:14)), V každém případě lze určit společného jmenovatele těchto koncepcí (z pohledu státovědy – nikoliv filosofie) jako smluvní vztah mezi jednotlivcem a společností, respektive neurčitě definovaným zbytkem společnosti jednajícím skrze svoji právní identitu, korporaci zvanou Stát.

Výše uvedený případ nicméně naráží na otázku, jak je pak možno nabýt občanství již narozením, tj. bez projevu vůle a v době, kdy je jednatel k právnímu úkonu tohoto charakteru dle většiny národních právních řádů nezpůsobilý? Pak jistě vstupuje do této ideální konstrukce rozumné nutkání zahrnout ji jako absurdní. *Willoughby* odmítá možnost, hovořit o státní příslušnosti (v tom či onom konkrétním případě) jako o vztahu založeném na souhlasu předmětné fyzické osoby (srov. *Willoughby, W. Citizenship and Allegiance in Constitutional and International Law*. In: 1 AJIL 1907, s. 914). Naopak *Cogordan* vyzdvihuje fakt, že tento vztah je založen na projevech vůle státu a každého z jeho příslušníků, ať již vůle výslovné či konkludentní. Srov: *Cogordan, G. Droit des gens: la nationalité au point de vue des rapports internationaux*. 2nd ed. Paris: L. Larose et Forcel. 1890.

Borchard (Borchard, E. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. New York: The Banks Law Publishing Co. 1915, p. 10) označuje tento institut za institut *sui genesis* a odmítá výše uvedené teorie. Odkazuje přitom na již publikovaný názor Profesora Felixe Stoerka. (2 R.G.D.I.P. (1894) 288). S tímto názorem je nutno souhlasit. Lepšího vysvětlení prostě nelze dosáhnout, proto není vhodné o něj usilovat, neboť jakékoliv kategorické zařazování tohoto institutu v právní teorii nejen že bude nepřesné, ale může jej v dlouhodobém doktrinálním chápání deformovat. Státní příslušnost je tedy třeba chápat z pohledu mezinárodního práva jako axiom, jehož obsah se nicméně v čase mění a měnit bude. Je na filosofech a státovědcích, ať zkouší jeho obsah měnit.

se jedná především o práva, která ústavní zřízení toho či onoho státu tomuto příslušníku přiznávají (především politická práva a někdy zvláštní privilegia vlastnit majetek),¹⁰⁵ jakož i povinnosti, které stát od svých příslušníků vyžaduje plnit. Zde se jedná zejména povinnost věrnosti.¹⁰⁶

2.1.2. Negativní definice státní příslušnosti

Státní příslušnost jako pojem je nutno odlišovat od některých podobných a často laicky zaměňovaných pojmů. Především, státní příslušnost není občanstvím, ani občanstvím státním. Státní příslušnost je nutno vnímat širěji, a to jako množinu vztahů, která do svých podmnožin může pojmut státní občanství (tj. vztah mezi občanem a jeho státem republikánského zřízení), jakož i státní příslušnost ke státu s monarchickým zřízením.¹⁰⁷ Tak například nelze teoreticky hovořit o státním občanství, ale o poddanství a tudíž i státní příslušnosti Spojeného království, Belgického království, Království nizozemského, či Kanady¹⁰⁸ nebo Austrálie.

Státní příslušnost dále je jednou z mnoha kategorií příslušnosti jednotlivce k nějakému multipersonálnímu uskupení. Zatímco státní příslušnost určuje sounáležitost se skupinou

¹⁰⁵ V ČR např. v zásadě platí omezení vlastnictví nemovitostí na území ČR cizozemci, kteří nejsou zároveň občany (s rovností občanů EU a s přechodnými ustanoveními pro zemědělskou půdu). Srov. 219/1995 Sb., devizový zákon, v platném znění. K dalším právům omezeným v rámci tohoto právního řádu jen na občany (s výjimkou toho, kde právo ES či mezinárodní smlouva říká něco jiného) např. právo na zabezpečení ve stáří srov. v rámci ČR např. čl. 30 Listiny (č. 2/1993 Sb.)

¹⁰⁶ Kteréžto porušení bývá v extrémních případech sankcionováno trestním právem. Srov. např.: rakouský trestní zákon (StGB) § 242 – Hochverrat, § 245 Staatsfeindliche Verbindungen; německý trestní zákon (StGB)

§ 81 -Hochverrat gegen den Bund, § 94 - Landesverrat; český trestní zákon '61 (TZ) § 91 – Vlastizrada, § 114 – Válečná zrada, § 115 – Služba v cizím vojsku.

¹⁰⁷ Někteří autoři nicméně používají, a to i definičně, výrazů občanství a státní příslušnost (resp. citizenship a nationality) promiscue. Mezi ty renomovanější z nich patří například Borchard. Srov: Borchard, E. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. New York: The Banks Law Publishing Co. 1915. Zde je nicméně, vzhledem k času a místu vzniku daného textu nutno usuzovat na intencionálně tendenční upřednostňování výrazu občanství s vědomím nepřesnosti daného terminologického aparátu.

¹⁰⁸ Přesto například Kanada nazývá svoji státní příslušnost „citizenship“, neboli občanství. Srov: Citizenship Act R.S., 1985, c. C-29), <http://laws.justice.gc.ca/en/ShowFullDoc/cs/C-29///en> (02/11/2008 16:18)

příslušníků, kteří ovládají jisté teritorium a z jejich vůle, nebo nad nimiž, existuje vláda (stát),^{109 110} existují i kategorizace na příslušnosti k některým autonomním personálním korporacím nižší hierarchické síly (například obce, nebo v českých zemích dále vyšší územně samosprávné celky)¹¹¹ či států, jejichž mezinárodně právní subjektivita je omezena členstvím v nějaké federaci.¹¹² Navíc se objevují právní instituty *sui generi*, které je hierarchicky možno zařadit nad hladinu státní příslušnosti,¹¹³ jako je občanství Evropské unie.¹¹⁴

2.1.3. Hlavní doktríny pro určování státní příslušnosti v národních právních řádech

Právní řády jednotlivých zemí v zásadě znají nabytí státního občanství narozením, osvojením, sňatkem, či naturalizací (ať již na žádost či z rozhodnutí státního orgánu¹¹⁵).¹¹⁶

¹⁰⁹ Srov. Convention on Rights and Duties of States (Montevideo Convention) of 1933, 165 LNTS 19

¹¹⁰ Crawford trefně vystihuje vzájemnou propojenost atributů státu a roli občanů – obyvatelstva ve vládě sebe samých nad sebou na konkrétní území, když definuje: „[I]f States are territorial entities, they are also aggregates of individuals.“ (srov.: Crawford, J. *The Creation of States in International Law*. 1st Ed. Oxford: Clarendon Press. 1979, s. 40)

¹¹¹ Dle platného práva v českých zemích srov. např. § 16 zák. č. 128/2000 Sb., obecní zřízení či § 12 zákona č. 129/2000 Sb., krajské zřízení.

¹¹² Př. občanství Svobodného státu Bavorsko – srov. čl. 6 Ústavy Svobodného státu Bavorsko, ze dne 2. 12. 1246. Stejně tak bývalé Česko-Slovensko po zavedení tzv. federálního zřízení v roce 1969 zavedlo dvě kategorie státních občanství, přičemž každý z členských států této federace definoval vlastní st. příslušnost: srov. z.č. 165/1968 Sb., z. SNR č. 206/68 Z.z a zák. ČNR č. 39/1969 Sb.

¹¹³ Přesto, že je možné často hovořit o státní příslušnosti jako o příslušnosti primární, z níž jsou odvozena jak příslušenská práva újeji určených skupin (např. občanství obce v právním řádu ČR), jakož i občanství vyššího územně samosprávného celku. Srov. pro ČR. z.č. 129/2000 Sb., o krajích, v platném znění.

¹¹⁴ Srov čl. 17 SES

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:CS:pdf>) (1.11.2008 20:22)

¹¹⁵ Naturalizací se rozumí udělení státního občanství, tj. přijetí cizí osoby (Ať již státního příslušníka jiného státu či bezdomovce) do svazku státní příslušnosti. V zásadě je možné hovořit o udělení na žádost, tj. na základě právního úkonu konkrétní osoby za sebe či v zastoupení žádající, nebo rozhodnutím státního orgánu či legislativou bez přítomnosti existence takového předchozího kroku této osoby (např. v kontextu tzv. historických Sudet). Význam tohoto rozdělení je v tom, že národní právní řády často s projevem vůle (nebo s jím přivozeným následkem – tj. faktem udělení cizí státní příslušnosti na základě takové žádosti) ve vztahu k cizímu státu spojují *ex lege* ztrátu vlastní státní příslušnosti. (k detailní diskuzi nad touto konkrétní problematikou srov.: Emmer, F. *Dvojí občanství jako důsledek průniku německého občanství do českých*

Národní právní řády v zásadě znají dvě hlavní doktríny pro určování nároku na nabytí státní příslušnosti narozením. Jedná se o doktrínu *ius sanguinis* a o doktrínu *ius soli*.

2.1.3.1. *Ius sanguinis*

Ius sanguinis (*jus sanguinis*) přeložitelné jako právo krve, je typické pro státy starého kontinentu, a pro ty státy, které měly či mají zájem na tom, omezit nabývání státního občanství jen na některé úzce či rigidně definované kategorie osob.¹¹⁷ Principem této doktríny je, že státním příslušníkem se originálně (narozením) stává ten, jehož rodiče (nebo alespoň jeden z nich) jsou v době jeho narození státními příslušníky onoho konkrétního státu. V takovém případě bývá nerozhodné, kde se toto dítě narodí, zda na území onoho státu, jehož příslušníkem se touto právní událostí stává, nebo v zahraničí. Některé státy nicméně tento princip zpřísnují tím, že nedochází k přímému nabytí tohoto občanství touto právní událostí v případě, že dítě se narodí v zahraničí, ale pouze k právnímu nároku toto občanství získat, s tím, že existuje preklusivní lhůta, ve které musí být toto nárokováno, většinou registrací na nejbližším konzulátu onoho státu.¹¹⁸ Některé státy navíc v poslední době omezují tento princip ještě rigidněji, například tak, že osoba, která je od narození na základě tohoto principu státním příslušníkem a má dvojí státní příslušnost, musí při dovršení určitého věku prohlásit, zda se své státní příslušnosti toho či onoho konkrétního státu vzdává, či vzdává další státní příslušnosti (vybrat si jen jednu), a to pod sankcí ztráty dané konkrétní státní příslušnosti.¹¹⁹

zemí v letech 1938-1945. Bakalářská práce. Masarykova Univerzita v Brně. 2008. Online: http://is.muni.cz/th/52227/pravf_b/Bakalarska_prace.pdf (9.6.2009 16:39:04)

¹¹⁶ Srov. např. kanadský Citizenship Act /No. C-29/, Supra, český zákon o nabývání a pozbývání státního občanství č. 40/1993 Sb., německý StAG, Supra, etc.

¹¹⁷ Tak například Israel, přesto, že definuje ve svém zákoně o nabývání státní příslušnost i několik alternativních způsobů nabývání, jednoznačně preferuje, princip *ius sanguinis* ve prospěch osob židovského původu a víry. Srov: <http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,ISR,4562d8cf2,3ae6b4ec20,0.html> (2.11.2008 16:56)

¹¹⁸ Srov. například § 4 odst. 4 německého StAG (tzv. protiruská opatření) nebo právní řád Brazílské federace.

¹¹⁹ § 29 německého StAG. I zde se jedná o ustanovení, kterým byl StAG novelizován pod tlakem přílivu imigrantů z bývalého SSSR.

2.1.3.2. *Ius soli*

Ius soli (jus soli) je naopak princip založený na nabytí státní příslušnosti narozením za podmínky narození na území onoho konkrétního státu. Jedná se princip, který aplikovaly a do současné doby s drobnými korektivy aplikují především imigrantské země nového světa, jakož i dříve většina zemí s právním řádem založeným na *common law*. V čisté podobě se tento princip zachoval v USA a Kanadě (i když dnes je jen jedním z dalších variant nabývání státní příslušnosti, vedle třeba narození se státním příslušníkem těchto konkrétních států). Obecný trend, spojený s uzavíráním se světu od druhé poloviny 20. století, je nicméně jeho postupující derogace směrem s *ius sanguini* s jistými korektivy. Tak například Spojené království jej derogovalo k 1. 1. 1983, Austrálie k 20. 8. 1986, Irská republika k 1.1. 2005 a Nový Zéland k 1.1. 2006.¹²⁰

2.1.4. Mezinárodní právo a jeho korektivy volnosti určení státní příslušnosti fyzických osob v národních právních řádech

Jak bylo naznačeno výše, přestože určení podmínek nabytí a pozbytí státní příslušnosti je v zásadě věcí jednotlivých právních řádů, mezinárodní právo nicméně stanovilo několik korektivů, které na tuto volnost volby aplikuje. V kontextu fyzických osob se především jedná o teorii efektivní státní příslušnosti. Tato teorie, v zásadě založená MSD v případě *Nottebohm*,¹²¹ si zasluhuje detailní diskuzi, která se neobejde bez rozboru zázemí výše uvedeného případu.¹²²

¹²⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Jus_soli (2.11.2008 17:54)

¹²¹ *Nottebohm Case* (second phase), Judgement of April 6th, 1955, 1955 ICJ Rep, s. 4

¹²² Kromě zvykového mezinárodního práva, na které se autor v následujícím výkladu jakožto na obecné mezinárodní právo v kontextu státní příslušnosti zaměřuje, je třeba dále poukázat na některé partikulární normy, které též formálně jsou právem mezinárodním. Některé státy, především na starém kontinentu, považovaly za neúnosnou situaci, kdy státní příslušnost je v zásadě stanovována autonomně v národních právních řádech unilaterálně. Vzniklo proto postupně několik svého druhu kodifikačních snah, a to v podobě plurilaterálních smluv o státní příslušnosti. Jejich charakteristickým znakem je jakási obecnost, kdy, především ve vztahu ke snaze eliminovat bezdomovství a zároveň bipolaritu, tyto svého druhu kodifikace stanovují pravidla, která mají signatářské státy v dané věci dodržovat. Tyto pak tak většinou činí v podobě právních předpisů o formálních silách zákona. Příklady takových kodifikací *sui genesis* jsou:

- Haagská úmluva o některých otázkách střetů zákonů o státním občanství (179 LNTS 89) z roku 1930

2.1.5. Případ Nottebohm (Fürstentum Liechtenstein v. República de Guatemala)

Frederick Nottebohm byl německý státní příslušník, který od roku 1905 žil a podnikal v Guatemale. Nikdy však nenabyl guatemalskou státní příslušnost. Před začátkem druhé světové války proto při návštěvě Evropy v roce 1939, v očekávání vypuknutí konfliktu a vědom si zřejmě toho, že by se mohl stát nepřátelským občanem na území Guatemaly pro případ, že tato vstoupí do války na straně spojenců, zažádal roku 1939 ve Knížectví Liechtenstein (dále jen „FL“) o udělení státní příslušnosti. Co do okolností jeho zázemí, několik sourozenců žilo v Guatemale, několik příbuzných a známých v Německu a jeden bratr ve FL. On sám, přesto, že měl stále německé občanství žil trvale usazen až do roku 1943, tj. do událostí, které zavdaly tomuto předmětnému případu, v Guatemale.¹²³

Průběh získávání liechtensteinské státní příslušnosti byl následující: během roku 1939 pan Nottebohm několikrát zběžně Vaduz navštívil, pověřil zde advokáta a ten pak několik dní po vypuknutí druhé světové války jeho jménem podal žádost u udělení státního občanství. Podle liechtensteinského zákona o státním občanství z roku 1934 bylo pro získání daného občanství nutno splnit několik podmínek, a to: a) přijetí do *Heimverband* některé z obcí ve státě,¹²⁴ b) ztrátu původního státního občanství (zde však možno prominutí za stanovených podmínek), a c) tří let residence na území knížectví, přičemž tato podmínka může být prominuta v případech zvláště zřetele hodných.¹²⁵

Dále musel žadatel předložit potvrzení o trvalém pobytu na území knížectví, a potvrzení od místních úřadů o jeho „dobrém chování.“ Mezi další náležitosti příloh žádosti patřila smlouva s finančním úřadem o úpravě majetku, atd. Soud dovodil, že všechny procesní náležitosti nebyly v tomto případě splněny.¹²⁶ Budiž doplněno, že přísahu věrnosti složil pan Nottebohm dne 20. října 1939, finální technická daňového charakteru byly dořešeny dne 23. října a dne 20. října mu bylo vystaveno potvrzení o státním občanstvím s tím, že tohoto nabyl

-
- Úmluva o omezení případů několikerého státního občanství a vojenských povinností v případech několikerého státního občanství z roku 1963
 - Evropská úmluva o občanství z roku 1997

(ke komentáři srov: David, V et al. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: Linde. 2004, s. 240)

¹²³ *Nottebohm Case*, s. 13

¹²⁴ Pro zjednodušení lze srovnat s udělením domovského práva ve 19. a první polovině 20. století v Českém království a České zemi.

¹²⁵ *Nottebohm Case*, s. 14

¹²⁶ *Ibid.*

rozhodnutím úřadujícího knížete ze dne 13. října roku 1939. Do nového liechtensteinského pasu pak panu Nottebohmovi bylo v Zürichu vystaveno guatemalským generálním konzulem vízum a počátkem roku 1940 se tento vrátil do Guatemaly, aby pokračoval v řízení rodinné společnosti.

Během války byl následně pan Nottebohm jako německý a tudíž nepřátelský státní příslušník v Guatemale zadržen, internován a ozbrojenými silami USA převezen do zajateckého tábora ve Spojených státech. Dále byl konfiskován jeho majetek. Po válce mu nebylo umožněno se znovu usadit v Guatemale, takže se nakonec vydal do FL, které se též domáhalo jeho diplomatické ochrany.

Guatemala ve svém závěrečném návrhu naopak žádala, aby soud vyřkl nepřipustnost této žaloby a to z důvodu, že neexistuje povinnost Guatemaly uznat FL udělení občanství, a tudíž ani povinnost uznat, že FL má právo diplomatické ochrany takové fyzické osoby. Soud proto došel k závěru, že jako předběžnou otázku musí řešit vztah udělení občanství a případnou povinnost toto respektovat třetími státy¹²⁷ (tedy jestli má FL právo výkonu diplomatické ochrany pana Nottebohm), tedy jestli lze odpovědět na otázku, jak vyřkl counsel za Knížectví Liechtenstein, že:

„the essential question is whether Mr. Nottebohm, having acquired the nationality of Liechtenstein, that acquisition of nationality is one which must be recognized by other States”¹²⁸

Soud ve svém rozsudku nejprve, poněkud nepřesvědčivě, diskutoval roli některých administrativních rozhodnutí¹²⁹ a jednání Guatemalských úřadů ve vztahu k evidenci pana Nottebohm jako státního příslušníka FL¹³⁰ aby následně došel k závěru, že neexistuje žádný relevantní úkon orgánů Guatemaly, ze kterého by mohlo být dovozeno, že tato uznala lichtenštejnskou státní příslušnost pana Nottebohm.¹³¹ Následně soud, poté, co shledal, že k uznání lichtenštejnské státní příslušnosti stran Guatemaly nedošlo, musel zodpovědět na otázku, zda jednostranné udělení státní příslušnosti v rovině národního práva jednoho

¹²⁷ *Nottebohm Case* (second phase), rozsudek ze dne 6. dubna 1955: 1955 ICJ Rep, s. 4 na s. 17

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Toto jednání popsáno výše

¹³⁰ Ibid. na s. 8

¹³¹ Ibid. na s. 19

subjektu může mít mezinárodně-právní relevanci ve vztahu k ostatní subjektům, tj. platit *erga omnes*.

MSD v tomto kontextu konstatoval, že:

„It is [...] for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality, and to confer that nationality by naturalization granted by its own organs in accordance with that legislation. It is not necessary to determine whether international law imposes any limitations on its freedom of decision in this domain. Furthermore, nationality has its most immediate, its most far-reaching and, for most people, its only effects within the legal system of the State conferring it.“¹³²

Soud ve své analýze logicky pokračoval, když dovedl, že otázka relevance tohoto konání (udělování) státu na úrovni práva mezinárodního nemůže vycházet z práva národního (municipálního) ale práva mezinárodního.¹³³ Následně soud došel k závěru, že je třeba podívat se na způsoby, kterými různí arbitři a rozhodčí komise řešili v kontextu diplomatické ochrany kolizi dvou státních příslušností a pomoci si analogií.¹³⁴

MSD pak dovedl, že v praxi arbitru¹³⁵ lze najít doktrínu *efektivní státní příslušnosti* (*effective nationality*) a že tato je aplikovatelná. Jakožto podmínky testu, efektivní státní příslušnosti, tj. státní příslušnosti, která je nejskutečnější, resp. ve vztahu ke konkrétní fyzické osobě nejreálnější, pak nabídl demonstrativní výčet několika určujících atributů, zejména: místo obvyklého pobytu, místo jeho zájmů, rodinná pouta, účast na veřejném životě, jeho konkrétní vztah ke konkrétní zemi a to, jak je toto vštěpováno jeho dětem.¹³⁶

¹³² Ibid. na s. 20

¹³³ Ibid, na s. 21- 22

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Podíváme-li se nicméně na dostupnou arbitrážní judikaturu té doby, je tento závěr poněkud problematický. Rozhodnutí, která bychom mohli považovat za subsumovatelná pod doktrínu *efektivní státní příslušnosti* sice ve své době existovala, ale krom toho, že byla sporadická, neměla jednotnou linii odůvodňování. Soud navíc nereferoval k žádnému konkrétnímu případu jako ilustraci arbitrážní praxe. *Beygo* např. diskutuje v tomto kontextu případy *Canevaro* a *Salem*; případ *Canevaro* je pak disputován i v kontextu principu kontroly a *siege social*. Srov k diskuzi: *Beygo, O. Nationality of Corporations in International Claims Arising out of Foreign Investment Disputes*. In: *Revue Hellenique de Droit International*. 46/1993, s. 51

¹³⁶ Ibid.

S tímto odůvodněním soud došel k závěru, že k FL nemá pan Nottebohm žádnou vazbu a proto nemá efektivní státní příslušnost tohoto státu a tudíž Guatemala tuto nemusí uznávat a nemůže za tohoto příslušníka proti Guatemala vykonávat diplomatickou ochranu. Z tohoto důvodu byla žaloba shledána nepřijatelnou.¹³⁷

Principy, které toto rozhodnutí deklaruje, lze považovat za správné jen do jisté míry, přičemž se zdá, že podmínky tohoto konkrétního případu neodpovídaly aplikaci zásad, ke kterým se MSD přiklonil, tj. v konkrétním případě bylo rozhodnutí chybné.

Obecně lze souhlasit s tím, že existuje-li bipolární jedinec, není možno po státu, jehož je také příslušníkem požadovat, aby uznal výhradně státní příslušnost druhého státu. Co do principu efektivní státní příslušnosti - je bezpochyby přijatelné pravidlo efektivní státní příslušnosti, tj. aby třetí osobou o tomto rozhodující mezi dvěma státy, k nimž existuje paralelní vztah věrnosti státního příslušníka, bylo rozhodnuto o tom, který má přednost.

Avšak analogie aplikování tohoto pravidla na vztah mezi státem, jehož je konkrétní osoba výhradním státním příslušníkem (zde FL, neboť aktem nabytí státního občanství FL přišel pan Nottebohm o státní příslušnost Německé říše)¹³⁸ a státem, kde se efektivně zdržuje a kde má své nejhlubší vazby (zde Guatemala) je nanejvýc problematická. Vždyť zde nikdy neexistovala vazba na tento stát pobytu v podobě povinnosti věrnosti státního příslušníka, proto takový třetí stát nemůže s úspěchem tvrdit, že by měl na základě okolností takového se zdržování dané osoby mít právo upřednostnit efektivně svoje normy určující státní občanství před normami onoho druhého státu. Vyjdeme-li s presumpce, že mezinárodní právo pouze dokresluje ve svých mantinelech zásadu, že o státním občanství rozhodují národní právní řády, pak nelze s takto *ad absurdum* dovedenou doktrínou efektivnosti souhlasit.

Tato polární (a autorem zde kritizovaná) interpretace, by totiž *ad absurdum* znamenala, že v takovém případě je možnost považovat takovou osobu za bezdomovce (*stateless person*), kdy by Guatemala měla právo chovat se k dané osobě tak, že není státním příslušníkem ani Německa, ani FL, a ani jejím.

¹³⁷ Na procesní otázky řízení před MSD, zejména nepřijatelnost žaloby a nedostatek pravomoci srov.: Mach, T. *A Legal Dispute between States: On the conditions of the ICJ's jurisdiction in contentious cases*. Aplikované Právo. 1/ 2008, s. 69

¹³⁸ Srov. § 17 a § 28 StAG (vom 22. Juli 1913 (RGBl. S. 583))

Teorií naštěstí nebyla tato doktrína v této polární podobě přijata a je nepravděpodobné, že by se někdo s úspěchem mohl této její esence nadále dovolávat, jako práva obyčejového. Ostatně soud neprokázal atributy obyčejovosti takovéto pomyslné normy.

Navíc, podíváme-li se na novější rozhodnutí ve věci diplomatické ochrany, *Diallo*¹³⁹, je viditelný i odklon MSD od této doktríny. V tomto konkrétním případě se dovolával diplomatické ochrany svého příslušníka stát, ve kterém tento příslušník po více jak třicet let nežil a činil tak úspěšně proti státu, kde efektivně a reálně tento státní příslušník po tuto dobu vedl usazený a obchodně aktivní život. Jinými slovy, v konkrétním případě by jednoznačně základní stavební kameny doktríny *efektivní státní příslušnosti* ukazovaly na stranu žalovanou, přičemž však tato teorie nebyla MSD v jeho současném složení a v situaci, kdy svět nebyl po světové válce rozpoutané jedním z dotčených států, vážně zvažována.

2.1.6. Princip efektivní státní příslušnost v soudobém mezinárodním právu – trvající diskuze

Lze proto konstatovat, že přesto, že je již jakýmsi akademickým folklórem v oblasti otázek státní příslušnosti tento judikát a z něj vystanuvší doktrínu zmiňovat – a to s nutnou dávkou kritiky (ostatně pro úplnost jsem se tomuto rituálu nevyhnul ani já), je nutno zároveň objektivně vidět, že tento folklór se rozvinul ze základu, který neměl nutně oporu v jednom jednoznačném a definovatelném obyčeji a i původce náznaků dané doktríny - MSD - nadále přílišně tuto nevystihuje a zdá se, že závěr o mrtvosti či minimálně zásadní latentnosti této doktríny je nejen udržitelný, ale i jediný logicky obhajitelný.

Bylo by nicméně zkratovitě tvrdit, že folklór diskuze nad tímto tématem, jakož i potenciál znovuobjevení se institutu efektivní státní příslušnosti neexistuje.

Například komise OSN pro mezinárodní právo (UNCIL) toto v kontextu přípravných prací na kodifikaci práva sukcese státu ve vztahu ke státní příslušnosti diskutovala v roce 1996 v zásadě bez jednoznačné odpovědi, kdy se členové komise nemohli sjednotit na shodném stanovisku nad existencí daného pravidla. *Mikulka* ve své druhé zprávě doslova říká:

¹³⁹*Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), decision on preliminary objections ze dne 24. května 2007, online: <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf> (14.7.2009 16:48:29)

„According to one view expressed during the Commission’s debate on this question, outside the framework of diplomatic protection,¹⁴⁰ the principle of effective nationality lost its pertinence and scope. Reference was made in this respect to the arbitral award in the *Flegenheimer*¹⁴¹ case and to the judgement of the Court of Justice of the European Communities in the *Michelleti* case. However, several other members highlighted the importance of the principle of effective nationality and, in particular, the concept of a genuine link, which the Commission, in their view, should help pinpointing better than the International Court of Justice had done in the *Nottebohm* case.”¹⁴²

Mikulka první zpráva pak ilustruje skutečnost, že žádné unifikované pravidlo efektivní státní příslušnosti až do judikátu v případě *Nottebohm* v zásadě neexistovalo. Přesto, že Mikulka říká, že „*The concept of genuine link has a long history behind it[...]*“ následně sám konstatuje, že „*Different tests of genuine link have been considered or applied, such as domicile, residence or birth*¹⁴³ [...]”¹⁴⁴

Již samotná diskuze komise, jakož i Mikulkou nalezená starší praxe spíše dokazují opak toho, než že by existoval jednoznačný mezinárodně-právní obyčej, který by před judikátem *Nottebohm* byl součástí mezinárodního práva, jakož i skutečnost, že neexistuje

¹⁴⁰ Z textu zprávy pak není zřejmé, z jakého myšlenkového postupu členové komise vycházeli, když vyčleňovali oblast diplomatické ochrany jako tu, kde snad tento institut i nadále (a oproti ostatním oblastem) přetrvává.

¹⁴¹ Srov. *Flegenheimer* case. United Nations Reports of International Arbitral Awards, vol. XIV, s 327 ff; dále dostupno v 25 ILR 1958, s. 91 a online na <http://www.uniset.ca/naty/maternity/flegenheimer.htm> (20.5.2009 18:19:37)

¹⁴² *Second Report on State Succession and its Impact on the Nationality of Natural and Legal Person* by Vaclav Mikulka, Special Rapporteur (UN Doc. Nr. A/CN.4/474), s. 13 para. 28.

¹⁴³ V kontextu “*genuine link by nationality*” například Mikulka odkazuje na případ *Romano v. Comma* z roku 1925. V dané případě Egyptský odvolací soud došel k závěru, že osoba narozená v Římě a jsoucí residentem Egypta se stala italským státním příslušníkem skrze anexi Říma roku 1870. (srov: Annual Digest of Public International Law Cases, 1925-1926, vol III., London: 1929, příklad č. 195 na s. 265; citováno z: *First Report on State Succession and its impact on the nationality of natural and legal persons*, by Mr. Vaclav Mikulka, Special Rapporteur (UN Doc Nr. A/CN.4/467). In: The Yearbook of the International Law Commission. 1995, vol. II(1), s. 171 para. 81 a fn 73

¹⁴⁴ *First Report on State Succession and its impact on the nationality of natural and legal persons*, by Mr. Václav Mikulka, Special Rapporteur (UN Doc Nr. A/CN.4/467). In: The Yearbook of the International Law Commission. 1995, vol. II(1), s. 171 para. 80

jednota na tom, zda tato doktrína je v režimu obecného mezinárodního práva mrtvá či nikoliv a pokud ne, jaký má vlastně rozměr.

Autor se domnívá, že i výše zmiňovaný postoj MSD ve věci *Diallo* (kterýžto je o několik let mladšího data než *Mikulovi zprávy*) zakládá opodstatnění pro odvahu tvrdit, že nedojde-li k mezinárodní krizi, která by evokovala nutnost hledání účelové argumentace tak, jak se tomu stalo po II. světové válce a tudíž znovuoživení této problematiky, je v aplikační praxi ortodoxní forma doktríny *efektivní státní příslušnosti* již mrtvá.

2.1.7. Iran-US Claims Tribunal a doktrína efektivní státní příslušnosti

Doktrína efektivní státní příslušnosti byla extenzivně předmětem diskuze i v partikulárním režimu řešení sporů na základě tzv. *Algiers Accords*, tj. *Dohodách z Alžíru*,¹⁴⁵ jimiž se zakončila *Teheránská krize rukojmích* během tzv. islámské revoluce a jimiž se USA a Irán dohodly na zásadách řešení majetku svých státních příslušníků.

Iran-US tribunál skutečně následoval doktrínu efektivní státní příslušnosti tak jak byla vyřčena MSD v případě *Nottebohm*.¹⁴⁶ Rozšířil ji navíc o situace, kdy ji používal nejen k určení rozhodné státní příslušnosti fyzické osoby, která je občanem obou dvou na tribunálu se účastnících stran,¹⁴⁷ ale i k určení státní příslušnosti mezi k jednomu ze států na tribunálu se podílejících a třetí zemí.¹⁴⁸ Jak konstatuje *Bederman*,¹⁴⁹ zdá se, že k tomuto závěru došel výkladem deklarace, na jejímž základě byl zřízen a která stanovila mantinely jeho jurisdikce.^{150 151}

¹⁴⁵ Pro text těchto dohod srov: http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf (16.6.2009 15:29:18)

¹⁴⁶ Přímé citace najdeme např v případě A/18, *Infra*.

¹⁴⁷ Srov. judikát *Esphanian v. Bank Tejarat*; abstrakt na 77 AJIL 1983, s. 646

¹⁴⁸ Srov. judikáty: *Daley v. Islamic Republic of Iran*, 18 Iran-US CTR 1988, s. 232 na s. 236; *Uiterwyk Corp. v. Islamic Republic of Iran* 19 Iran-US CTR 1988, s. 107 na s. 118; *Asghar v. Islamic Republic of Iran*, 20 Iran-US CTR 1990, s. 238 na s. 242

¹⁴⁹ Bederman, D.J. *Nationality of Individual Claimants before Iran-United States Claims Tribunal*. In: 42 ICLQ 1993, s. 123

¹⁵⁰ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of The United States of America and the Governmnet of the Islamic Republic of Iran

Co do určování efektivní státní příslušnosti, tribunál v případě *A/18*¹⁵² dále konstatoval, mj., že pro určení dané státní příslušnosti je třeba determinovat rozhodné období „*relevant period*“, a to období mezi dobou, kdy vyvstaly důvody žaloby a podepsání *Dohod z Alžíru*.¹⁵³ (Jedná se tedy o svého druhu aplikaci trvajících státní příslušnosti, diskutované níže).

Judikatura Iran-US tribunálu je v současné době občasným předmětem citace v soudobých sporech z ochrany investic dle ICSID či BITs, nicméně hraje pro svoji specifčnost, založenou partikulární smlouvou, definující konkrétní pravidla hry, v zásadě omezenou roli.

Příkladem citace, která v kontextu státní příslušnosti stojí za zmínění, je případ *Champion Trading et al. v. Arab Republic of Egypt*.¹⁵⁴ V tomto případě sporu z ochrany z investic před ICSID tribunálem se ochrany investice (podílu na egyptském producentovi bavlny) domáhali, mj. čtyři státní příslušníci jak USA, tak Egypta. Jednalo se o otce a tři syny, kteří se narodili v USA, jeden z nich ještě nebyl zletilý a tyto děti žily v USA.¹⁵⁵

Otec byl v USA naturalizovaný a děti se staly občany USA narozením v USA. Protože však otec nebyl propuštěn ze státně-občanského svazku Egypta v době narození dětí, staly se tyto na základě principu krve také občany Egypta. Navíc přesto, že před tribunálem dementovali to, že by se kdy byli chovali jako státní příslušníci Egypta, bylo prokázáno, že si nechali vystavit egyptské pasy a ti z nichž, kteří byli zletilí a do investičních aktivit se zapojili, používali těchto pasů při vstupech do Egypta. Egypt argumentoval právě případy

¹⁵¹ Například ve věci *Uiterwyk Corp.* toto testoval tribunál v případě pěti původem nizozemských státních příslušníků, a to se závěrem, že automaticky v letech 1956 až 1958 tím, že nabyli US státních příslušností, vzdali se tak automaticky státních příslušností nizozemských. Jak konstatuje Bederman (Supra, Ibid.):

“*Somewhat laconically, the Chamber noted that the >>the requirements of providing dominant and effective United States nationality ... do not apply to any of the five individual Claimants.<< The inference seems to be that if the individual claimants were, in fact, dual nationals of both the Netherlands and the United States, the Tribunal would be obliged to determine which was their dominant and effective nationality:*”

¹⁵² *Islamic Republic of Iran v. United States of America* (Case A/18) 5 Iran-US CTR 1984, s. 252; srov. též výťah v 78 AJIL 1984, s. 912

¹⁵³ Srov. Bederman, supra. s. 125

¹⁵⁴ *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, decision on jurisdiction ze dne 21. října 2003; online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/champion-decision.pdf> (25.6.2009 15:28:16)

¹⁵⁵ Ibid., s. 10

Nottebohm a *A/18*. Tribunál se nicméně vyhnul přímé odpovědi na otázku, zda akceptovat princip *efektivní státní příslušnosti* jako součást obecného mezinárodního práva (což ostatně judikát *A/18* založený na partikulárním režimu nemůže ilustrovat).¹⁵⁶ Místo toho založil své rozhodnutí na partikulárním ujednání čl. 25 ICSID Konvence, který výslovně vylučuje z ochrany dvojí státní příslušníky. Z dikce jeho postoje v rozhodnutí pak lze spíše vyčíst rezervovaný přístup ke „zvykovosti“ *efektivní státní příslušnosti*.¹⁵⁷

Doktrínu v případě Iran-US judikatury je tedy spíše třeba považovat za izolované *self-contained* právo, založené na výkladu konkrétních Dohod z Alžíru, než odrazem převládajícího obecného mezinárodního práva.

2.1.8. *Miculav v. Rumunsko* (a další omezení doktríny *efektivní státní příslušnosti*)

Doktrína *efektivní státní příslušnosti* byla co do hloubky nedávno vznesená Rumunskem v případě *Miculav v. Rumunsko*.¹⁵⁸

V daném případě se jednalo o spor z ochrany investic mezi švédskými státními příslušníky (a jejich společnostmi), kteréžto fyzické osoby byly ve Švédsku naturalizované a byly původně Rumuny, a Rumunskem. V situaci, kdy bylo prokázáno, že žalobci získali švédské státní příslušnosti po právu,¹⁵⁹ snažilo se Rumunsko domáhat teorie *efektivní státní příslušnosti* a s poukazem na vztah (*link*) k Rumunsku tvrdit, že má právo nerespektovat formální švédskou státní příslušnost žalobce a snažilo se (v částečném rozporu s doktrínou *Nottebohm*)¹⁶⁰ tvrdit, že tribunál tudíž nemá pravomoc a příslušnost¹⁶¹ daný spor řešit.

¹⁵⁶ Řka: „*The Nottebohm and A/18 decisions, in the opinion of the Tribunal, find no application in the present case. The Convention in Article 25 (2)(a) contains a clear and specific rule regarding dual nationals.*“ (Ibid., s. 16)

¹⁵⁷ Viz citace supra

¹⁵⁸ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. EUROPEAN FOOD S.A., S.C. STARMILL S.R.L. and S.C. MULTIPACK S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20;

Online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Miculav.RomaniaJurisdiction.pdf> (10.6.2009 19:21:30)

¹⁵⁹ Ibid. s. 30

¹⁶⁰ Která toliko hovoří o právu státu nerespektovat formální státní příslušnost, nikoliv o tom, že by případný soud či rozhodčí tribunál měl povinnost se řídit názorem jedné ze stran (tohoto státu) a její názor brát za svůj a následovat.

¹⁶¹ Resp. jurisdikci

Názor tribunálu stojí za to v daném bodě celý ocitovat, neboť se zdá velmi střídmostou a moderní reakcí na to, co případ *Nottebohm* má dnes znamenat (a je ukázkou toho, jak se dnes aplikační praxe, odlišná od mlčícího MSD, k dané problematice vyjadřuje):

„99. *The Tribunal notes that the role of a genuine or effective link with the state of nationality is disputable in public international law, and is indeed disputed, particularly in the case of a single nationality. It seems clear that, as put by the Special Rapporteur of the ILC on Diplomatic Protection in his first report, “the Nottebohm requirement of a ‘genuine link’ should be confined to peculiar facts of the case and not seen as a general principle applicable to all cases of diplomatic protection.”*¹⁶² *He added “[t]he suggestion that the Nottebohm principle of an effective and genuine link be seen as a rule of customary international law in cases not involving dual or plural nationality enjoys little support.”*¹⁶³ *Indeed, the International Law Commission considered incorporating such a requirement in the Draft Articles on Diplomatic Protection, but ultimately decided against it and did not include such a requirement in Article 4 of the Draft Articles, which covers cases where there is only one nationality.*¹⁶⁴ *The fact that the genuine link test was omitted in the context of*

¹⁶² (poznámka pod čarou z citace): „JR Dugard, *First Report on Diplomatic Protection*, 7 March 2000, A/CN.4/506, 110.“

¹⁶³ (poznámka pod čarou z citace): „*Loc. Cit. 111*“

¹⁶⁴ (poznámka pod čarou z citace):

„*The commentary under Draft Articles on Diplomatic Protection, Article 4 reads as follows:*
(5) Draft article 4 does not require a State to prove an effective or genuine link between itself and its national, along the lines suggested in the Nottebohm case, as an additional factor for the exercise of diplomatic protection, even where the national possesses only one nationality. Despite divergent views as to the interpretation of the case, the Commission took the view that there were certain factors that served to limit Nottebohm to the facts of the case in question, particularly the fact that the ties between Mr. Nottebohm and Liechtenstein (the Applicant State) were “extremely tenuous” compared with the close ties between Mr. Nottebohm and Guatemala (the Respondent State) for a period of over 34 years, which led the International Court of Justice to repeatedly assert that Liechtenstein was “not entitled to extend its protection to Nottebohm vis-à-vis Guatemala”. This suggests that the Court did not intend to expound a general rule applicable to all States but only a relative rule according to which a State in Liechtenstein’s position was required to show a genuine link between itself and Mr. Nottebohm in order to permit it to claim on his behalf against Guatemala with whom he had extremely close ties. Moreover, it is necessary to be mindful of the fact that if the genuine link requirement proposed by Nottebohm was strictly

diplomatic protection is especially noteworthy because it is in the context of diplomatic protection that States may have a particular vested interest in relying on or disregarding a nationality that lacks foundation in reality. There is thus a clear reluctance in public international law to apply the genuine link test where only a single nationality is at issue, such as the case at hand.“

Výše uvedené potvrzuje již vyřčený závěr o tom, že doktrína *Nottebohm* ve své čisté esenci není součástí platného obecného mezinárodního práva.

2.1.9. Judikatura ESD a mezinárodně-právní teorie efektivní státní příslušnosti

Jak bude níže ilustrováno, i judikatura ESD pak v rozsahu působnosti tohoto soudu plně neguje doktrínu *efektivní státní příslušnosti*, tak jak ji založil MSD ve výše citovaném případě *Nottembohm*.¹⁶⁵ V rámci komunitárního práva byla tato doktrína tedy jednoznačně

applied it would exclude millions of persons from the benefit of diplomatic protection as in today's world of economic globalization and migration there are millions of persons who have moved away from their State of nationality and made their lives in States whose nationality they never acquire or have acquired nationality by birth or descent from States with which they have a tenuous connection. (Footnotes omitted, Exh. C-203)“

¹⁶⁵ Na tomto místě považuje autor za nutné zmínit několik vět na téma vztahu komunitárního práva, Evropských společenství a mezinárodního práva. Jen tak je možno bez dalšího diskutovat judikaturu ESD jako relevantní pramen poznání této problematiky.

Vyjdeme-li při této diskuzi z pohledu internacionalistického a nikoliv z pohledu komunitaristů, pak je třeba dojít k závěru, že Evropská společenství nejsou ničím jiným, než pouhou velmi zvláštní mezinárodní organizací *sui generis*. Jednotlivé členské státy se size ve prospěch této organizace vzdávají čím dál tím více svých suverénních práv (a tam kde tak nečiní oni, činí tak za ně ESD – srov. judikát *joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*), ale zatím si zachovávají alespoň ve svých podstatách všechny zvykové atributy státu, tj. území, obyvatelstva, státní moci, jakož i schopnost vstupovat do mezinárodních vztahů s dalšími subjekty (ostatně zatím tak Společenství často činí paralelně s nimi – příklad smlouva o Světové obchodní organizaci a tzv. *covered agreements*).

Je-li výše uvedené stále platným axiomem, pak lze komunitární právo toliko považovat za velmi specifickou podmnožinu práva mezinárodního, které pouze velmi extrémně zasahuje do oblasti ústavních práv jednotlivých členských států. V takovém případě ji lze srovnat s dalšími specifickými a často velmi „*self-contained*“ podobory mezinárodního práva, jako je například právo právě Světové obchodní organizace.

odmítnuta.¹⁶⁶ Ostatně přípuštění její aplikace se logicky ESD musel vyhnout, jinak by hrozilo obcházení povinnosti členských států garantovat základní evropské svobody právě na bázi otázky *efektivnosti vztahu* mezi konkrétním členským státem ES a konkrétní fyzickou osobou.

Výše uvedené nicméně neznamená, že by tato praxe nutně měla či mohla mít vliv na obecné mezinárodní právo. Je třeba vidět komunitární právo jako režim partikulární, a tudíž jako soubor norem a principů *speciales*. Z tohoto nutně vyplývá, že je-li v tomto rámci akcent na hlavní cíle komunitárního právního řádu a stěžejní jeho svobody, pak nutně tato těžiště zvítězí nad tím, co by mohlo být tolikou integrální součástí obecného mezinárodního práva. Proto je diskuze této oblasti *promiscue* s mezinárodním právem částečně zavádějící.

Vzhledem však k tomu, že oblast ochrany investic mezi členskými státy ES je též upravena smlouvami o ochraně investic – a vzhledem k tomu, že často tyto smlouvy odkazují

(*Přesto, že výše uvedený názor může být považován dnes za spíše menšinový a nebude u komunitaristů a ústavních právníků vždy nutně populární, zatím autor neslyšel logicky ucelený vědecký protiargument*).

Z výše uvedeného pak nutně vyplývá, že judikatura ESD jakožto primárního soudního orgánu jednoho z podoborů mezinárodního práva je formálně vzato subsidiárním pramenem mezinárodního práva ve smyslu čl. 38 odst. 1 písm. d) Statutu MSD. Vzhledem k tomu, že pak samozřejmě tento formální pramen má charakter podpůrný a navíc není v mezinárodním právu stanovena hierarchie této kategorie pramenů (ve smyslu závazného stanovení judikatura kterého tribunálu by měla mít vyšší míru přesvědčivosti), je nutno jej považovat za stejně relevantní jako judikaturu MSD. Tento závěr má pak jednu praktickou výhradu. Je nutno připustit, že je nepravděpodobné, že by MSD měl tendenci své doktríny podřídít ESD či jiným soudům, a je nepravděpodobné, že by ESD měl tendenci (či, vzhledem ke své *de facto* normotvorné funkci možnost) podřídít svoji judikaturu závěrům MSD. (k otázce vzájemných vlivů jednotlivých mezinárodně-právních tribunálů, tzv. *cross-fertilization* srov. např. Bronckers, M. *The Relationship of the EC Courts with Other International Tribunals: Non-Committal, Respectful, or Submissive?* In: 44 Common Market Law Review 2007, s. 601 ff; Deen-Racsmany, Z. *Diplomatic Protection and International Criminal Law: Can the Gap be Bridged?* In: 20 Leiden Journal of International Law, 2007, s. 909; Gill, J- Gearing, M.-Birt, G. *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. A Comparative Review of the SGS Cases*. In: 21 Journal of International Arbitration 5. 2004, s. 397 ff na s. 409, Sands, P. *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, In: 1 Yale Human Rights and Development Law Journal. 1998, s. 85. Další, a pro účely této práce pak hlavní výhrada, diskutována níže v těle textu, je skutečnost, že ať již je komunitární právo *self-contained* či nikoliv, je to každopádně partikulární právní rámec, který se může od obyčejového práva zásadně lišit, pročez nelze jeho doktríny generalizovat.

¹⁶⁶ Srov. Blutman, L. *Union Citizens, Free Movement and Self-Sufficiency*. In: Acta Jur. et Pol. Szeged, Tomus LXIX., Fasciculus, No. 6, s. 96-114, 2007.

(elektronicky na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1327747) (31/03/2009 17:35)

na jurisdikci rozhodčích center národního původu Londýn/LCIA¹⁶⁷, Paříž/ICC¹⁶⁸ Stockholm/SCC¹⁶⁹ neznamená to, že teoreticky je diskuze tohoto režimu zavádějící, nutně to, že by byla prakticky irelevantní, neboť evropské právo může mít zde zásadní faktický vliv na rozhodování rozhodců, jakož i být součástí *legi fori*. (Poslední argument samozřejmě platí s výhradou, kdy BIT sama pro své účely definuje státní příslušnost, což je velmi časté, protože se pak jedná o otázku absolutní *speciality* tohoto ustanovení), kdy *lex fori* se na danou problematiku nemůže, resp. nemělo by se, aplikovat.

Je proto na tomto místě vhodné alespoň stručně se danou problematikou v této části práce věnovat a uvést alespoň nejdůležitější momenty *acquis communautaire*:

Prvním a v dané oblasti stěžejním momentem je případ *Michelleti*.¹⁷⁰ ESD se zde zabýval situací, kdy dvojí občan Argentiny a Itálie, který se snažil usadit, jako zubař, ve Španělsku byl dle španělského práva tamními úřady viděn jako Argentinec, nikoliv Ital. Test efektivní státní příslušnosti skutečně jednoznačně svědčil pro Argentinu. Nicméně ESD tento přístup odmítl upřednostnit, aniž by se však v daném případě musel zásadně zabývat otázkou dvojí státní příslušnosti.

Stejný přístup, tj. jednoznačná preference existence státní příslušnosti některého z členských států Evropských společenství nad *efektivní státní příslušností*, byl následně potvrzen v judikátu *Saldanha*.¹⁷¹ Zde šlo o situaci, kdy žalobce byl duálním občanem Spojeného království a Spojených států a předmětem otázky ESD bylo, zda lze či je zakázáno po takovémto jednotlivci jako po žalobci v soudním řízení žádat jistotu na náklady řízení.¹⁷²

Závěrem je třeba zmínit případ *Chen a Zhu*.¹⁷³ Zde byl ESD již konfrontován s otázkou, která v sobě obsahovala notnou dávku obcházení zákona. V daném případě paní Chen v době svého těhotenství vstoupila na území Spojeného království a zamířila do

¹⁶⁷ <http://www.lcia-arbitration.com/> (9.6.2009 17:19:10)

¹⁶⁸ <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/> (9.6.2009 17:17:45)

¹⁶⁹ Viz <http://www.sccinstitute.se/skiljeforfarande-2.aspx> (9.6.2009 17:16:45)

¹⁷⁰ C-369/90 *Mario Vicente Micheletti a další v. Delegation del Gobierno en Cantabria* [1992] ECR I-4239

¹⁷¹ C-122/96 *Stephen Austin Saldanha a MTS Securities Corporation v Hiross Holding AG* [1997] ECR I-5325

¹⁷² Dále k dané věci srov: Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C.H.Beck. 2008, s. 78

¹⁷³ C-200/02 *Kunquian Catherine Zhu a Man Lavette Chen v. Secretary of State for Home Department* [2004] ECR I-9925

Severního Irsku s úmyslem tam porodit, což též učinila. Podle zákonů Irské republiky (jmenovitě dle *Irish Nationality and Citizenship Act*) se každý, kdo se narodí na Irském ostrově stává irským státním příslušníkem, pokud nemá nárok na jinou státní příslušnost. Potomek paní Chen neměl při narození nárok ani na čínskou ani na britskou státní příslušnost, protože se stal Irem. Na základě takto nabytého občanství svého dítěte pak se paní Chen i s ním usadila ve Velké Británii, derivující své právo z volného pohybu potomka a jí, jakožto nukleární rodiny. V nastalém daném sporu, kdy se úřady jejího Veličenstva snažily o vyhoštění, se tyto nedomáhaly doktríny *efektivní státní příslušnosti* jakožto své obrany proti žalobě, ale toho, že došlo k „*abuse of law*“, tedy zneužití objektivního práva. Přesto nebyly úspěšné a ESD rozhodl ve prospěch paní Chen. Odůvodnění soudu stálo na tom, že nelze, aby jeden členský stát zasahoval do práva jiného členského státu ve smyslu udělování občanství, a to ani tím, že by omezoval efekt takového práva co do komunitárních svobod.

Zde se bezpochyby jednalo o velmi rigidní pozici ESD, nicméně je třeba připustit, že otevřením možnosti ke zneužívání mezer v jednotlivých národních právních řádech několika jednotlivci je z pozice právní politiky bezpochyby napáchaná menší škoda, než kdyby se ESD snažil lavíroval mezi mantinely každého konkrétního případu, čímž by otvíral dveře ke zneužívání své judikatury k oportunistické praxi členských států, což by vedlo k další produkci sporů, judikatury, tedy chaosu v právu a především ke kolaterální škodě v podobě poškozených subjektivních práv evropských občanů.

2.2. Státní příslušnost právnických osob

Vedle výše popsaných osob fyzických je nevyhnutelné pohovořit v kontextu této práce především o právnických osobách, a to zejména korporacích.

Ve vztahu k právnickým osobám jsme výše hovořili o tom, že mezinárodní právo, přesto, že aplikuje některé své korektivy, v zásadě nechává na národních právních řádech, aby si upravovaly otázku určování státního občanství.

Jak je tomu tedy v kontextu právnických osob? Jaké existují doktrinální definice státní příslušnosti právnické osoby? Existuje v mezinárodním právu vůbec obyčejová definice takového státní příslušnosti – a pokud ano, odkud by se měla odvíjet její legitimita? Jak je to s otázkou efektivnosti státní příslušnosti v návaznosti na případ *Nottebohm*? Lze tento princip aplikovat i zde?

Tyto otázky mají samozřejmě ve vztahu ochraně investic holdingových struktur zásadní význam, neboť odpověď na otázku jakým způsobem se určuje státní příslušnost právnické osoby má vliv na otázku, zda je pro danou problematiku relevantní institut *corporate veil*.

Je třeba poznamenat, že těžiště zpracování problematiky státní příslušnosti právnických osob je v této práci kladeno na okruh právnických osob práva soukromého, zejména korporací. Hlavním důvodem pro toto zjednodušení je zejména to, že právě tyto právnické osoby, jakožto investiční nástroje, jsou logicky nejčastějšími dílčími součástmi holdingových struktur. Dalším důvodem je objektivní skutečnost, že přesto, že mezinárodní právo se již relativně dobře vypořádalo například s otázkou odpovědnosti státu za škodu za jednotlivé možné druhy veřejnoprávních korporací jako subjektů, jejichž jednání lze konkrétnímu státu přičítat, zatím ne příliš se rozvinula oblast definování státní příslušnosti takových subjektů; důvod je zřejmý, je jím skutečnost, že co do otázky ochrany investic není praxe příliš konfrontována se situací, kdy by přímým investorem byla korporace veřejného práva, jejíž investice by se stala předmětem sporu o ochranu.

2.2.1. Mezinárodní právo, právnické osoby a pravidla určování jejich státní příslušnosti

Na rozdíl od vztahu mezinárodního práva ke státní příslušnosti fyzických osob, kde - až na některé korektivy (např. doktrína efektivního vztahu dle MSD v případě *Nottebohm*) - nelze v zásadě hovořit o rozvitých mezinárodně-právních, byť jen teoretických, doktrínách týkajících se definice státní příslušnosti, u korporací tomu tak není. Teorie i praxe mezinárodního práva operovala, a do jisté míry stále operuje, s několika zásadními koncepty určování státní příslušnosti právnických osob a tyto aplikuje.

Pro pochopení existence těchto doktrín a zodpovězení otázky které z nich se staly součástí platného práva, je nutno pohlížet na jejich aplikaci z pohledu historického, a dále z okolností účelů, pro které byly evokovány. Zejména je však nutno si zodpovědět otázku, odkud tyto doktríny pocházejí.

Vyjdeme-li z premisy, že mezinárodní právo ve své podstatě neupravuje osobnostní otázky svých non-subjektů, ať již fyzických či právnických osob, je již samostatné zamyšlení se nad logikou existence takovýchto doktrín či norem jako jeho součástí problematické.

Logika zde však ustoupila nutnosti danou záležitostí řešit a proto dnes i obyčejové právo upravuje tuto problematiku. Protože však nemohlo mezinárodní právo být ze své podstaty původcem daných souborů norem, muselo dojít k jejich recepci, a to z právních řádů, které danou problematiku logicky pozitivně upravovaly. Těmito jsou národní právní řády, přičemž tyto normy je nutno, přes jejich soudobou již v zásadě obyčejovou podstatu považovat za jsoucí původu *právních zásad uznávaných civilizovanými národy*.¹⁷⁴ Protože však jen obtížně budeme hledat *právní zásadu uznávanou civilizovanými národy* identickou v různých právních kulturách,¹⁷⁵ je nutno akceptovat i skutečnost, že přístupy pro určení státní příslušnosti právnických osob se různí.

V čistých esencích je možno hovořit o třech doktrínách, které se, často paralelně, prosazovaly a z nichž současné spektrum několika možných přístupů (ať již na úrovni obecného práva obyčejového, tak partikulárního práva – zejména smluvního v podobě BIT) vychází. Těmito principy jsou:¹⁷⁶

- a) Princip skutečného sídla (*Siège Social*)
- b) Princip kontroly¹⁷⁷ (*Test of Control*)
- c) Princip inkorporace (*incorporation*)

Jak již naznačeno, mezinárodní právo v současné době operuje s jejich kombinacemi.¹⁷⁸ Význam jednotlivých přístupů pak je, jak bude vidno níže, ovlivněn kontexty jejich aplikací.

¹⁷⁴ Viz. Statut MSD, čl. 38 odst. 1 písm. c) (http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II) (3.2.2009 21:58)

¹⁷⁵ Ostatně i na tak bazální zásadě, jakou je překážka věci rozhodnuté *res iudicata*, která je samozřejmě kromě mezinárodního práva i součástí různých národních právních řádů je toto zřejmé. Viz. *International Law Association*. Berlin Conference (2004) Report. 71 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 826 (2004), s. 826 a násl.

¹⁷⁶ Tento seznam obsahuje tři hlavní principy, nejčastěji používané. Toto nicméně neznamená, že by byl proto vyčerpávající. Dále je třeba okrajově poznamenat, že někteří autoři tyto principy nazývají jinými termíny, čímž se často liší od toho, co se v „hlavním proudu“ pod tím či oním termínem myslí.

¹⁷⁷ Tj. ovládnutí

¹⁷⁸ Ostatně i zvláštní zpravodaj komise OSN pro kodifikaci práv diplomatické ochrany, Prof. Dugard, ve své zprávě otevřeně konstatuje a připouští, že komise zvažovala několik možných přístupů a jejich praxí využívaných kombinací, jmenovitě, jak zní v originálu v jazyce anglickém:

„The State of Incorporation, subject to the exceptional circumstances envisaged by Barcelona Traction for the protection of shareholders:

2.2.1.1. Princip *Siège Social*

Jak již vyplývá z názvu termínu jako takového, jedná se o princip, který má svůj původ ve francouzském právním řádu. *Capitant* tento test definuje následovně:

„*Místo, kam se koncentruje právní život korporace. Toto je především tam, kde fungují její orgány a kde se konají její valné hromady. Siège social se může lišit od místa, kde korporace má těžiště svých obchodních aktivit či kde jsou její obchodní či průmyslová zařízení. Domicil korporace je v místě jejího siège social.*“^{179 180}

Tribunály občasné k určení státní příslušnosti tohoto principu použily, ať již k určení státní příslušnosti korporace či jiné právnické osoby, nicméně nakonec tento princip na úrovni obyčejového mezinárodního práva nepřevládá. V současné době pak ve své čisté podobě *per se* nehraje relevantní roli.¹⁸¹ Po pravdě řečeno, většina případů aplikace tohoto principu jsou fakticky případy aplikace tohoto principu v kombinaci s nějakým z dalších, níže diskutovaných alternativních přístupů.

-
- 1) *The State in which the company is incorporated and with which it has a genuine connection (usually in the form of economic control), again subject to the exceptional cases envisaged by Barcelona Traction for the protection of shareholders;*
 - 2) *The State of siège social or domicile;*
 - 3) *The State in which the economic control of the company is located;*
 - 4) *Both the State of incorporation and the State of economic control. This would permit a form of dual protection similar to that which applies in the case of dual nationality of persons;*
 - 5) *The State of incorporation in the first instance, with the State of economic control enjoying a secondary right of protection in the event of failure on the part of the State of incorporation to exercise protection;*
 - 6) *The State of nationality of all shareholders.*“

(Dugard, J (2003). *Fourth report on diplomatic Protection*. International Law Commission. Fifty-fifth session. Geneva: UN Doc No: A/CN.4/530, p120)

¹⁷⁹ *Capitant, H. Vocabulaire Juridique*. Paris: Les Presses universitaires de France. 1936; překlad a citace: Schwarzenberger, G. *International Law*. Vol. I. 3rd Ed. London: Steven & Sons Ltd. 1957, s. 393

¹⁸⁰ V anglické verzi: „*The place where the legal life of a corporate body is concentrated. In particular, this is where its administrative organs function, and where its general meetings are held. The siège social may differ from the place where the corporate body pursues its principal business activities and where its industrial and commercial establishments are located. The domicile of the body corporate is at its siège social.*“

¹⁸¹ Neboť ve zvykovém právu není oním používaným testem a ve partikulárním smluvním právu je až na výjimky kombinován s testem inkorporace. (viz diskuze nad BITs níže v kapitole 5.)

Jedním z nejranějších doložených arbitrážních případů, kdy tento princip byl (v kombinaci, zde s testem inkorporačním) aplikován, je případ *Delogoa Bay Company*.¹⁸² Jednalo se o případ jisté Sociétés Anonyme založené – tj. inkorporované – v Portugalsku a dle portugalského práva, se sídlem v Lisabonu. V daném případě byla tato akciová společnost pro účely determinace nároku diplomatické ochrany shledána za jsoucí portugalskou státní příslušnicí, protože nebylo možno dovolávat se ani britské ani americké diplomatické ochrany (tj. ochrany států jsoucích vlastními společníky). Jak pak připomíná *Ginther*,¹⁸³ stejný přístup byl použit v případě *Alsop*.¹⁸⁴

V dalším případě, který zmiňuje *Schwarzenberger*,¹⁸⁵ princip *siège social* byl též použit k určení státní příslušnosti entit, které neměly *per se* právní subjektivitu. Tak tomu bylo např. v případě *Canevaro*¹⁸⁶ v kontextu veřejné obchodní společnosti podle práva Peru. V tomto sporu mezi Itálií a Peru se PCA vyhnul přímému rozhodování otázky právní subjektivity takovéto entity, a místo toho neexistenci takovéto subjektivity toliko implicitně naznačil, když určil státní příslušnost této v.o.s. podle její *siège social* a podle státních příslušností jejích členů.¹⁸⁷

Je třeba poznamenat, že někdy dochází k nejasnostem při použití principu *siège social* v závislosti na právních kulturách, ze kterých pochází jednotliví členové rozhodčích tribunálů. Často je tak tento princip špatně vykládán jakoby se jednalo o *princip domicilu*.¹⁸⁸

¹⁸² Cited through Beygo, O. *Nationality of Corporations in International Claims Arising out of Foreign Investment Disputes*. In: *Revue Hellenique de Droit International*. 46/1993, s. 57 with his reference to Moore, J.B. *Digets of International Law*. Washington: Government Printing Office. 1906.

¹⁸³ Ginther, K. *Nationality of Corporations*. In: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. Band XVI/1966, s. 61

¹⁸⁴ Diskutován níže (v kontextu principu kontroly, který zde také hrál svoji roli).

¹⁸⁵ Schwarzenberger, G. *International Law*. Vol. I. 3rd Ed. London: Steven & Sons Ltd. 1957, s. 393

¹⁸⁶ <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Canevaro%20claim%20English%20Award.pdf> (24/10/2007 10:24)

¹⁸⁷ Zde tedy kombinace s testem kontroly, viz níže.

¹⁸⁸ Nicméně, někteří autoři tvrdí, že tato doktrína byla použita jako samostatný test pro určení státní příslušnosti právnických osob mezinárodními tribunály. Srov. např. Schwarzenberger, G. *International Law*. Vol. I. 3rd Ed. London: Steven & Sons Ltd. 1957, s. 395. Je však často vidno ze závěrů, které tyto tribunály činily, že v závislosti na právní kultuře, ze které ten či onen arbitr pochází, domicil je vnímán různě. Vezmeme-li v potaz teoretické rozdíly mezi *common law* a kontinentálním právem (kde domicil, nebo “*Wohnsitz*” znamená to, co v *common law* “*residence*”), jakož i relativně malý význam této doktríny v soudobém mezinárodním právu, tato práce se nevydává směrem k detailnímu rozboru dané problematiky.

Jako příklad můžeme zmínit judikát ve věci *Stirling Claim*.¹⁸⁹ Zde anglicko-chilská komise rozhodovala na základě pravomoci založené kompromisem spor, vznesený žalující společností inkorporovanou v Londýně. Komise dospěla k závěru, že státní příslušnost dané společnosti je nutno určit dle jejího domicilu. Nicméně, komise domicil nedefinovala jako místo těžby či obchodních aktivit, ale místo kde byla soustředěna správa a management dané společnosti. Proto byla pod názvem principu domicilu fakticky v tomto případě státní příslušnost dané společnosti určena podle principu *siège social*, s tím, že částečně lze v daném právním názoru vysledovat též stopy principu inkorporace.¹⁹⁰

2.2.1.2. Princip kontroly

Další princip, který v historii byl používán k určení státní příslušnosti korporace je princip kontroly. Jak bude níže naznačeno, tento test je v současné době marginální (a především partikulárního charakteru),¹⁹¹ nicméně nelze jej považovat za plně obsoletní a je vhodné jej proto diskutovat.

Podle tohoto principu se státní příslušnost korporace určuje podle toho, kdo ovládá předmětnou společnost. Řečeno laicky, společnost má takovou státní příslušnost podle toho, komu patří. Při takovém přístupu k určení státní příslušnosti korporace je samozřejmě ignorována, resp. narušována „*corporate veil*“ diskutovaná níže.

Co do judikatury v rámci mezinárodního práva, lze najít částečnou aplikaci v případech *Canevaro*^{192 193} a případ *Alsop*.¹⁹⁴ Také mezinárodní smlouvy používaly tohoto principu.¹⁹⁵ Nicméně, mimo tyto dva známé případy se v mezinárodně-právní judikatuře téměř nevyskytuje. Na úrovni mezinárodního práva, a zejména v kontextu diplomatické

Pro relevantní diskuzi odkazují na: Weidenbaum, P. *Corporate Nationality and the Neutrality Law*. In: 36 Michigan Law Review 1938, s. 881 a násl.

¹⁸⁹ Schwarzenberger, *supra*, s. 395

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Iran-US Claims Tribunal /níže/

¹⁹² Srov. 6 ASIL 1912, s. 709

¹⁹³ V konkrétním případě konkrétně soud aplikoval jak princip kontroly tak *domicil*, resp. *siège social*. Srov. *Ibid.*, s. 710

¹⁹⁴ Srov. 5 ASIL 1911, s. 1085. Případ *Alsop* diskutován níže v kontextu v čase trvající státní příslušnosti.

¹⁹⁵ Příkladem zmiňovaným Schwarzenbergerem je Convention of 6 February 1922 ve vztahu k případu *Warsaw Electricity Company* (1932) (France v. Poland) Schwarzenberger, G., *supra*, p405

ochrany v návaznosti na válečné události, byl tento princip použit v některých mírových smlouvách po světových válkách¹⁹⁶.

Definici tohoto principu nalezneme v práci Beygo(eově)¹⁹⁷: “[...] accordingly, for diplomatic protection purposes, it is not the nationality of the corporation but the nationality of its members that is to be determined.”¹⁹⁸

Nejčastěji byl tento test využíván v období válečného stavu a používal se k určení nepřátelského statutu korporací v národních právních řádech.¹⁹⁹ Zejména za první světové války našel svoji aplikaci v britské judikatuře.

2.2.1.2.1. Spojené království a případ Daimler Co v. Continental Tyre

Ve Spojeném království je nejznámějším příkladem jeho aplikace případ *Daimler Co v. Continental Tyre & Rubber Co.*²⁰⁰ Jedná se o judikát, který dodnes je literaturou často citován, a který měl vliv na moderní britskou verzi *common law* v oblasti vnímání nepřátelských státních příslušníků v době války (měl například zásadní vliv na zákonodárství na sklonku druhé světové války - Trading with the Enemy Act 1939).²⁰¹ Ve své době se však

¹⁹⁶ Jak zdůrazňuje Ginther (Ginther, K. *Nationality of Corporations*. In: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. Band XVI/1966, p49) tento princip byl aplikován v mírových smlouvách po druhé světové válce: Mírová smlouva s Maďarskem, Mírová smlouva s Rumunskem, Mírová smlouva s Bulharskem, Mírová smlouva s Finskem.

¹⁹⁷ Beygo, O. *Nationality of Corporations in International Claims Arising out of Foreign Investment Disputes*. In: Revue Hellenique de Droit International. 46/1993, s. 55

¹⁹⁸ “[...] podle tohoto, pro účely diplomatické ochrany není rozhodující určit státní příslušnost předmětné korporace, ale jejích členů” [smyslový překlad autorův]

¹⁹⁹ Např. pro sumář US praxe své doby srov.: Weidenbaum, P. *Corporate Nationality and the Neutrality Law*. In: Michigan Law Review 6/1938, s. 881 - s. 905

²⁰⁰ *Daimler Co v. Continental Tyre & Rubber Co* [1916] 2 A.C. 307

²⁰¹ Srov. Hadari, Y. *The Choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprise and the Nationality of Such Enterprises*. In: Duke Law Journal. 1/1974, s. 22

jednalo o judikát velmi problematický, často považovaný za meritorně nespravedlivý²⁰² a rozhodně převratný.

V době předcházející první světové válce platilo v rámci *common law* pravidlo v době svého vzniku vlastní i mezinárodnímu právu, a to že nepřátelský charakter soukromé osoby se neurčoval dle jeho státní příslušnosti, ale podle toho, zda v době válečného stavu dobrovolně setrval v nepřátelské zemi²⁰³ (v judikatuře: *McConnell v. Hector* (1802)²⁰⁴ *The Liesbet Van den Toll* (1804),²⁰⁵ *Albercht v. Sussman* (1813)²⁰⁶ či *Wells v. Williams* (1697)²⁰⁷)²⁰⁸. Důvod tohoto pravidla byl racionální, což vyplývá i z názvu doktríny, která v rámci *common law* toto zastřešuje „*trading with the enemy*“. Bylo-li součástí válečného úsilí i ekonomické podlomení nepřítele, pak jednal nepřátelsky ten, kdo s ním obchodoval a umožňoval tak jeho zásobování (Stejně tak bylo proto zakázané obchodovat s obyvateli na nepřátelském území z území mocnosti pobytu).

Ani *common law*, ani tehdejší mezinárodní právo, však nebyly připraveny na situaci, kdy právnické osoby hrály zásadní hospodářskou roli, pro kterou bylo nutno určovat jejich *přátelský/nepřátelský* charakter. Svět v první světové válce již byl hospodářsky dosti globalizovaný a Británie se do té doby neúčastnila žádného většího konfliktu (poslední byly v zásadě napoleonské války) a tudíž za období moderních korporací nebylo historicky, kdyby bylo bývalo právo v této oblasti vykrytalizovalo.

Přesto, že platnou zásadou v rámci anglického práva bylo v té době určit státní příslušnost právnické osoby dle místa inkorporace,²⁰⁹ a tudíž mělo dle názoru *Lorda Shaw*²¹⁰

²⁰² Např. toliko signovaná poznámka k tomuto případu v *California Law Review* z r. 1926 zní: “*There was no violent judicial legislation as in the Daimler Case*”; srov. G.G.O. *Trading with the Enemy: Corporations: Test of Enemy Character*. In: 14 *California Law Review* 1926, s. 497 na s. 500

²⁰³ Takže nepřátelskou osobou nebyl cizinec, státní příslušník nepřátelské mocnosti setrvávající dobrovolně v druhé mocnosti, ale byl jím naopak státní příslušník vlastní mocnosti, který dobrovolně setrval (a podnikal) v nepřátelské mocnosti.

²⁰⁴ *McConnell v. Hector* [1802] 3 B&P 113, 127 Eng. Rep. 61

²⁰⁵ *The Liesbet Van den Toll* [1804] 5 C.Rob. 283, 165 Eng. Rep. R. 777

²⁰⁶ *Albercht v. Sussman* [1813] 2 Ves & B 323

²⁰⁷ *Wells v. Williams* [1697] I Salk. 46

²⁰⁸ V US judikatuře srov. *Thirty Hogheads of Sugar. v. Boyle* (1815) 13 US (9 Cranch) 191, 3 L. Ed. 701

²⁰⁹ G.G.O. *Trading with the Enemy: Corporations: Test of Enemy Character*. In: 14 *California Law Review* 1926, s. 497 na s. 499

²¹⁰ *Ibid.* fn. 12

toto být rozšířeno i na určení, zda je někdo nepřátelským státním příslušníkem či nikoliv, Sněmovna Lordů se od této zásady odklonila a stanovila za rozhodující test kontroly.²¹¹

Soud v tomto případě rozhodl, že společnost se považuje za *přátelskou/nepřátelskou* podle toho, v jaké pozici, tj. zda jsou *přátelští/nepřátelští* její společníci/akcionáři (*shareholders*), kteří vlastní ovládající podíl. Status těchto *shareholders* pak nebyl určován dle domicilu, ale dle stání příslušnosti.²¹²

Jak již výše zmíněno, tento test následně našel cestu do Trading with the Enemy Act 1939. Přestože v té době se tedy Sněmovna Lordů odklonila od platného psaného práva, kterýžto odklon dle mého názoru hraničil s porušením doktríny *sovereignty of the Parliament*,²¹³ stal se tento test nakonec nepochybnou součástí právního řádu Spojeného království.²¹⁴

2.2.1.2.1. Judikatura USA

Oproti výše popsané britské doktríně, i další státy své doby reagovaly na situaci války. USA přijalo Trading with the Enemy Act 1917.²¹⁵ Judikatura na bázi tohoto zákona, a provádějících nařízení presidenta, po konci války rozhodovala otázku statutu cizích společností, zejména s ohledem na navrácení neoprávněně konfiskovaného majetku. V případě *Behn, Meyer and Company v. Miller*²¹⁶, například Nejvyšší soud USA rozhodl o navrácení majetku, protože přestože většina společníků byla Němci, společnost (založená v britské kolonii Straits Settlements)²¹⁷ neobchodovala v nepřátelském území, protože nebyla nepřítelem.

²¹¹ Další alternativou, kterou navrhol *Lord Parmoor*, a která by bývala měla oporu v tehdejší praxi států (jak ukazuje předchozí citovaná judikatura), by bývalo bylo, zda daná korporace obchoduje na nepřátelském území či nikoliv. Ani tento náhled však nebyl většinou přijat. Srov. *Ibid.*, s. 499

²¹² [1916] 2 AC 307 ff

²¹³ Srov. http://en.wikipedia.org/wiki/Parliamentary_sovereignty (10.6.2009 12:20:39)

²¹⁴ V případě *Daimler* totiž nakonec bylo rozhodnuto na meritorně jiném základu a proto byla tato tolik diskutovaná doktrína v té době toliko *obiter dictum*.

²¹⁵ (TWEA) 12 U.S.C. § 95a

²¹⁶ *Meyer and Company v. Miller*, 266 US 457, 69, 45 Sup. Ct Rep 165

²¹⁷ (dnešní pomezí Malajsie a Singapuru)

2.2.1.2.1. Princip kontroly a mezinárodní právo

Jak vidno na dvou příkladech z dvou jurisdikcí, tento princip není obecně v národních právních řádech aplikován jako primární test. V obou zmíněných jurisdikcích navíc dnes existují psané zákonné úpravy definice nepřátelské osoby.

I obecná mezinárodní arbitrážní judikatura, která by tento test aplikovala je velmi sporadická a převážně staršího data. Nelze proto usuzovat na to, že tento princip by byl součástí mezinárodního práva, ani jako *lex specialis* pro případy válečného stavu. Všechny snahy dovolat se principu kontroly (mimo problematiku války) v poslední době v rámci mezinárodní arbitráže (s výjimkou případů, kdy byl tento princip sjednán v rozhodčím ujednání) zatím selhaly.²¹⁸

Nezodpovězenou otázkou k aplikaci principu kontroly tak, jak činí například Spojené království je, do jaké míry je taková praxe slučitelná se závazky vyplývajícími z mezinárodního práva?

Pokud stát unilaterálně aplikuje princip kontroly ve svém národním právním řádu za účelem určení nepřátelských osob (státních příslušníků nepřítele) včetně (resp. zde v kontextu) právnických osob, zejména korporací, pak lze vyslovit i možný závěr, že takovéto určení státní příslušnosti skutečně odporuje soudobému mezinárodnímu právu. Jak bude níže diskutováno, obyčejové mezinárodní právo dává přednost *principu inkorporace*, který v konkrétních případech vede k diametrálně rozdílným závěrům.

V případech kdy by aplikace tohoto principu odporovala partikulární (zejména bilaterální smlouvě), například dvoustranné smlouvě o ochraně investic, která má mj. i vlastní definici státních příslušníků smluvních stran, pak otázka, zda se takový konající stát za války vystavuje riziku odpovědnosti z porušení této smlouvy, tkví v tom, zda stále platí, že smlouvy se za války minimálně suspendují (ne-li ruší).²¹⁹ Odpověď na tuto otázku zřejmě přesahuje rámec této práce, nicméně zdá se, že tomu tak spíše není.²²⁰

²¹⁸ Viz níže v judikátech *Saluka, Tokios, Tokelés*, ad.

²¹⁹ Přehledný sumář této problematiky, i když s poněkud své době poplatnou terminologií, poskytl v r. 1947 Durdenevskii v článku publikovaném v Советское государство и право. Porovnáním klasických textů (Grotius, Marten, Vattel, Oppenheim, etc.) mezinárodního práva došel k následujícímu závěru:

a) ve feudálním a polofeudálním období, válka anulovala všechny smlouvy mezi stranami. Pro jejich obnovení po válce bylo nutné zvláštních smluv mezi původními stranami sporu.

Pokud dále připustíme, že princip *inkorporační* se stal součástí obecného obyčejového mezinárodního práva (což níže vedená diskuze potvrzuje), pak nelze již odpovědět tak jednoznačně. Vázanost obecným mezinárodním právem za války rozhodně nepodléhá suspensi.

Bude tedy na judikatuře mezinárodních soudů po příštím větším konfliktu, aby rozhodla, zda právo státu vést efektivně válku, včetně hospodářského ničení nepřítele (včetně

b) V buržoazním období se pomalu objevila nová teorie. Podle této teorie se smlouvy za války pouze suspendovaly, ale nebyly derogovány.

c) v období imperialismu, jak dle Durdenevskiiho vidno za první světové války, teorie začala rozlišovat mezi mezinárodními bilaterálními a multilaterálními smlouvami. Zatímco bilaterální smlouvy byly válkou derogovány, multilaterální zůstaly v platnosti.

Durdenevskii nicméně diskuzí zejména smluv nad humanitárním právem (které jsou multilaterální) a které v sobě inkorporují doložku o účinnosti za doby ozbrojeného konfliktu připouští, že v době krystalizace tohoto teoretického dělení toto nebylo (a není) úplně ustálené.

(Citace pro dostupnost skrze výtah v: Triska, J.F., Slusser, R.M. *The Theory of Law and Policy of Soviet Treaties*. Stanford: Stanford University Press, 1962, s. 169.)

²²⁰ Po Durdenevskiiho sumáři citovaném výše byla přijata Vídeňská úmluva o smluvním právu (v Č(SS)R vyhlášená pod č. 15/1988 Sb.). Tato explicitně neupravuje otázku války, toliko přerušování diplomatických a konzulárních styků (za války běžných) – čl 63, a to tak, že na právní vztahy založené smlouvou nemá takové přerušování vliv. Oddíl 4, čl. 65 a násl., řešící mj. přerušování a provádění a zánik smlouvy také neobsahuje nic, co by indikovalo, že válka například suspenduje či ruší smlouvy. Z kontextuálního výkladu této části smlouvy spíše vyplývá opak, nicméně toliko s poznámkou, že pro absenci explicitního ustanovení na toto téma má obyčej i *inter partes* přednost. Judikatura MSD nicméně indikuje, že minimálně tam, kde je vícestranná mezinárodní smlouva, ani ozbrojený konflikt není v současné době považován za takové ujednání suspendující: Příklad případ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda) rozsudek ze dne 3. Února 2006. Online <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf> (15.7.2009 15:14:03). V daném případě soud elaboroval několik mezinárodních smluv (většinou co do *ratione materie*) předmětu konfliktu irelevantních, aby vždy shledal, že mezi danými státy jejich ujednání o řešení sporů nezakládají jurisdikci MSD. Činil tak ovšem na bázi buďto výhrad či oblasti úpravy daných smluv, a neřešil otázku ozbrojeného konfliktu a jeho vlivu na ujednání o jurisdikci. Toto indikuje, že v současné době není relevantně brána v potaz možnost, že by ozbrojený spor (ať již je formální válkou či nikoliv) mohl rušit či suspendovat multilaterální smluvní ujednání.

ekonomických útoků na „nepřátelské osoby“) je *lex specialis*²²¹ vůči ve 20. stolení vyvinuvšímu se obecnému mezinárodnímu právu co do státní příslušnosti korporací.

2.2.1.2.1.1. Princip kontroly a zvláštní režimy řešení sporů: Iran-United States Claims Tribunal

Výše vyřčené o principu kontroly jako institutu, který není součástí obecného mezinárodního práva, však samozřejmě neznamená, že by *inter partes* na bi- či multi-laterální úrovni tento princip nemohl být (například k řešení sporů z investic či diplomatické ochrany) zvolen.

Příkladem takové volby jsou již zmíněné *Dohody z Alžíru* a jejich aplikace v judikatuře Iran-US Claims Tribunal. Čl. VII odst. 1 dohody²²² nazvané *Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of The United States of America and the Governmnet of the Islamic Republic of Iran* zní:

„1. A "national" of Iran or of the United States, as the case may be, means (a) a natural person who is a citizen of Iran or the United States; and (b) a corporation or other legal entity which is organized under the laws of Iran or the United States or any of its states or territories, the District of Columbia or the Commonwealth of Puerto Rico, if, collectively, natural persons who are citizens of such country hold, directly or indirectly, an interest in such corporation or entity equivalent to fifty per cent or more of its capital stock.“²²³

²²¹ Názor, že určování státní příslušnosti nepřátelských subjektů v době války dle principu kontroly diskutoval a takto pojal MSD v případě *Barcelona Traction; Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. (Belgium v. Spain). Second phase. Rozsudek ze dne 5. února 1970. (para.59 – s. 39, a zejména pak para. 62 – s. 40) Online: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (11.6.2009 15:31:17). Soud se zde však explicitně nevyjádřil k tomu, jak dnes vnímat toto *lex specialis* v obecném mezinárodním právu, neboť se diskusi vyhýbal s odkazem na mírové smlouvy, jako *leges specialis*.

²²² Jedná se o dohodu mezi USA a Iránem, nicméně v hávu deklarace Alžírské republiky, která sloužila jako mediátor, neboť USA a Irán nebyli ochotni připustit existenci přímé dohody mezi svými politickými reprezentacemi.

²²³ srov: <http://www.iusct.org/claims-settlement.pdf> (16.6.2009 15:29:18)

I judikatura samotného tribunálu pak tento princip potvrdila a nesnažila se ve svém většinovém stanovisku o zásadní interpretační odklon. Příkladem je judikát *Starrett Housing v. Iran*.²²⁴

Judikatura Iran-US Tribunálu²²⁵ je sice často literaturou zmiňována jako příklady různých přístupů k otázkám mezinárodního práva,²²⁶ včetně právě státní příslušnosti investora,²²⁷ pro účely diskuze obecného mezinárodního práva se nicméně jedná o diskuzi minimálního významu.

Pro tento závěr jsou dva zásadní důvody: Zaprvé, jedná se o tzv. *self-enclosed*²²⁸ systém, kdy partikulární ustanovení *Dohod z Alžíru* stanovují mantinely, jakož i definují aplikační pravidla (např. výše uvedenou definici investora na bázi principu kontroly). Zadruhé, tam, kde je možné najít nějakou zásadní diskuzi, jedná se většinou o *dissenting opinions* íránských rozhodců, o jejichž abstraktní teoretické motivaci lze mít pochyby.²²⁹

Pro výše uvedené nebude tato práce v kontextu právnických osob judikaturu Iran-US Tribunálu hlouběji elaborovat.

²²⁴ *Starret Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Bellat, ank Markazi*. (Case No. 24) [1983]; 4 Iran-US CTR, s. 122 na s. 142

²²⁵ K právnímu postavení tohoto tribunálu srov. příspěvek Davida D. Caron: Caron, D. D. *The Nature of the Iran-US Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution*. In: 84 ASIL 1990, s. 104

²²⁶ Zajímavý seznam referencí přináší Dianne Valks-Schwab (2002): Valk-Schwab, D. *Cross Reference Iran-US Claims Tribunal Reports Awards and Decisions*. Online: <http://www.iusct.org/iusctr-cross-reference.pdf> (16.6.2009 16:04:46)

²²⁷ srov Beygo, O. *Nationality of Corporations in International Claims Arising out of Foreign Investment Disputes*. In: *Revue Hellenique de Droit International*. 46/1993, s. 60

²²⁸ Resp. *self-contained*

²²⁹ Tento závěr je stavěn na jednostranné zprávě o vzniku a prvních deseti letech existence tribunálu, která se nicméně zdá být dostatečně věrohodnou: Mapp, S. *The Iran-United States Claims Tribunal. The first ten years 1981-1991*. Manchester: Manchester University Press. 1993

2.2.1.3. Princip Inkorporační

Mezi testy, které jsou používány k určení státní příslušnosti právnických osob má nejvýznamnější roli právě *princip inkorporační*. V historickém vývoji judikatury tento princip nakonec převládl nad ostatními, zejména výše uvedenými způsoby určení státní příslušnosti. Od té doby, co jej aplikuje MSD, který o něm tvrdí, že je součástí obyčejového mezinárodního práva, stal se z něj princip obecně uznávaný.

Obecně se má za to,²³⁰ že původ tohoto testu se datuje do roku 1869, a ve vztahu k judikatuře Peruviánské Claims Commissions, která vznikla v roce 1868. V případě *Ruden&Co*²³¹ v rámci této komise rozhodce přišel s tímto postojem:

“Lze tvrdit, že obchodní společnosti mají státní příslušnost; je jí státní příslušnost země, na jejímž území jsou residenty a podle jejíhož práva vznikly a řídí se.”

V této fázi vývoje dané doktríny však není možno hovořit o čistém principu inkorporačním, neboť jak vidno residentura (domicil) je jedním ze tří relevantních podmínek.

*Schwarzenberger*²³² dále odkazuje na rozhodnutí *Smíšeného anglicko-německého arbitrážního tribunálu* ve věci *Chamberlain a Hookham, Ltd. v. Solar Zählerwerke, GmbH* jakožto na první případ, kdy byl aplikován čistý *princip inkorporační*.²³³ Obdobně, v případě *Greenstreet*²³⁴ US-Mexican General Claims Commission aplikoval čistý princip inkorporační.²³⁵ Nicméně, vzhledem k tomu, odkud vycházely pravomoci předmětných tribunálů, nelze ani v jednom případě hovořit o tom, že by aplikované principy byly *per se* obyčejovým mezinárodním právem.

²³⁰ Schwarzenberger, *supra*, s. 397

²³¹ (překlad autora z angličtiny) *“It may be said, that business firms have a nationality; such nationality is that of the country in whose territory they reside, under whose laws they have been formed, and by which they are governed.”* citace z: Moore, J.B.. *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been A party*. Vol.2. Washington: Government Printing Office. 1898, s. 1654

²³² *Ibid.*

²³³ Zde na bázi Německého a Britského (obdobně) národně-právního provedení čl. 398 of the Treaty of Versailles.

²³⁴ 4 U.N.R.I.A.A., s. 462, citováno skrz Harris, D. *The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case*. In: 18 ICLQ 1969, s. 284

²³⁵ Na základě General Claims Convention between the USA and Mexico z roku 1923. Cited via Harris, *supra*.

*Harris*²³⁶ poukazuje na případ *Agency of Canadian Car and Foundry Co. Ltd.*²³⁷ jakožto na první případ, kdy tribunál, který neměl speciální smluvní základ určení své pravomoci (tj. např. kompromis) upřednostnil pro způsob určení státní příslušnosti princip inkorporační.

Výše uvedeným strohým výčtem příkladů judikátů jsme schopni podložit tvrzení, že kolem roku 1920 se princip inkorporační vyvinul a začal se aplikovat v arbitrážní judikatuře v oblasti ochrany investic. Je však z tohoto možno usuzovat, že by se tento test, tím, že jej volí mezinárodní smlouvy (jakožto base pro tato řízení o ochraně investic), jakož i to, že jej občas zvolí nezávisle konstituovaný tribunál, stal obecně uznávaným obyčejem a tedy „Tím“ principem, který se stal součástí mezinárodního práva?

Odpověď na výše vyřčenou otázku je bezesporu záporná. Nicméně judikatura zachovala důkazy o tom, že kolem r. 1930 se tento princip stal obecně uznávaným a používaným. Příkladem případu, který toto dokazuje je *Věc Licence Anglo-Iranian Oil Co.*²³⁸ V tomto případě je v judikatuře MSD zdokumentováno, jak se Spojené království dovolávalo diplomatické ochrany společnosti Anglo-Iranian Oil Co. inkorporované v Londýně. Jednalo se o situaci, kdy Irán náhle zrušil koncesi této společnosti. Spojené království nejprve celou věc předložilo Radě Společnosti Národů. Aniž by věc musela dojít k soudnímu řízení, po předložení věci Radě Irán obnovil koncesi (jsa si zřejmě vědom pozice legality a tedy pravděpodobné úspěšnosti Spojeného království v případě sporného řešení). Lze proto tvrdit, že do 30 let 20. století, nejen že arbitrážní praxe již tento princip běžně aplikovala, ale činilo tak již i mezinárodní společenství. Tím, že jej prakticky používaly a za závazný vnímaly subjekty mezinárodního práva, stal se tento princip součástí obyčejového mezinárodního práva. Toto následně potvrdil i MSD v pozdějším sporu o záležitosti té samé společnosti.

*“Spojené království, tím, že předložilo svůj spor s vládou Iránu Radě Společnosti, toliko vykonávalo své právo diplomatické ochrany vůči jednomu ze svých státních příslušníků.”*²³⁹

²³⁶ Harris, D. *The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case*. In: 18 ICLQ 1969, s. 283

²³⁷ 8 U.N.R.I.A.A., s. 460

²³⁸ Jak shledáno MSD v případě *Anglo-Iranian Oil Co.* (UK v. Iran), rozsudek ze dne 22. července 1952, <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf> (10/26/2007 4:44 PM), p111. Soud zde odkazuje na státní praxi Spojeného království i Iránu, stejně jako na praxi Ligy (Společenství) národů v r. 1932.

²³⁹ Viz supra.

Další judikatura MSD tento princip potvrdila. Jedná se zejména o zásadní případ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain).²⁴⁰

2.2.2. Pravidlo efektivní státní příslušnosti a právnické osoby: Od případu *Nottebohm* po *Barcelona Traction*

Po jistou dobu nebylo jasné, zda judikát MSD *Nottebohm*²⁴¹ stanovující doktrínu efektivní státní příslušnosti (a tedy princip *genuine link*) má být považován za určující nejen pro osoby fyzické, ale i osoby právnické. Velká část teoretiků spíše inklinovala k závěru, že tento judikát skutečně zakládá stejnou dimenzi i pro osoby právnické, protože se očekávalo, že MSD v případě věci *Barcelona Traction* své doktríny “*genuine link*” a “*effectiveness of nationality*” potvrdí. Aplikování těchto doktrín na korporace by však samozřejmě mělo enormní vliv na oblast ochrany investic, zejména oblast diplomatické ochrany. V takovém režimu by totiž mohl stát, na jehož území se nachází investice (za absence jiného partikulárního ujednání) odmítnout uznat státní příslušnost konkrétní korporace s tím, že neexistuje *genuine link* mezi státem, kde byla tato právnická osoba inkorporována a touto osobou. Jinými slovy, trvání na aplikovatelnosti těchto institutů ve vztahu k právnickým osobám by mohlo otevřít cestu k chaosu v oblasti diplomatické ochrany, k omezení efektivnosti tohoto institutu i v jeho preventivní funkci a ke zvyšování počtu sporů v dané oblasti. Možná i s tímto vědomím někteří akademici předvíдали, že MSD bude muset najít cestu distinkce od případu *Nottebohm* a bude muset se od daného trendu svého druhu distancovat. Zejména *Harris*²⁴², dovozoval takový závěr z textu *separate opinions* dvou soudců MSD z fáze předběžných námitek, kdy se tito dotkli otázky státní příslušnosti a potvrdili svůj postoj směrem k existenci zvykového pravidla inkorporačního.

Harrisova předpověď byla úspěšná. MSD se skutečně odklonil od principů, které proklamoval v případě *Nottebohm*, řka: “[...] *in the particular field of diplomatic protection*

²⁴⁰ <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=bt&case=41&k=4e> (26/10/2007 17:06)

²⁴¹ The *Nottebohm* case (second phase) Judgment of April 6th 1955, ICJ Rep 1955

²⁴² Harris, D. *The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case*. In: 18 ICLQ 1969, s. 285

*of corporate entities, no absolute test of the “genuine connection” has found general acceptance [...]”*²⁴³

MSD věc ve svém rozhodnutí dále elaboroval, když vyřkl existenci následujícího obvyčejového pravidla určování státní příslušnosti korporace:²⁴⁴

*”Tradiční pravidlo dává právo diplomatické ochrany korporátního jednotlivce státu podle jehož práva je tato korporace založena a kde má registrované sídlo. “*²⁴⁵
(“registered office”)

Důležitým atributem výše uvedené věty je čistota principu inkorporačního, tak jak je vyjádřen ve výše citovaném výroku. Jak diskutováno níže pod čarou, zásadní význam má kombinace práva, podle něhož společnost vznikla s atributem „*registered office*“. Přesto, některé právní řády pro „sídlo“ společnosti požadují, aby sídlo bylo tam, kde společnost skutečně vykonává činnost a může se stýkat s veřejností,²⁴⁶ jiné (a nikoliv toliko daňové ráje) umožňují rozdělit instituty „*registered office*“ a „*principal office*“. Příkladem může být Florida.²⁴⁷ Jinými slovy, *registered office* může být téměř fiktivní „p.o. box“ a toto v režimu obecného mezinárodního práva spolu s rozhodným právem založení stačí pro určení státní příslušnosti.

Samozřejmě možný by hypoteticky byl i opačný výklad, tj. že protože často v některých právních rádech (jako ČR)²⁴⁸ má *registered office* (sídlo) odpovídat skutečnému místu podnikání, nelze připustit, že by MSD dával přednost principu toliké deklarované

²⁴³ *Case concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, rozsudek ze dne 5. února 1970, para. 70, s. 43

²⁴⁴ Což se fakticky vyvinulo do obecného pravidla státní příslušnosti právnických osob.

²⁴⁵ *“The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office.”*

²⁴⁶ Př. ČR

²⁴⁷ Některé právní řády přímo ve své terminologii rozlišují instituty *registered office* a *principal Office*. Například právo státu Florida, jmenovitě Limited Liability Companies Act (FL Sec. 608.401 a násl, 2003) požadují existence *registered office* na území státu Florida, přičemž *principal office* lze designovat kdekoliv v rámci USA.

²⁴⁸ Částečnou změnu v ČR v tomto smyslu v kontextu právnických osob přinesl zákon č. 215/2009 Sb. modifikující § 19c občanského zákoníku ohledně sídla právnické osoby. Stále je však součástí platného práva povinnost podnikatele zapisovat do obchodního rejstříku své skutečné místo podnikání (§ 3 odst. 3 obchodního zákoníku).

adresy jako *registered office* a proto je třeba vykládat výše uvedenou větu jako kombinaci podmínek právního řádu, podle kterého je společnost založena a dále místa skutečného sídla. Tento postoj by se zřejmě mohl mnohým zdát jako obecně přijatelnější, nicméně dva základní důvody jej vyvracejí.

Prvním důvodem, i když ne tím, který by teleologicky měl být rozhodný, je prostá skutečnost, že internacionalistická teorie rafinovala z dané věty jen akcent na právo, dle kterého byla společnost založena, přičemž atribut *registered office* je ignorován. Tak například *Sornarajah*²⁴⁹ správně zdůrazňuje, že přes existenci otazníků nad tím, že z výše uvedeného výroku soudu „*the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office*“²⁵⁰ lze usuzovat na to, že soud měl na mysli čistý princip inkorporační, obecně se v teorii dnes na daný judikát pohlíží tak, že soud ve skutečnosti potvrdil princip inkorporační jako způsob určování korporátní státní příslušnosti podle obyčejového mezinárodního práva.²⁵¹

Zadruhé byl pak navíc následně princip inkorporační potvrzen MSD v judikátech *ELSI* a *Diallo*,²⁵² takže ať již byl pohled soudců v případě *Barcelona Traction* ve skutečnosti jakýkoliv, MSD doktrinální názory jednoznačně potvrdil. Navíc, oba judikáty, tj. *ELSI*²⁵³ a *Diallo* mohou dále sloužit jako důkazní prostředky o existenci obyčejové praxe států směrem k uznávání čistého principu inkorporačního.

V současné době je nicméně třeba poukázat na to, že princip inkorporační se zdá být překonán a je jen otázkou času, kdy bude nahrazen novým obyčejem. Čím dál tím více se totiž začínají prosazovat možnosti korporátních migrací, tj. přesídlování společností z různých států, přičemž na bázi obyčejového obecného mezinárodního práva tato praxe zatím musí

²⁴⁹ Sornarajah, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. The Hague: Kluwer Law International. 2000, s. 197

²⁵⁰ *Case concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, rozsudek ze dne 5. února 1970, para 70, s. 43

²⁵¹ Jako na příklad takových pohledů odkazuje na: Lilich, R.B. *supra*, s. 534

²⁵² *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), decision on preliminary objections ze dne 24. května 2007, online: <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf> (14.7.2009 16:48:29)

²⁵³ *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)* (USA v. Italy) rozsudek ze dne 20. července 1989. 1989 ICJ Rep, s. 15.

narážet právě na inkorporační princip, ve smyslu určení státní příslušnosti podle místa, kde byla společnost primárně inkorporována.

Nedávno například mezinárodní arbitráž řešila případ ochrany investic společnosti *Aguas del Tunari v. Bolivia*.²⁵⁴ Tato společnost vznikla podle práva Kajmanských ostrovů, přičemž odtamtud byla přesunuta do Lucemburska. V konkrétním případě existoval BIT, takže níže popisovaná hypotetická situace se neřešila podle obecného obyčejového práva, ale na základě partikulárních ustanovení, ale pokud by takové partikulární ustanovení neexistovala, došlo by k následující situaci:

Jak právo Kajmanských ostrovů, tak Lucemburska takový přesun umožňují a pohlížejí na takto přesunutou společnost jako na kontinuálně existující právnickou osobu, která se toliko přesídluje. Nicméně, pokud bychom na tuto situaci aplikovali názor MSD v případě *Barcelona Traction*, pak při akcentu toliko inkorporace jako rozhodného testu, vyjde nám, že po přesunu do Lucemburska bude tato společnost z pohledu mezinárodního práva kajmanským státním příslušníkem, a to přesto, že Kajmanské národní právo, jakož i Lucemburské národní právo ve shodě s tím kajmanským mohou být jiného názoru. V takovém případě může být *fakticky* společnost bezdomovcem (*stateless*), tedy alespoň ve vztahu například k diplomatické ochraně, neboť třetí státy by nemusely uznat státní příslušnost lucemburskou a Kajmanské ostrovy by byly zase vázány svým právním řádem, který bude říkat, že již tato společnost není její státní příslušnicí, tj. nelze vykonávat diplomatickou ochranu. Jinými slovy, existuje zde paradox případu *Nottenbohm naruby*.²⁵⁵

2.2.3. Soudobá definice korporátní státní příslušnosti

Vyjdeme-li z výše uvedeného, tj. že soudobé obyčejové mezinárodní právo používá k určení státní příslušnosti konkrétní právnické osoby (korporátního typu) princip inkorporační, pak je možné pokusit se o definici korporátní státní příslušnosti podle obecného

²⁵⁴ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3.

²⁵⁵ Řešení dané problematiky spočívá v zavedené nové kategorie v rámci inkorporačního principu, nazvatelné re-inkorporace. Podstatou je výklad, že společnost je státním příslušníkem státu, kde byla znovu inkorporována, přičemž tímto termínem (re-inkorporace) by se nemyslelo primární založení a vznik, ani založení nové společnosti, ale toliké (přezapsání) do rejstříku nového státu, i s faktem, že se jedná stejnou právnickou osobu. Jinými slovy, jedná se toliko o otázku výkladu.

(obyčejového) mezinárodního práva. Výše uvedený citát MSD²⁵⁶ se nezdá být dostatečně přesný, respektive může být podle výkladu (toho, zda budeme či nebudeme akcentovat otázku sídla) zavádějící. Jako přesnější se proto zdá následující alternativa:

*“Podle mezinárodního práva, korporace či jiná právnická osoba je státním příslušníkem státu, se souhlasem jehož orgánů a podle jehož právního řádu existuje.”*²⁵⁷

Tato definice splňuje obecný rámec inkorporačního principu (jsoucí ve své podstatě vágnější než ona jedna konkrétní věta v judikátu *Barcelona Traction*), pročež tato definice však nevybočuje z rámce tohoto rozhodnutí MSD.

Na místě je též zmínit definici ILC. Draft Articles on Diplomatic Protection²⁵⁸ definují v čl. 9 státní příslušnost korporace následujícím způsobem:

“For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of Nationality.”

Z této definice je zřejmé, že vedle testu inkorporačního, ILC se snaží do dané definice vtěsnat, a za pravidlo prosadit, princip *the siège social* pro případ tzv “shell” – tj. prázdných společností. Navíc, princip *siège social* je zde doplněn o podmínku kontroly cizími státními příslušníky. Jedná se proto jednoznačně o snahu vytvořit *de lege ferenda* nový obecně uznávaný test státní příslušnosti korporace, který v současné době nemá oporu v obyčejovém právu. Navíc, touto cestou se ILC snaží zavést do mezinárodního práva princip *piercing the corporate veil*. Danou definici ILC je proto třeba odmítnout jako neopodstatněnou, mající převládající obsah *de lege ferenda*.

²⁵⁶ *Supra*, 100

²⁵⁷ Vlastní definice autorova.

²⁵⁸ Nedávno též zmiňována MSD v případě *Diallo* (<http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>), s. 31 (27/10/2007 17:54)

2.3. V čase trvající státní příslušnost

Výše diskutovaná otázka relevantní státní příslušnosti může být relevantní nejen jako otázka s konstantní odpovědí v jednom konkrétním případě, ale i otázka, kterou je v daném konkrétním případě nutno řešit dynamicky, v závislosti na změnách státní příslušnosti té či oné osoby v čase. Jinými slovy, je třeba řešit otázku, co se stane, když mezi událostí rozhodnou pro možnost inicializace diplomatické ochrany toho či vznesení diagonální žaloby proti druhému státu, dojde ke změně státní příslušnosti dotčené osoby (poškozeného investora). Jaký stát v takovém případě má právo vykonávat diplomatické ochrany? V případě diagonálních sporů na základě BIT, jaká BIT mezi kterým státem dle státní příslušnosti a státem, kde k poškození mělo dojít, se má aplikovat?

Autoři²⁵⁹ jsou většinou zajedno v tom, že v mezinárodním právu lze hovořit o principu či institutu *trvající státní příslušnosti*. Jak státní praxe,²⁶⁰ tak novější judikatura (např. *Ambiati*)²⁶¹ indikují, že tomu tak skutečně je. Podle obyčejového mezinárodního práva musí v tomto duchu osoba mít trvajícím státním příslušníkem státu, aby tento stát mohl vykonávat diplomatickou ochranu tohoto jednotlivce. Trvající státní příslušnost lze definovat kumulativním splněním následujících podmínek:

- a) daný jedinec musí být státním příslušníkem tohoto státu v době, kdy dojde k újmě,
- b) daný jedinec musí být státním příslušníkem tohoto státu v době, kdy tento stejný stát iniciuje řízení v rámci diplomatické ochrany tohoto jedince,
- c) vztah svazku státní příslušnosti mezi tímto jedincem a daným státem musí zůstat nepřerušen mezi časovými body ad a) a ad b).²⁶²

²⁵⁹ Leigh, M.N. *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*. In: 76 AJIL. 1982, s. 836; Leigh, G.I.F. *Nationality and Diplomatic Protection*. In: 20 ICLQ 1971, s. 456

²⁶⁰ Příklady: UK (HMG rules regarding nationality /jak citováno v r. 1988 Warbrickem: Warbrick, C. *Protection of Nationals Abroad*. In: 37 ICQL 1988, s. 1006/); USA (Prexe států zdůrazňována Leichem: Leigh, M.N. *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*. In: 76 AJIL 1982, s. 836)

²⁶¹ Leigh, s. 456

²⁶² ILC vyjádřila ve svých Draft Articles on Diplomatic Protection stejný postoj (Art 10 para. 1):

„A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a corporation that was a national of that State, or its predecessor State, continuously from the date of the injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates.“

Jak konstatuje Leigh²⁶³ někteří autoři dokonce tvrdí, že musí být splněna čtvrtá podmínka, jmenovitě, že nestačí, bude-li existovat svazek státní příslušnosti mezi jedincem a státem v době, kdy daný stát iniciuje řízení, ale až do doby, kdy je vyhlášen konečný nález (rozsudek).

Je namístě ptát se, co je smyslem trvání na podmínkách ad b) až ad d). Logicky nelze považovat trvání na těchto podmínkách za teleologicky obhajitelné pouze z pohledu, že musí být vztah mezi státem a jeho příslušníkem. Takový vztah v rozhodné době vzniku škody či jednání ke škodě vedoucího existoval pod podmínkou ad a), jak elaborováno v dalším odstavci. Proto jediné vysvětlení zdá se být strach sdílený většinou států, že bez existence těchto (spíše rigidních a nadbytečných) podmínek, docházelo by k *“protection shopping“*. Na druhou stranu, je do jaké míry je tento strach opodstatněn není zřejmé, neboť jak říká Leigh²⁶⁴, *„je pochybné, že naturalizující stát by se k takovému postupu propůjčil“*.

Důvod, proč se výše diskutované tři podmínky zdají být rigidní a nadbytečné spočívá v samé podstatě diplomatické ochrany. Jak diskutoval MSD *‘[...] by taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights[...]*²⁶⁵ Toto pochází z dob, kdy jednotlivci byli poddanými svrchovaných panovníků, a pro takové panovníky měli přímou ekonomickou hodnotu. Vattel v roce 1798 vysvětlil princip diplomatické ochrany následovně:

*„Injury to an alien was actually an injury to a resource of another State [ergo the State itself]. If this major premise was accepted, the minor premise encounters slightly scrutiny – injury to the State gives the State under color of its own right claimant status sanctioned under international law and thusly an appropriate subject for diplomatic discourse.“*²⁶⁶

Protože tradiční mezinárodní právo vnímá škodu na jednotlivci jako škodu na ekonomické sféře suveréna, jedná se vždy o jednoho konkrétního suveréna v čase vzniku škody. Proto by měla stačit toliko první z výše uvedených podmínek (ad a). Tento autorův

²⁶³ Leigh, s. 456, footnote Nr. 20

²⁶⁴ *Ibid.*, s. 546

²⁶⁵ PCIJ toto sumarizoval v případě *Mavrommatis Palestine Concession case* (PCIJ, Series A, No. 2, 1924): dostupné Online: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf (17.6.2009 2:47:37)

²⁶⁶ Vattel de, E. *The Law of Nations; or the principles of the law of nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*. London: Newbery, 1759.

názor podporuje i některá starší teorie. *Parker*²⁶⁷ například správně dochází k závěru, že vyjdeme-li z de Vattelovy definice diplomatické ochrany a újmě suverénovi²⁶⁸ skrze újmu jednomu jeho poddanému, pak vždy se jedná o jednoho konkrétního suveréna, kterému je v čase způsobena škoda, a fakt, že mu byla tato škoda způsobena není nijak ovlivněn tím, že následně dojde například ke změně státní příslušnosti daného poddaného. Jak říká *Parker* „, a *third nation is not injured through the assignment of the claim to one of its nationals*²⁶⁹ or *through the claimant becoming its national by naturalization.*“²⁷⁰

Tento názor ostatně podporuje i některá starší rozhodčí judikatura.

Tak například ve věci *The Estate of William E. Willet v. Venezuela*²⁷¹ byl vznesen rozhodčí nárok za nezákonnou konfiskaci majetku proti Venezuele za amerického (US) státního příslušníka, který před zahájením řízení zemřel. Nárok za něj vznesla (a rozhodčí řízení zahájila) jeho žena jakožto správce pozůstalosti, kdy jako potenciální dědici připadala

²⁶⁷Srov. *Parker, E. B. Mixed Claims Commission – United States and Germany: Opinion Dealing With Germany's Obligations and the Jurisdiction of the Commission as Determined by the Nationality of Claims and Administrative Decision No. V.* In: 19 ASIL 1925, s. 614; (jedná zveřejnění separátního názoru E. B. Parkera jakožto rozhodce ve věci *Administrative Decision V.*)

²⁶⁸ I když *Parker* zde jakožto Američan své doby hovoří nikoliv o suverénovi ale o národu (*nation*)

²⁶⁹ Zde je nutno pro vysvětlení dané věty poukázat na skutečnost, že státní příslušnost nároku je zde diskutována v kontextu partikulární smlouvy mezi USA a Německem z r. 1921, na jejímž základě se řešilo arbitrážní odškodňování z doby tzv. Velké války (I.SvV). Proto je zde zmínka o soukromoprávním postupování pohledávek, ke kterému také docházelo. Zajímavé na tomto *Parkerově* příspěvku dále zejména je, že indikuje do jaké míry v dané době obecné mezinárodní právo (tj. v tomto kontextu zejména institut diplomatické ochrany) zasahovaly do režimu partikulárního, založeného tzv. Berlínskou smlouvou (*Treaty of Berlin*) z listopadu 1921, když diskutuje zásady státní příslušnosti v čase z obecného mezinárodního práva a jejich aplikaci na tento partikulární režim. Dle dané smlouvy se např. USA mohly domáhat ochrany majetku toho, kdo byl US státním příslušníkem ke dni 2. července 1921 (rozhodné datum) (*Parker, ibid* at 620). *Parker* nicméně nad rámec této dohody diskutuje ve svém názoru, zda je či není možné u osoby, která je k rozhodnému datu státním příslušníkem USA přiznat USA možnost domáhat se za ní diplomatické ochrany vůči Německu za škody, které měla utrpět v době, kdy ale nebyla US státním příslušníkem. *Parkerův* závěr je zde z výše citovaného důvodu, tj. toho, že není možno tvrdit, že by USA jako suverén (resp. jak on říká *nation*) v té době utrpěl škodu.

²⁷⁰ *Parker, Ibid.*

²⁷¹ *The Estate of William E. Willet v. Venezuela Case* (No. 21, United States and Venezuela Claims Commission, dle smlouvy z 5. prosince 1885); Citováno *Parkerem* z *Moore's International Arbitration* sv. III s. 1885 a sv. IV. 3743.

ona a jejich společné děti, všichni Venezuelští státní příslušníci. Venezuela vnesla procesní obranu spočívající v nedostatku pravomoci a příslušnosti, neboť nebyl vznášen nárok americkým státním příslušníkem. Rozhodci nicméně nesouhlasili a věc rozhodli nakonec meritorně ve prospěch pozůstalosti, když komise došla k závěru, že nárok je co do svého původu americký a může být procesně vznesen správcem dědictví, ať už má tento správce jakoukoliv státní příslušnost.²⁷²

V případě *Daniel*²⁷³ francouzsko-venezuelská komise vydala nález ve prospěch venezuelských státních příslušníků, kteří vznášeli nárok za svého zesnulého předka – francouzského státního příslušníka. I zde komise došla k závěru, že má pravomoc a příslušnost rozhodnout a rozhodla o meritu věci s odůvodněním, že nárok je co do svého původu francouzský.

Stejně tak v případě *Alsop*²⁷⁴, kdy vláda USA předložila svůj nárok proti Chile rozhodci anglickému králi Jiřímu V²⁷⁵ potvrdil tento doktrínu původu škody (nároku). Zde se jednalo o ochranu investic společnosti *Alsop&Co.*²⁷⁶

V kontextu rozhodné doby pro vznik škody stojí za zmínění i národní judikatura, konkrétně americký případ *Phelps, Assignee v. McDonald et al.*²⁷⁷ V daném případě vznesl britský státní příslušník pan McDonald proti vládě USA opodstatněný nárok na odškodnění za nezákonné zabavení majetku v roce 1865. V roce 1869 tento Brit vyhlásil bankrot, a jeho nároky se staly součástí konkurzní podstaty a jako takové se staly předmětem postoupení. Soud nakonec v daném sporu rozhodl, že předmětný nárok proti vládě USA byl součástí konkurzní podstaty *ad rem* a vzniklý cizímu státnímu příslušníkovi, a že odškodnění má být plněno postupníku, nikoliv panu McDonaldovi. Soud tedy nevyužil nabízející se možnost zamítnout nárok z důvodu jiné (domácí) státní příslušnosti osoby, která se v konečném

²⁷² Toto rozhodnutí je bezpochyby zajímavé i tím, že řeší ochranu investic i posmrtně, kdy komise umožňuje domáhat se práva nabytého za života poškozeného subjektu *post mortum* a to i v rámci sukcese (resp. na cestě k ní).

²⁷³ Ralston, J. H., Doyle, W.T.S. *Venezuelan Arbitrations of 1903*. Washington, DC: Government Printing Office. 1904. s. 507 Online dostupné na: <http://books.google.com/books?id=2nkCAAAAYAAJ&dq=Venezuelan%20Arbitrations&hl=cs&pg=PA507&output=text> (19.5.2009 18:07:59). Srov. též Parker, s. 615 a jeho citace jiných edic.

²⁷⁴ Text v 5 ASIL 1911, s. 1085; srov. též Parker, supra, s. 615

²⁷⁵ Nález z 5. července 1911

²⁷⁶ Státní příslušnost zde určena dle pravidla kontroly, nikoliv inkorporace.

²⁷⁷ *Phelps, Assignee v. McDonald et al.* (1879), 99 U.S. (9 Otto) 298 – srov. Parker, supra, at 623

důsledku odškodnění domáhala. Soudce Swayne při vyhlášení rozsudku Nejvyššího soudu USA v dané věci konstatoval:

„[...] I most instances the payment of the simplest dept of the sovereign depends wholly upon his will and pleasure. The theory of the rule is that the government is always ready and willing to pay promptly whatever is due to the creditor It is enough that the right exists when the transfer is made, no matter how remote or uncertain the time of payment [...]

If the thing be assigned, the right to collect [...] adheres to it, and travels with it whithersoever the property may go. They are inseparable. Vested right ad rem and in re – possibilities coupled with an interest and claim [...] pass to the assignee. The right to indemnity for unjust capture or destruction of property, whether the wrongdoer be the government or an individual, is clearly within this category.”²⁷⁸

Přes vše výše uvedené, vrátíme-li se na začátek této podkapitoly, z důvodů tam uvedených je nutno prostě konstatovat, že soudobé zvykové mezinárodní právo se rigidně drží doktríny trvající státní příslušnosti a to minimálně v tom smyslu, že od vzniku nároku po jeho (např. rozhodčí uplatnění) nesmí dojít ke změně rozhodné státní příslušnosti, aby mohl nárok uspět. Jinými slovy, z výše diskutovaných čtyř atributů jsou v současné době tři součástí obyčejového mezinárodního práva.²⁷⁹

2.4. Státní příslušnost dalších objektů práva: lodě, letadla, vesmírné objekty

Je-li předmětem diskuze této kapitoly této práce státní příslušnost, je třeba pro tolikou úplnost konstatovat, že mezinárodní právo má v současné době pravidla též pro určení státní příslušnosti některých objektů často se nacházejících v mezinárodních prostorách, a to lodí, letadel a vesmírných objektů.

²⁷⁸ cit. z. Parker, supra, s. 623 fn 23

²⁷⁹ Praxi států je možné najít i v tzv. *Algiers Accords*, tj. *Dohodách z Alžíru*,²⁷⁹ jimiž se zakončila *Teheránská krize rukojmích* během tzv. islámské revoluce a jimiž se USA a Irán dohodly na zásadách řešení o majetky svých státních příslušníků. V daném případě se jedná o unilaterální deklaraci Alžíru, fakticky ale o proklamaci dohody mezi Iránem a USA. Čl. VII odst. 2 deklarace o řešení sporů (Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of The United States of America and the Governmnet of the Islamic Republic of Iran) zakotvuje explicitně podmínku trvající státní příslušnosti.

Určení státní příslušnosti objektů je pro účely ochrany investic v současné době marginální, bylo by nicméně liché domnívat se, že irelevantní.

V režimech BIT nebude mít zásadního uplatnění, neboť zde jsou většinou dostatečně přesně definovaní jak (přímí a nepřímí) investoři, tak to, co je investice.

V režimu obecného mezinárodního práva či případných *ad hoc* tribunálů, jejichž statuty mohou být do té míry nekompletní, že se nevyhnou praktické aplikaci obecného mezinárodního práva,²⁸⁰ či dalších smluvních úprav případně *inter partes* účinných, je však situace jiná. Krátce proto bude v této části práce diskutována i tomuto relevantní materie.

2.4. 1. Státní příslušnost lodí

Státní příslušnost lodí je v soudobém mezinárodním právu upravena zejména plurilaterální Úmluvou OSN o mořském právu (UNCLOS).²⁸¹ Tato úmluva v zásadě kodifikuje do té doby částečně zvykové a částečně nově a živelně vytvářené normy mezinárodního práva.²⁸²

Co se týče státní příslušnosti lodí, tato je upravena v čl. 91 UNCLOS, a to tak, že nechává na národních právních řádech, aby upravily udělování státní příslušnosti plavidel, jejich registrace a pravidla pro používání vlajky. Mezinárodní právo toliko stanovuje, že loď je státním příslušníkem té země, pod jehož vlajkou pluje (jehož vlajku používá – „*whose flag is entitled to fly*“).²⁸³ Mezinárodní právo nicméně upravuje požadavek efektivní státní příslušnosti (*genuine link*), když v čl. 91 odst. 1 věta 3 UNCLOS²⁸⁴ říká, že „*[t]here must*

²⁸⁰ Srov. praxi tzv. venezuelských tribunálů poč. 20 stol. Např. *Parker*, supra.

²⁸¹ Úmluva Organizace spojených národů o mořském právu ze dne 10. prosince 1982, vyhlášená v českém jazyce v ČR pod 240/1996 Sb. Autentické znění online: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (6.7.2009 17:40:22)

²⁸² Např. unilaterální praxi států ve vztahu ke kontinentálnímu šelfu a extenzi jejich nároků. Srov. ku příkladu Trumanovu politiku ve vztahu k přírodním zdrojům: <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1945/450928a.html> (6.7.2009 17:43:39)

²⁸³ Čl 91, odst. 1, věta 2 UNCLOS: „*Ships have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly.*“ České znění dle překladu č. 240/1996 Sb. je: „*Lodi [sic] mají státní příslušnost toho státu, pod jehož vlajkou jsou oprávněny plout...*“

²⁸⁴ v českém znění je věta druhá přiřazena a sloučena s větou druhou, znějící (*supra*) v celku následovně: „*Lodi [sic] mají státní příslušnost toho státu, pod jehož vlajkou jsou oprávněny plout, musí zde však být skutečné pouto mezi státem a lodí.*“

exist a genuine link between the State and the ship.“ Toto znamená, že lodě registrované v daňových rájích či v rájích co do technických norem (Libérie, Panama) by v případě, že by neměly vazbu na svého případného vlastníka z dané země, mohly být dle názoru autora považovány třetími státy za lodě bez státní příslušnosti, analogicky úpravě čl. 92 odst. 2 UNCLOS v kontextu případů, kdy loď mění svévolně vlajku.

Dvojitá státní příslušnost lodí je vyloučena.²⁸⁵

UNCLOS dále upravuje zákaz změny vyvěšené vlajky s výjimkou změny vlastnictví a zápisu v lodním registru,²⁸⁶ výlučnou trestní jurisdikci státu příslušnosti lodě či kapitána v kontextu provozu lodi,²⁸⁷ jakož i zvláštní pravidla a imunity pro vojenské a státní neobchodní lodě.²⁸⁸

2.4.2. Státní příslušnost letadel

Státní příslušnost letadel upravuje tzv. Chicagská úmluva,²⁸⁹ která ji v čl. 17 stanovuje jako závislou na registraci v tom či onom státě. Na rozdíl od lodí však není v případě letadel artikulován požadavek efektivní státní příslušnosti. Dvojitá státní příslušnost letadel je vyloučena.²⁹⁰

2.4.3. Státní příslušnost vesmírných objektů

Vesmírné objekty (lidské výroby) jsou stejně jako lodě a letadla státními příslušníky toho státu, kde jsou registrovány, tj. zaneseny do registru před vypuštěním. Toto pravidlo je kodifikováno Úmluvou (OSN) o registraci objektů vypuštěných do kosmického prostoru.²⁹¹

²⁸⁵ Čl. 92 odst. 1 UNCLOS

²⁸⁶ Srov. čl. 92 UNCLOS a čl. 94 UNCLOS

²⁸⁷ Čl. 97 UNCLOS

²⁸⁸ Čl. 95 a čl. 96 UNCLOS.

²⁸⁹ Convention on International Civil Aviation ze dne 7 prosince 1944. Online: http://www.icao.int/icao/net/dcs/7300_cons.pdf (6.7.2009 18:27:35). V ČR vyhlášena pod č. 147/1947 Sb.

²⁹⁰ Ibid. čl. 18

²⁹¹ Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space ze dne 4 října 1978. Online: <http://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11E.pdf> (6.7.2009 18:50:46). V ČR vyhlášena pod č. 130/1978 Sb.

²⁹² Každý stát vede svůj rejstřík, jehož data dále poskytuje Generálnímu tajemníkovi OSN k vedení kompletního rejstříku.²⁹³

Dvojitá registrace, a tedy dvojitá státní příslušnost je touto konvencí vyloučena, když je stanoveno, že v případě spolupráce dvou a více států na vypuštění takového objektu, pak tyto určí v rejstříku kterého z nich má být objekt veden.²⁹⁴

Pro úplnost budiž na závěr poznamenáno, že registrace (a tedy státní příslušnost) objektu (satelitu) má vliv na odpovědnost za škodu jím případně způsobenou. Tuto odpovědnost nese domovský stát. *Inter partes* je toto partikulárně upraveno Úmluvou o mezinárodní odpovědnosti způsobenou vesmírnými objekty.²⁹⁵

²⁹² Konkrétně čl. II této úmluvy.

²⁹³ Čl. III této úmluvy

²⁹⁴ Čl. II odst. 2 této úmluvy.

²⁹⁵ Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects ze dne 29. března 1972.

Holdingské struktury: Koncern, Holding a Corporate Group

Ústředním tématem této práce je ochrana investic holdingových struktur. Přestože hlavním analyzovaným institutem je *corporate veil*, kterému je věnována samostatná následující kapitola, a na jehož roli se následně zaměříme, budeme tak činit právě v rámci holdingových struktur. Primárně je tedy třeba definovat tuto oblast.

Pro účely této práce je „*holdingová struktura*“ :

„řetězením fyzických či právnických osob jakožto samostatných subjektů práva při zachování vztahů nadřazenosti a podřazenosti určité intenzity“.²⁹⁶ V zásadě lze tento pojem v širším smyslu ztotožnit s termíny koncern, resp. holding.

3.1. Koncernové právo

Tato kapitola si klade za účel diskutovat koncern a koncernové struktury. Kontext této práce je v režimu práva mezinárodního, jehož jedním z pramenů jsou obecné zásady právní uznávané civilizovanými národy. Co se koncernového práva a koncernu týče, musí tedy logicky vyvstat otázka, zda tyto principy jsou obecnými zásadami právními. Odpovědí je, že zatím nikoliv.

V současné době je koncernové právo více-či-méně rozvinuto toliko v Německé spolkové republice a v právních řádech, které jsou jeho právem přímo či nepřímo ovlivněny. Vedle německého zákona o akciové společnosti²⁹⁷ proto najdeme úpravu koncernu v právu rakouském (§ 15 Zákona o akciové společnosti (AktG)²⁹⁸ a § 115 Zákona o společnosti s ručením omezeným (GmbHG)),²⁹⁹ v právu českém,³⁰⁰ v právu brazilském a portugalském. Vedle toho je napřímo v rámci Evropských společností relevantní úprava SE.³⁰¹

²⁹⁶ Definicie autora

²⁹⁷ Aktiengesetz (AktG). BGBl. I S. 1089; § 18

²⁹⁸ Aktiengesetz (AktG) BGBl.Nr. 98/1965

²⁹⁹ GmbH-Gesetz (GmbHG) RGBL.Nr. 58/1906

³⁰⁰ z.č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění, §§ 66a a násl., jakož i §§ 190a až 190d

³⁰¹ Nařízení Rady (ES) č. 2157/2001 o statutu evropské společnosti (SE), čl. 32 a násl.

Oproti tomu, v rámci jurisdikcí *common law* koncernová úprava chybí. Jak konstatuje Hofstetter,³⁰² s odkazem na dílo *Blumbergovo*, například v USA stojí v cestě rozvoji *koncernových práv* v jednotlivých členských státech doktrína *piercing the corporate veil*.

I tam, kde koncernové právo rozvito je, nicméně, jak níže ilustrováno zejména na příkladu českém, není teoretická shoda na přesných konturách jednotlivých institutů této oblasti komercionalistiky. Tato kapitola proto nabízí autorův pohled, kontrastuje jej s pohledy jiných autorů a napříč relevantními právními řády s upraveným koncernovým právem, a klade za účel diskutovat oblast koncernových skupin v teoretické rovině, jako prepeuditický nástroj diskuzi institutu *corporate veil*.

3.2. Koncern v. holding

3.2.1 Koncern

Eliáš definuje koncern jako:

*„seskupení formálně autonomních subjektů, z nichž některé jsou přes svoji zachovalou právní subjektivitu („samostatnost“) vůči jinému či jiným podřízeny tak, že koncern, ač jako celek právní osobnost nemá, vystupuje jako centralizovaná entita vykazující jednotnou organizaci a jednotné vedení. Jeho jednotlivé složky podléhají usměrňování a kontrole jednoho mocenského centra.“*³⁰³

Německý AktG definuje koncern následovně:

*„Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern.“*³⁰⁴³⁰⁵

Černá pak poskytuje následující definici:

³⁰² Hofstetter, K. *Parent Responsibility for Subsidiary Corporations: Evaluating European Trends*. In: 39 ICQL 1990, s. 577

³⁰³ Eliáš, K et. al. *Kurs obchodního práva. Právnícké osoby jako podnikatelé*. 4. vyd. Praha: C.H.Beck, s. 369

³⁰⁴ AktG. § 18

³⁰⁵ V českém překlad: *„Jsou-li ovládající a jeden či více ovládané podniky [ve smyslu hospodářském, práva ES, resp. subjektů práva] spojeny pod jednotné řízení ovládajícího podniku, pak tvoří koncern.“*

Koncern je „[...]takovým typem seskupení, který jednu nebo více právně samostatných osob podrobuje jednotnému řízení jinou osobou[...]“³⁰⁶

Koncern je tedy situací, kdy jeden subjekt, jedna osoba, ovládá rozhodování a jednání alespoň jednoho dalšího subjektu a to skrze kapitálovou účast (která nutně nemusí být majoritní).^{307 308}

Teorie rozlišuje mezi *koncernem faktickým* vznikajícím toliko tak, že kapitálová účast na daném podřízeném subjektu umožňuje jednomu nebo více (ve shodě jednajícím)³⁰⁹ osobám dispozici s většinou hlasovacích práv a mezi *koncernem smluvním*.³¹⁰ V druhém případě se ovládaná osoba zaváže řídit se pokyny osoby ovládané a může se dokonce zavázat jednat v intencích legality tak, že bude prosazovat zájmy skupiny nad bezprostředními zájmy svými.

Struktura koncernu může mít několikastupňový charakter a může mít několik ovládajících subjektů.

Příkladem může být situace, kdy jedna osoba fyzická ovládá dvě osoby právnické s tím, že každá z takových osob právnických pak dále ovládá další, ku příkladu tři, právnické osoby. Pak je taková fyzická osoba osobou ovládající ve vztahu k prvním dvěma, a tyto jsou vůči ní osobami ovládanými, zatímco vůči sobě subjekty „sesterskými“ a vůči subjektům které dále, alespoň dominantně, ovládají (tj. každá další tři dle tohoto příkladu) osobami ovládajícími (a tyto jsou logicky ovládané). Zákonodárce v některých státech definuje pro

³⁰⁶ Černá, S. *Faktický koncern, ovládací smlouva a smlouva o převodu zisku*. 2vyd., Praha: Linde. 2004, s. 28

³⁰⁷ České právo například stanovuje vyvratitelnou domněnku, že osoba, která ovládá alespoň 40 procent hlasovacích práv je osobou ovládající (srov. § 66a odst. 5 zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění) pro účely tohoto argumentu samozřejmě simplifikováno na to, že hlasovací právo je vykonáváno na základě kapitálového podílu, nikoliv derivovaně od subjektu, který kapitálový podíl vlastní.

³⁰⁸ Někdy je dále definován koncern tak, že je klíčové nejen ovládání ale i přímé řízení a finanční plánování (Dědič). V tomto smyslu se pak rozlišuje mezi koncernem v užším slova smyslu (podle definice něhož je nezbytným znakem takového institutu jednak jednotné řízení i jednotné plánování), nebo v širším smyslu (kdy stačí jen jednotné centrální plánování „jedné ze základních oblastí podnikání“): Viz: Dědič, J. et al. *Obchodní zákoník. Komentář*. Díl I. Praha: Polygon 2002, s. 490

³⁰⁹ V ČR srov. např. § 66a odst. 4 zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění.

³¹⁰ Ke smluvnímu koncernu srov: Cink, P. *Koncernové právo – smluvní koncern a jeho právní regulace*. Diplomová práce. Plzeň: Západočeská univerzita v Plzni. 2006

situace, kdy ovládající a ovládané osoby jsou právníckými osobami, termíny „mateřská“ „dceřiná“ společnost.³¹¹

Dalším příkladem dvojstupňovitého, avšak jednoduchého, koncernu bude situace, kdy jedna fyzická osoba ovládá jednu právnickou osobu, která ovládá další právnickou osobu.

Analogicky, i v situaci, kdy by například dvě fyzické osoby ve shodě ovládaly první výše popsanou strukturu společností, hovoříme o koncernu.

3.2.1.1 Koncern a nepodnikatel jako jeho ovládající subjekt

Někteří autoři zastávají názor, že subjekt(y) který(é) koncern v konečném důsledku ovládají, tj. fyzické osoby, nelze řadit do struktury koncernu. Vzato z jiného pohledu, někteří autoři se domnívají, že součástí koncernu může být jen podnikatel, resp. případně jen právnická osoba podnikatel.³¹² V druhém případě by pak taková definice znamenala, že nejen že fyzická osoba (případně fyzická osoba nepodnikatel), ale ani právnická osoba typu nadace, občanské sdružení, případně instituty *common law* jako *trust* nelze řadit do struktury koncernu.³¹³

Jediná relevance této diskuze však spočívá v tom, zda lze diferencovat koncern od holdingu (diskutováno níže nad otázkou, zda koncern může obsahovat nepodnikatele). Jinak lze sice teoreticky disputovat o tom, zda výše popsané alternativy ovládající osoby lze zahrnout do množiny členů toho či onoho holdingu, nic to však nemění na případném statutu takového subjektu jako osoby ovládající. Ostatně ke stejnému závěru došla na základě

³¹¹ V ČR je tomu tak pro přímé i nepřímé ovládnání: § 66a odst. 2. zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění.

³¹² K diskusi těchto názorů srov: Cink, P. *Koncernové právo – smluvní koncern a jeho právní regulace*. Diplomová práce. Plzeň: Západočeská univerzita v Plzni. 2006, s. 14

³¹³ Např. Emmerich a Sonnenschein definují koncernové právo následovně:

„Das Konzernrecht hat es [...] nicht etwa mit Zusammenschlüssen von Kapitalgesellschaften zu tun; es erfaßt vielmehr auch alle Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Personengesellschaften und Einzelunternehmen, etwa als Konzernspitze.“

(Emmerich, V. Sonnenschein, J. *Konzernrecht*. München: CH BECK 1993, s. 3)

Jinými slovy, Emmerich a Sonnenschein implicitně presumují, že součástí koncernu, včetně špičky koncernu v podobě absolutně ovládající společnosti, může být jen podnikatel.

aplikace primárních výkladových pravidel na relevantní ustanovení českého obchodního zákoníku i česká komercionalistická věda.^{314 315}

3.2.1.2 Koncern a začlenění

Vedle výše diskutovaných alternativ koncernu jakožto koncernu faktického a koncernu smluvního lze dále rozlišovat třetí kategorii ovládní podnikatele (a jeho podniku) v rámci „koncernové struktury“ a to takzvané „začlenění“.³¹⁶ Tento institut je v současné době upraven ve Spolkové republice Německo ve vztahu k akciové společnosti, resp. ke struktuře, jejímž členem jsou alespoň dvě akciové společnosti.^{317 318}

Principem začlenění (dle pozitivního práva SRN) je, že ovládá-li jedna akciová společnost další akciovou společnost (buďto stoprocentně, nebo alespoň, za podmínek

³¹⁴ Dědič, J. Kříž, R., Štenglová, I. *Akciové společnosti*, 5. vyd. Praha: C.H. Beck. 1997, s. 159. K předcházející diskuzi srov: Říha, P. *K některým problémům nového koncernového práva*. In: Právní rozhledy 8/2002, s. 375; Pokorná, J. *K některým otázkám úpravy seskupení podnikatelů*. In: Právní rozhledy 2/2004, s. 70

³¹⁵ Dědič, například tvrdí, že součástí koncernu může být jen podnikatel, tj. že řídicí osobou nemůže z definice řídicí osoby být ten, kdo není podnikatelem (např. fyz. osoba nepodnikatel), neboť musí jít o osobu, která vlastní podnik. Dědič proto definuje koncern přes jeho typický znak následovně:

„Základním znakem koncernu je tedy skutečnost, že určitý podnikatel je podroben jednotnému řízení ze strany jiného podnikatele.“

Srov: Dědič, J. et al. *Obchodní zákoník. Komentář*. Díl I. Praha: Polygon 2002, s. 490

³¹⁶ Něm. Eingliederung. Srov. § 319 ff Něm. AktG; do angličtiny je toto překládáno různě, zejména však výrazem *integration concern*; srov. Hofstetter, *supra*, s. 580

³¹⁷ srov. Horn, N. Kötz, Leser, H. G., Weir, T. *German Private and Commercial Law: An Introduction*. Oxford: Clarendon Press. 1982, s. 274

³¹⁸ Psané právo v Německu neupravuje koncern ve vztahu k jiným subjektům než akciové společnosti (úprava je obsažena v AktG). Svého druhu výjimku tvoří úprava HGB, § 128, který říká, že společník OHG (v.o.s.) ručí za její závazky. Toto nicméně nelze považovat za *stricto sensu* materii koncernového práva. Judikatura si proto po dlouhou dobu pomáhala analogií, kdy aplikovala předpisy AktG například i na GmbH (diskutováno v další kapitole). Od roku 2001, od tzv. rozsudku *Bremer Vulkan (BGH, NJW 2001, 3622)* však je, zdá se, této analogii konec a judikatura se vrací do mantinelů intencí zákonodárce, který se rozhodl neupravit zatím koncernové právo v jiných oblastech než u společnosti akciové. (srov. diskuzi na toto téma, Vandekerckhove, K. *Piercing the Corporate Veil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 2007, s. 47

odškodňování minoritních akcionářů, ve výši 95 procent) pak mohou rozhodnutí valných hromad obou společností (a zápisem těchto rozhodnutí do obchodního rejstříku) založit právě situaci začlenění. Při takové situaci pak má ovládající společnost (do níž „je začleněno“) neomezené právo řízení, jakož i neomezené právo dispozice s majetkem ovládané společnosti (té, „jež je začleněna“). Zároveň však ovládací společnost plně ručí za závazky ovládané společnosti.³¹⁹

Horn et al. hovoří v kontextu ručení mateřské ovládající společnosti za závazky její ovládané a začleněné společnosti o zásadním protržení *corporate veil*.³²⁰ S tímto závěrem nicméně, s výhradou tohoto, že institut *corporate veil* a zejména pak *Durchgriffshaftung* je diskutován v následující kapitole, však nelze plně souhlasit, protože německé právo zde odpovědnost ovládající společnosti postavilo na systému akcesorického zajištění ručením, nikoliv na přistoupení k závazkům, či jejich přechodu *ex lege*. AktG pak v § 322 explicitně hovoří o tom, že „*Aus einem gegen die eingegliederte Gesellschaft gerichteten*

³¹⁹ Srov: § 322 něm. AktG:

- „1) Von der Eingliederung an haftet die Hauptgesellschaft für die vor diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft den Gläubigern dieser Gesellschaft als Gesamtschuldner. Die gleiche Haftung trifft sie für alle Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft, die nach der Eingliederung begründet werden. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.
- (2) Wird die Hauptgesellschaft wegen einer Verbindlichkeit der eingegliederten Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann sie Einwendungen, die nicht in ihrer Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der eingegliederten Gesellschaft erhoben werden können.
- (3) Die Hauptgesellschaft kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der eingegliederten Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten. Die gleiche Befugnis hat die Hauptgesellschaft, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der eingegliederten Gesellschaft befriedigen kann.
- (4) Aus einem gegen die eingegliederte Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Hauptgesellschaft nicht statt.“

³²⁰ srov. Horn, N. Kötz, Leser, H. G., Weir, T. *German Private and Commercial Law: An Introduction*. Oxford: Clarendon Press. 1982, s 275: “Here, the legislator has thoroughly ‘pierced the corporate veil’”.

*vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Hauptgesellschaft nicht statt.*³²¹

Toto striktní dodržování odlišných právních subjektivit v takovéto situaci je pak třeba považovat za doktrinálně správný přístup. Institut začlenění respektuje formální jednání existencí dvou nezávislých právnických osob, a to i přesto, že jedna manažersky ovládá tu druhou. Navíc, tato skutečnost je obecně známá *erga omnes*, protože daná skutečnost je předmětem publikace v obchodním rejstříku. Není proto důvodu, proč by mělo právo tento institut po praktické stránce deformovat do jakési *de facto* fúze. Otázka *alter ego* je pak diskutována v další kapitole v kontextu jiných právních řádů.³²²

3.2.2. Holding

Oproti koncernu je možno částečně vymezit holding. Otázka, zda je možno mezi holdingem a koncernem činit rozdíl se vyvíjí a v teorii zatím není jednotná. Například Eliáš hovoří o synonymitě.³²³ Určité rozdíly lze přesto činit, i když v současné době toliko v rovině definiční, nikoliv praktické.

Vydeme-li z výše diskutované otázky, tj. že nepodnikatel není součástí koncernu, přesto však může být a typicky bude ovládající osobou, pak lze rozdíl *de lege ferenda* definovat.

³²¹ Při aplikaci sekundárních výkladových pravidel na toto ust. § 322 ods. 4 AktG je třeba dojít k závěru, že zákonodárce zde podtrhuje skutečnost zachování individuálních právních identit obou dotčených společností a jejich nemožnosti zaměňovat svá *ega*.

³²² Na okraj budiž poznamenáno, že německé právo upravuje vztah začlenění mezi dvěma akciovými společnostmi se sídlem v SRN. Tento institut tedy v zásadě neumožňuje vznik otázky, zda při takto úzkém propojení aktivit obou subjektů, kdy začleněný subjekt *de facto* ztrácí vlastní vůli, lze očekávat, že by judikatura případně dovodila *sui generis* pravidlo pro určení státní příslušnosti. Vzhledem k tomu, že však dnes je možná korporátní migrace, v kontextu SRN pak nejjednodušeji v rámci ES, mohla by přesto taková otázka nastat. Judikatura v tomto smyslu neexistuje, nicméně pokud vyjdeme z principu inkorporačního jakožto určujícího principu státní příslušnosti v rovině obecného mezinárodního práva, pak otázka vůle, resp. schopnosti autonomního projevu vůle není rozhodným atributem. Je proto třeba konstatovat, že při respektování *corporate veil* kolem začleněné společnosti nelze dojít k závěru, že by snad mělo existovat jiné pravidlo pro určení její státní příslušnosti, než obecně platný princip inkorporační.

³²³ Eliáš, *supra*, at 370

Holding může být například situací, kde bude existovat jedna osoba nepodnikatel, která bude ovládat několik právnických osob podnikatelů, které však s sebou nebudou jinak kapitálově propojeny. Tyto osoby budou tedy od sebe izolovány, jediným pojítkem jejich „sesterského postavení“ bude právě ovládající osoba a graficky bychom je znázorňovali jako radiálně od ovládající osoby odvozené samostatné subjekty. Proti tomuto by pak stál koncern, kde by i mezi sebou takové subjekty více či méně měly propojení, a struktura by byla spíše hierarchická.

Další možná diferenciací je, a to nezávisle na předchozí diskutované problematice nepodnikatelů, a kladoucí za těžiště své analýzy skutečnost, že celá skupina subjektů je ovládána či přímo vlastněna jednou konkrétní osobou. Tak lze například nabídnout následující alternativu definičního rozlišení:

Tam kde koncern umožňuje, aby například na jeho špici byly dvě samostatné osoby, které společně ve shodě budou ovládat další subjekty, holding lze proti koncernu definovat tak, že na vrchu je vždy jen jedna konkrétní osoba, která je kapitálově v ovládací pozici dalších subjektů, které vůči sobě jsou sesterské a mohou mít další dceřinné společnosti. Grafická struktura holdingu začíná tedy od jedné ovládající osoby paprskovitě. Nicméně pokud bychom připustili, aby na vrchu holdingu nestála toliko fyzická osoba, ale osoba právnická mající více společníků či akcionářů, pak nejde o nic jiného, než o koncern posunutý o stupeň, a tedy jen konkrétní sekvenci konkrétního koncernu.³²⁴

3.2..3. Poznámka k vymezení holdingové struktury pro účel této práce

V úvodu této kapitoly autor nabídl sumář definice termínu holdingové struktury pro účely této práce. Je třeba poznamenat, že pro soudobé účely nadnárodních investičních struktur jsou často používány nejen korporace, ale nabízejí se i možnosti dalších entity, ať již nadačního charakteru,³²⁵ či *common law* (resp. *equity*) instituty jako *trust*.

Z tohoto důvodu je snaha o exaktní definici holdingové struktury spíše na obtíž účelu této práce, o to více pak v situaci, kdy i v jednom právním řádu (příklad výše Česká

³²⁴ K dalším názorům srov. německou verzi Wikipedia: <http://de.wikipedia.org/wiki/Holding> (21.4.2009 20:27:38)

³²⁵ Viz panamská nadace: Srov např: http://en.wikipedia.org/wiki/Panama_Private_Interest_Foundation (26.4.2009 14:48:46); <http://www.aroninvest.cz/?id=foundation> (26.4.2009 14:47:48); či <https://www.lpoffshore.com/eng/pif.html> (26.4.2009 14:52:01)

republika) není jednoty na tom, co vše lze zahrnout do definice například koncernu, a když v teorii nepanuje shoda nad tím, jaký je terminologický rozdíl mezi holdingem a koncernem, je-li.

Institut corporate veil, národní právní řády a mezinárodní právo

4.1. Institut *corporate veil* jakožto základ právní identity a samostatnosti novověké korporace

Soudobé vnímání subjektů národních právních řádů většinou rozlišuje mezi osobami fyzickými (*člověk*), a osobami právníckými (ať již jakožto sdružení osob (*korporace*) či majetku (zejména *nadace*).³²⁶ Pro korporace, tedy zejména obchodní společnosti, které jsou středem pozornosti analýzy této práce, je pak charakteristická definice jejich právní subjektivity³²⁷ a nezávislosti na osobách fyzických, nazývaná *corporate veil*. Tento institut je výsledkem vývoje práva postmoderní doby a je původně výstupem interpretace právních předpisů mocí soudní tak, aby se samostatná existence právnícké osoby, jakožto subjektu práva (tedy fikce) ujala v aplikační praxi.³²⁸

Přesto, že ne všechny právní řády mají přesnou definici institutu *corporate veil*, nebo spíše právě proto, jak ve státech *common law*, tak ve státech s kontinentální právní kulturou založenou na recepci římského práva převládá v zásadě jednota v akceptaci anglické doktríny

³²⁶ V rámci *Equity* se dále rozvinul institut trustu, který lze často do jisté míry srovnat s nadací, nicméně nelze jej *stricto sensu* považovat za entitu, která by měla vlastní právní subjektivitu.

³²⁷ Úprava právní subjektivity je nadto výlučnou záležitostí národních právních řádů (či jejich federálních právních řádů, např. státního práva jednotlivých států v rámci USA). Mezinárodní právo sice uznává úpravu právníckých osob, nicméně nechává výhradně pravidla na národních právních řádech a nemá vlastní soubor norem pro určení toho, jaká entita a za jakých podmínek je právníckou osobou. Srov: Judikát *Yukos Renta 4 S.V.S.A., AHORRO CORPORACIÓN EMERGENTES F.I., AHORRO CORPORACIÓN EUROFONDO F.I., ROVIME AINVERSIONES SICA V.S.A., QUASAR DE VALORES SICA V.S.A., ORDOR DE VALORES SICA V.S.A. GBI 9000 SICA V. S.A. v. The Russian Federation*. Sp.zn. V (024/2007). Award on preliminary objections ze dne 20. března 2009, při Stockholském centru SCC: s. 54, odst. 128:

“*International law does not contain a definition of “legal personality” capable of being applied to constructs of national law. One must look to [national (zde:Spanish)] law.*”

³²⁸ Zajímavé je, že některé právní řády implicitně s touto doktrínou pracují, aniž by ji zásadním způsobem pozitivně artikulovaly (viz. Český obchodní zákoník č. 513/1991 Sb., v platném znění). Stejně tak, některé právní řády nemají rozumně artikulovanou teorii právní samostatnosti všech právníckých osob, přesto však implicitně pracují s jakousi analogií institutu *corporate veil* i na subjekty, které přesto, že jsou korporacemi, nejsou obchodními společnostmi. Příkladem je Česká republika a zákon o sdružování občanů č. 83/1990 Sb.

*corporate veil*³²⁹ založené rozhodnutím Sněmovny Lordů v případě *Salomon v. Salomon & Co.*³³⁰. V tomto milníku soudobého práva společností bylo nalezeno, jak následuje:

*'The company is at law a different person altogether from the [shareholders] [...:] and, though it may be that after incorporation the business is precisely the same as it was before, and the same persons are managers, and the same hands received the profits, the company is not in law the agent of the [shareholders] or trustee for them. Nor are the [shareholders], as members, liable in any shape or form, except to the extent and in the manner provided for by the Act.'*³³¹

Jinými slovy sumarizováno, obchodní společnost je samostatnou osobou mající rozdílnou identitu od svých společníků i statutárních orgánů. Jako taková je tato společnost samostatně schopna činit právní úkony, ze závazků plnit a plnění ze závazků vyžadovat, mít vlastní majetek a je oprávněna požadovat od třetích osob respektování této své nezávislosti. Přesto že fikcí, jedná se o subjekt, který je nezávislý a od svých společníků (vlastníků) oddělený pomyslným korporátním závojem (*corporate veil*) chránícím její individuální subjektivitu jakož i subjektivitu a odlišnost společníků takové entity.³³²

4.2 Piercing the corporate veil - od samostatnosti zpět

Jak výše sumarizováno, anglická judikatura ovlivnila většinu soudobých právních řádů v tom smyslu, že zavedla standard respektování právní nezávislosti obchodních společností

³²⁹ Např. česká právní věda nemá vlastní termín.

³³⁰ *Salomon v. Salomon & Co.* (1896), [1897] A.C. 22 (H.L.)

³³¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Salomon_v_Salomon (29/10/2007 17:54)

³³² V USA například hovoří teorie o tzv. teorii entit (*Entity Law Doctrine*), tedy o termínu popisujícím takovou situaci jak volně definována nad čarou. Z judikatury je v tomto kontextu nejvýznamnějším judikátem případ Nejvyššího soudu USA ve věci *Cannon (Cannon Manufacturing Co. V. Cudahy Packing Co., 267 US 333 (1925))*. Srov: Solomon, E.D. et al. *Corporations, Law and Policy. Materials and Problems*. 3rd ed. St Paul: West Publishing Co. 1994, s. 328; Lasák, J. *Soumrak formální samostatnosti osob tvořících podnikatelská seskupení v otázce jurisdikční*. In: *Právní rozhledy*. 18/2008, s. 604; či Ballantine, H.W. *Ballantine on Corporations*. Chicago: Callaghan and Company. 1946, s. 287

jakožto subjektů práva, které mají vlastní práva, povinnosti a závazky odlišné od těch, svých společníků.³³³

Následná praxe nicméně shledala nutnou tuto maximu limitovat do té míry, že judikatura (a v poslední době i zákonodárství) právních řádů většiny významných ekonomik elaborovaly podmínky (většinou spojené s *mala fide*), za kterých nerespektují právní samostatnost takovéto korporace a zejména závazky takové entity přičítá k tíži těch, kteří takovou společnost ovládají či za ní jednájí.³³⁴ V tomto kontextu hovoříme o tzv. *piercing the corporate veil*, neboli o protržení korporátního závoje kolem dané společnosti. Vhodnou definici tohoto institutu nabídl *Hancock J* v případě *Morris v. New York State Department of Taxation and Finance et al.*:³³⁵

„*The doctrine of piercing the corporate veil is typically employed by a third party [...] seeking to go behind the corporate existence in order to circumvent the limited liability of the owners and to hold them liable for some underlying corporate obligation*”³³⁶

Vydeme-li z argumentální premisy, že jak institut *corporate veil* tak *piercing the corporate veil* by mohly být obecnými zásadami právními uznávanými civilizovanými národy, neboť národní právní řády často s těmito doktrínami pracují, lze připustit, že tyto instituty se staly do jisté míry (a právě v rozsahu v jakém lze hovořit o těchto institutech jako o obecných zásadách právních) součástí mezinárodního práva.

Ke zkoumání nicméně je, právě v jakém rozsahu se jedná o obecné zásady právní. V tomto smyslu je pak třeba diskutovat podobu doktríny *corporate veil*, resp. právě výjimky z ní v podobě *piercing* v nejvýznamnějších právních řádech, a sledovat množinu překryvů těchto doktrín z daných řádů. Jen tak lze hovořit o obecné zásadě právní. Dále pak, v ideálním

³³³ Leebron například v roce 1991 konstatuje: „*No principle seems more established in capitalist law or more essential to the functioning of the modern corporate economy.*” (Leebron, D.W. *Limited Liability Tort Victims, and Creditors*. In: 91 *Columbia Law Review* 1991, s. 1566

³³⁴ Zde je třeba obchodněprávní poznámky spočívající v tom, že český právní řád je svého druhu výjimečný v tom smyslu, kdy jednání statutárního orgánu společnosti je ipso facto jednáním společnosti. Stejně tak, jak tomu bylo za I. ČS republiky na našem území, v zahraničí (SNR, Anglie a Wales jako příklady) je běžné že statutární orgán jedná za společnost (zastoupení).

³³⁵ *Joseph Morris v. New York State Department of Taxation and Finance et al.*, 82 N.Y.2d 135, 623 N.E.2d 1157, 603 N.Y.S.2d 807 (1993)

³³⁶ *Ibid.*; online at http://www.law.cornell.edu/nyctap/I93_0201.htm (6/2/2009 9:59:40 PM)

případě by právě tento překryv měl konstituovat přípustné pravidlo mezinárodního práva ve smyslu obecné zásady právní uznávané civilizovanými národy, jako jednoho z formálních pramenů mezinárodního práva.³³⁷ Nicméně otázkou je, do jaké míry takto destilovaný překryv je ve skutečnosti aplikován a do jaké míry je případná praxe v rovině mezinárodního práva odlišná.

4.3. *Corporate veil* a její *piercing* v některých národních právních řádech

4.3.1. USA (průřez v rámci desítek právních řádů a federace)

Institut *corporate veil* se vyvinul, jak výše diskutováno, v rámci angloamerické právní kultury, jmenovitě v Anglii. I institut *piercing the corporate veil* se vyvinul v angloamerické právní kultuře, v tomto případě nicméně v USA.

Hovoříme-li v této kapitole o USA pak tak však činíme logicky s velkým zjednodušením vyplývajícím ze skutečnosti, že spojené státy jsou federací tolika právních řádů, kolik je členských států a federálního / federálně-ústavního/ rámce nad těmito právními řády. Proto budiž toto zjednodušení bráno na zřetel. Na druhou stranu provázanost právní kultury v rámci USA je do té míry silná, že dochází k časté *cross-fertilization* mezi jednotlivými právními řády členských států, takže doktríny vyvinuté v jednom státě jsou často adoptovány, či parafrázovány soudy jiných členských států.³³⁸

Z výše uvedeného vyplývá, že nemůžeme hovořit o žádném jednotném právu v oblasti *piercing the corporate veil* v USA. *Vandeckerckhove*³³⁹ například konstatuje:

*„There is no uniform law on piercing of the corporate veil. Among the different states the law differs substantially and may sometimes provide contradictory standards under the general rubric of the alter ego doctrine. [...] case law is disparate and it is almost impossible to decipher a general trend.“*³⁴⁰

³³⁷ V tomto smyslu má statu MSD (jakož i status PCIJ před ním) faktický vliv na vnímání formálních pramenů a rozsahu norem mezinárodního práva

³³⁸ Např. Doktrína *alter ego* se vyvinula v Kalifornii ale jak říká Vandekerckhove (*supra*, s. 83), je dnes aplikována ve všech členských státech USA.

³³⁹ *Ibid.*, s. 78

³⁴⁰ *Ibid.*

Blumberg pak hovoří o tom, že tato oblast práva společností je „[...] *one of the most unsatisfactory areas of the law, with hundreds of irreconcilable decisions and shifting rationales.*“³⁴¹

Za nejmýšlivojší lze asi považovat preliminární závěr, že neexistuje jednotná doktrína *piercing the corporate veil*, existuje nicméně převládající představa o tom, kdy má k *piercing the corporate veil* dojít, přičemž této jakési obrazné maximy se soudy členských států (a případně soudy federální) více či méně drží. V rámci této teleologické maximy se postupně zároveň začínají krystalizovat více či méně spolehlivé dílčí doktríny (či důvody pro) *piercing the corporate veil* a jejich pravidla.

4.3.1.1. *Piercing the veil v USA – „fraud or injustice“ jakožto obecná kvalifikační podmínka*

Přes vše výše uvedené lze nicméně vysledovat zásadní podmínky aplikace *piercing the corporate veil* jakož i základní rámec doktrín, které jsou soudy členských států USA aplikovány.

Jako primární podmínku, vyplývající ze skutečnosti, že *piercing the corporate veil* je ze své podstaty nástrojem *equity*,³⁴² je, že musí být přítomný prvek *nespravedlnosti* či *podvodu*, aby se soud ke kroku protržení korporátního závoje odhodlal. *New York Court of Appeals* toto sumarizoval následovně:

“*Broadly speaking, the courts will disregard the corporate form, or, to use accepted terminology, 'pierce the corporate veil', whenever necessary to 'prevent fraud or to achieve equity'*”³⁴³

Jinými slovy, jednání mateřské společnosti či ovládajícího subjektu (jakož i kroky dané dcery) musí být v širších intencích *mala fides*.³⁴⁴ Jistý aplikační problém této podmínky

³⁴¹ Blumberg, P.I. *Accountability of multinational corporations: the barriers presented by concepts of the corporate juridical entity*. In: 24 *Hastings International and Comparative Law Review*. 2001, s. 307

³⁴² K diskusi nad rolí *piercing the corporate veil* v rámci *equity* a (tehdy) *court of law srov. Wormser, I.M. Piercing the Veil of Corporate Entity*. In: 12 *Columbia Law Review* 1912, s. 496

³⁴³ *Walkovsky v. Carlton* (18 NY 414); *International Aircraft Trading Co. v Manufacturers Trust Co.*, 297 NY 285, 292; *Joseph Morris v. New York State Department of Taxation and Finance et al.*, 82 N.Y.2d 135, 623 N.E.2d 1157, 603 N.Y.S.2d 807 (1993)

³⁴⁴ Adkins například odkazuje na sumář toho, jak tuto podmínku vnímá právo státu Oklahoma, cituje přitom judikát *King v. Modern Music Co.*, 33 P.3d 947, 953 (Okla. Civ. App. 2001):

je, že judikatura se zatím nevypořádala s tím, zda toto je jen toliká kvalifikační podmínka pro jednotlivé doktríny *piercingu* samého, nebo je jednou z těchto doktrín.

Zatímco tedy při aplikaci primárních interpretačních pravidel například na *ratio decidendi* případu *Joseph Morris v. New York State Department of Taxation and Finance et al.*³⁴⁵ dojdeme spíše k závěru, že *fraud* je jednou z kategorií (dílčích) doktrín pro *piercing*,³⁴⁶ následná judikatura v té samé jurisdikci³⁴⁷ jednoznačně indikuje *fraud* jako základní kvalifikační podmínku předcházející faktickým důvodům *piercingu* jako takového.³⁴⁸

„Oklahoma permits the court to disregard the corporate entity if used: (1) to defeat public convenience; (2) justify wrong; (3) to perpetrate fraud whether actual or implied; or (4) to defend crime. If the legal entity is used to accomplish these purposes, the law may treat the corporation as an association of persons. The goal in piercing the corporate veil is to impute liability for the acts of the corporation to the responsible persons.”

(srov. Adkins, C.C. *Unraveling the Veil: The Concepts of Limited Liability and Disregard of Corporate Entity*. Oklahoma City: Oklahoma City University. 2006, s. 33 fn. 27.

Online at: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=4541&context=expresso> (3.6.2009 15:49:50)

³⁴⁵ 82 N.Y.2d 135, 623 N.E.2d 1157, 603 N.Y.S.2d 807 (1993) (New York Court of Appeals)

³⁴⁶ Ranná judikatura se například také spíše klonila k *fraud* jakožto samostatnému důvodu. srov např: *Hibernia Insurance Company v. St. Luis & New Orleans Trans. Co.* (1882) 13 Fed. 516

³⁴⁷ Konkrétně stát New York

³⁴⁸ Srov.: *Supreme Court of the State of New York* ve věci *Hedley C. Williams and International Growth Resources Limited v. American Softworks Corporation, American Softworks International Corporation, William S. Kosovitch and Steven Grossman /Williams v. Grossman/*.

Online: <http://www.nycourts.gov/comdiv/Law%20Report%20Files/July%201999/williams2.htm> (2.6.2009 22:45:59):

„ [...]It is also well settled that corporations are legal entities distinct from their managers and shareholders and have an independent legal existence. Ordinarily, their separate personalities cannot be disregarded. However, "in a broad sense, the courts do have the authority to look beyond the corporate form where necessary to 'prevent fraud or to achieve equity'". See, Port Chester Electrical Construction Corp. v. Atlas, 40 N.Y.2d 652, 656 (1976) (citation omitted).

More specifically, where a shareholder uses a corporation for the transaction of the shareholder's personal business, as distinct from the corporate business, the courts have held the shareholder liable for acts of the corporation in accordance with the general principles of agency. The determinative factor is whether "the corporation is a 'dummy' for its individual shareholders, who are in reality carrying on the business in their personal capacities for purely personal rather than corporate ends." [...]"

I samotná skutečnost, že se původem jedná o nástroj *equity* pak logicky určuje, že by se mělo jednat toliko o kvalifikační podmínku.

Odpověď na toto teoretické dilema nicméně leží někde na půl cesty. Tato odpověď spočívá v tom, že lze souhlasit se závěrem, že se jedná o toliko kvalifikační podmínku, nicméně podmínku k blíže neurčitému počtu důvodů (doktrín) pro piercing. Těmito důvody pak mohou být od záležitostí práva smluvního³⁴⁹, *tort*, až po oblast práva daňového, zejména vyhýbání se daním či jejich krácení. Jinak pojato, *fraud* jako možná samostatná kategorie může být přijata v tom smyslu, že můžeme hovořit o zbytkové sběrné kategorii *fraud* tam, kde skutkové okolnosti různých případů neumožňují zařazení těchto různých případů pod zažité a lépe ustálené kategorie.

4.3.1.2. Kategorie – zvláštní důvody- pro piercing the corporate veil

Pro kategorizaci doktrín *piercing the corporate veil* v USA je v současné době problémem, že nelze jednoznačně charakterizovat všechny soudy aplikované důvody pro piercing. Důvodem je, že soudy různých členských států nazývají stejné doktríny různě, nebo různé doktríny stejně (tj. že v takovém případě pod analogické názvy podřazují jiné okolnosti). Výstižně to komentuje *Gee J* v případě *Lubrizol Corp. v. Cardinal Construction Co et.*:

*“The law relating to disregard of the corporate entity, or piercing the corporate veil, is not uniform throughout the United States. There are many different terms ascribed to a cause of action seeking to hold one corporation liable for the actions of another corporation. Common theories use terms and phrases such as "alter ego", "agency", "mere instrumentality", "sham corporation", and "identity".*³⁵⁰

Přesto stojí za to, s jistou dávkou flexibility a generalizace v terminologii, diskutovat základní doktríny, kterých se soudy dovolávají:

³⁴⁹ Srov. např: *Jerome J* v případě: *Berger v. COLUMBIA BROADCASTING SYSTEMS, INC.* (1972) 453 F.2d 991

³⁵⁰ *Lubrizol Corp. v. Cardinal Construction Co et. Al.* 868 F.2d 767 (1989)

Online: <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/868/868.F2d.767.88-2204.html> (4.6.2009 11:12:57)

4.3.1.3.1. Doktrína nástroje (*the instrumentality doctrine*)

Tato doktrína postihuje situace, kde dceřiná společnost je, jak název napovídá, tolikým nástrojem jednání matky v *mala fides*, tj. nástrojem, používaným k tomu, aby matka byla případně nepostižitelná.³⁵¹

První podmínkou je výše diskutovaná *mala fides*,³⁵² a to subjektu, který chce zneužít korporátního závoje subjektu, o jehož protržení korporátního závoje se v daném případě usiluje. Tato podmínka byla diskutována v předchozí části.

Druhou podmínkou je pak excesivní kontrola subjektu, jehož corporate veil je předmětem zkoumání, zda má být protržen právě subjektem, vůči němuž má toto protržení směřovat.³⁵³ Subjekt, který tedy má být protržením korporátního závoje konkrétní společnosti dotčen, musí být způsobilý ovládat vůli a její projevy dané korporace na hranici toho, že tato vůle není autonomní a svobodnou vůlí dané korporace. Někdy je k této podmínce přiřazována ještě kvalifikace spočívající v tom, že taková společnost - nástroj nemá jiného důvodu pro svoji existenci, než aby vykonávala právě obchody osoby ovládající.³⁵⁴

Vandekerckhove poukazuje na to, že někteří autoři pak k těmto dvěma podmínkám přiřazují ještě podmínku kauzálního nexu mezi jednáním subjektu, k jehož „pohnání k zodpovědnosti“ to či ono protržení korporátního závoje směřuje a újmou, která jeho jednáním vznikla právě žalobci v daném případě. Toto je velmi validní poznámka, i když ne úplně přesná. Nelze totiž vždy přímo *stricto sensu* hovořit o škodě například tam, kde je předmětem řízení otázka daňová. Nicméně téměř vždy jde o otázku plnění či zdržení se

³⁵¹ Srov. např. judikát: *Joseph R. Foard Co. v. Maryland ex rel. Goralski*, 219 Fed. 827. V literatuře pak zejména: (nepodepsáno). *Liability of a Corporation for Acts of A Subsidiary or Affiliate*. In: Harvard Law Review 71 (1958), s. 1125;

³⁵² Jednání *mala fides* matky se pak dle judikatury některých států nemusí vztahovat jen na konkrétní kroky v kontextu jednání dcery v čase a místě, ale i na skutečnosti tomuto předcházející, tato jednání zakládající, včetně založení takovéto dcery. Tak kupříkladu ve věci *Parker v. Bell Asbestos Mines Ltd.* (607 F. Supp. 1397) bylo i založení dceřiné společnosti zabývající se těžbou asbestu za účelem poskytnutí ochrany její matce před případnými nároky dotčených poškozených zaměstnanců z této těžby shledáno jako splňující tento test.

³⁵³ Srov. *Vandekerckhove*, supra., s. 81. *Vandekerckhove* poukazuje na to, že někteří autoři pak k těmto dvěma podmínkám přiřazují ještě podmínku kauzálního nexu mezi jednáním subjektu, k jehož „pohnání k zodpovědnosti“ to či ono protržení korporátního závoje směřuje a újmou, která jeho jednáním vznikla právě žalobci v daném případě.

³⁵⁴ Srov. judikát *Zaist v. Olson*, 227 A.2d. 552, 573 (Conn. 1967)

jakožto předmětu řízení, proč s touto upřesňovací reformulací je poznámka ve smyslu, že musí být přítomný konkrétní negativní následek jednání subjektu, který má být *piercingem* zasažen, možno přijmout.³⁵⁵

Od relativně rozvíjené doktríny nástroje budiž dále diferenciována zatím nepřilíš rozvinutá newyorská doktrína „*sham or shell corporation*“. Podstatou odlišení je, že podle druhé zmiňované doktríny se soud někdy uchyluje k protržení korporátního závoje v případě, kdy je nedovoleným způsobem ovládána dceřiná společnost ovládajícím subjektem, aniž by však nutně existovala podmínka *fraud* či jiného jinak nemorálního jednání.³⁵⁶

4.3.1.3.2. Doktrína *alter ego*

Doktrína *alter ego* je výše uvedené doktríně nástroje velmi podobná. Důraz při její kvalifikaci je kladen na to, že dceřiná společnost fakticky provádí ekonomické aktivity matky a je ovládána stejnými statutárními orgány. Podstatou definice tedy je, že se jedná jen o jinou faktickou podobu matky. Někteří autoři proto pochybují o proveditelnosti diferenciaci mezi doktrínou nástroje a *alter ego*, hovoříce o tom, že se jedná jen o jiné definiční rozsahy toho samého, pocházejícími z různých amerických jurisdikcí. Tento názor zejména zastává *Adkins*.³⁵⁷

S těmito závěry lze v principu souhlasit. Nicméně, protože tato doktrína je pro svůj název nejznámější, stojí za to zrekapitulovat její klasické podmínky tak, jak je stanovil Nevyšší soud státu Kalifornie (původce) v případě *Minifie v. Rowley*:³⁵⁸

„[...]Before the Acts and obligations of a corporation can be legally recognized as those of a particular person, and vice versa, the following combination of circumstances must be made to appear: First, that the corporation in not only influenced and governed by that person, but that there is such unity of interest and

³⁵⁵ Takový trojstupňový test potvrdil i US *Court of Appeal*, 5d v případě: *Lubrizol Corp. v. Cardinal Construction Co et. Al.* 868 F.2d 767 (1989) s odvoláním na *Johnson v. Warnaco, Inc.*, 426 F.Supp. 44, 48 (S.D.Miss.1976). Též online na: <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/868/868.F2d.767.88-2204.html> (4.6.2009 11:12:57)

³⁵⁶ Srov. Blumberg, P.I. *Law of Corporate Groups: Substantive Law*. New York: Wolters Kluwer. 2000, s. 36

³⁵⁷ *Adkins*, *supra*. S. 46, fn. 193

³⁵⁸ *Minifie v. Rowley*, 187 Cal. 481(1921)

ownership that the individuality, or separateness, of the said person and corporation has ceased [...]”³⁵⁹ (podtržení přidáno)

Podtržená část textu je pro daný judikát zásadní, neboť určuje přiměřenost testu *alter ego*. Soud považuje logicky za normální, že osoba ovládající skutečně ovládá a zasahuje do jednání osoby ovládané, přičemž doktrína *alter ego* vstupuje do hry jen tam, kde vzhledem k okolnostem je faktická nezávislost osoby ovládané právě okolnostmi naprosto popřena.

4.3.1.3.3. Doktrína *identity*

Někteří autoři, jmenovitě Vandekerckhove,³⁶⁰ mají tendenci dále od výše uvedených doktrín diferencovat doktrínu *identity*. Tam, kde jiní například citují případ *Zaist v. Olson*³⁶¹ jako základ doktríny nástroje, staví tak jiní na tomto judikátu doktrínu *identity*. Podíváme-li se na obsah tohoto judikátu zjistíme nicméně, že jako samostatnou doktrínu jej lze považovat jen stěží a nejbližší tedy má ke kombinaci doktrín *alter ego* a nástroje:

*„If plaintiff can show that there was such a unity of interest and ownership that the independence of the corporation had in effect ceased or had never begun, an adherence to the fiction of separate identity would serve only to defat justice and equity by permitting the economic entity to escape liability arising out of an operation of one corporation for the benefit of the whole enterprise.“*³⁶²

4.3.1.3.3. Doktrína podfinancování

V poslední době pomalu krystalizuje nová doktrína tzv. podfinancování, tzv. *inadequate capitalization*. Presser sumarizuje základní myšlenku této teorie následovně:

³⁵⁹ A text pak pokračuje, vyvolává *fraud* jako kvalifikační podmínku: „*second, that the facts are such that an adherence to the fiction of the separate existence of the corporation would, under thje particular circumstances, sanction a fraud or promote injustice.*” (druhá podmínka); analogicky *Automotriz del Golfo de Cal. S.A. v. Resnick*, 47 Cal. 2d 792, 796, 306 P. 2d I, 3 (1957): “[...]if acts are treated as those of the corporation alone, an inequitable result will follow.”

³⁶⁰ Vandekerckhove, *supra*, s. 83

³⁶¹ *Zaist v. Olson*, 227 A.2d. 552, 573 (Conn. 1967), *supra*. Srov. Adkins, *supra*, s. 46 fn 195

³⁶² *Zaist v. Olson*, *supra*. Citace převzata z: Vandekerckhove, *supra*, s. 83

„[...] if the shareholder or shareholders deliberately incorporate with initial capital they know to be inadequate to meet the expected liabilities of the business they intend to be doing, they are engaging in an abuse of the corporate form, and ought to be individually liable when those liabilities occur.”³⁶³

Otázkou, která je zatím stále diskutována je, zda by tato doktrína měla jako svoji kvalifikační podmínku mít *fraud*, nebo zda se jedná o samostatnou kategorii, které se lze dovolávat vždy, když je v obraze založení společnosti s nedostatkem kapitálu.^{364 365}

*Adkins*³⁶⁶ správně konstatuje, že převládající judikatura³⁶⁷ považuje kvalifikační podmínku *fraud* za přítomnou v době založení za nutnou, přičemž zatím jen (co do meritů věci abnormální) případ *Minton v. Cavaney*³⁶⁸ naznačoval opak. *Adkins* pak zejména

³⁶³ Presser, S.B. *Piercing the Corporate Veil*. Eagan: Thomson West. 2004, s. 1-51 (binder)

³⁶⁴ Pokud by druhá z alternativ vyvstala jako platná, tj. že se lze dovolávat vždy, mělo by toto nadto platit i na situace, kdy společnost byla založena s dostatkem kapitálu v době a čase, ale následně byl její kapitál pro nové aktivity nedostačující? Tato myšlenková dráha se zdá být cestou *ad absurdum* protože by to ve své podstatě negovalo základní hospodářské důvody pro existenci principu *corporate veil*, tj. oddělení kapitálových rizik jednotlivých subjektů za předpokladu, že podnikání je spojeno s investičním rizikem a možností neúspěchu.

³⁶⁵ K prvnímu náznaku diskuze na téma co se stane, pokud za běhu společnosti dojde k situaci, že je třeba kapitálové injekce a jak se toto může změnit ve smyslu změny předmětu podnikání a kapitálové přiměřenosti vůči době vzniku společnosti srov. judikát: *Arnold v. Phillips*. 117 F.2d 497 (5th Cir.) U.S. 583 (1941)

³⁶⁶ *Adkins*, *supra*, s. 10

³⁶⁷ Příklady uváděné *Ibid.*: *Walovsky v. Carlton* 18 NY 2.d 414 (1966):

V konkrétním případě byl žalobce zraněn při nárazu do taxivozu společností Seon Cab Corporation (Seon). Tato společnost byla vlastněna žalovaným, který stejným způsobem vlastnil deset dalších taxi společností, každá, z nichž (včetně Seon) vždy vlastnila jen dva vozy. Každé vozidlo pak bylo vždy pojištěno jen na minimální zákonem stanovenou výši. Žalobce stavěl svoji pozici na tom, že všechny společnosti fungovaly fakticky jako jeden „podnik“ (*entity*) ve smyslu financování, dodávek, oprav, zaměstnanců, atp. ... soud toto uznal, nicméně konstatoval, že právě podstatou *limited liability* je ochránit vlastníka před riziky podnikání a žalobu zamítl.

Atkins dále zmiňuje výše diskutovaný judikát *Fletcher v. Atex, Inc.*

³⁶⁸ *Minton v. Cavaney*, 364 P.2d 473, 475 (Cal. 1961); v daném případě šlo o žalobu rodičů holčičky, která utonula v bazénu vlastněné společností Seminole Hot Springs Corporation (Seminole). V řízení proti Seminole rodiče uspěli, nicméně rozsudek ukládající žalované satisfakci nebyl pro nedostatek majetku žalované vymožitelný. Žalobci se proto pokoušeli soudně prorznout *corporate veil* kolem této společnosti směrem k panu Cavaney, řediteli a zároveň vlastníku většiny akcií Seminole. U kalifornského nejvyššího

poukazuje na to, že absence podmínky *fraud* by šla proti tendencím moderního (zatím alespoň)³⁶⁹ amerického práva, které spočívá v tom, že novější legislativa, na rozdíl od postarších předpisů, nepožaduje po právnických osobách, zejména *LLC*,³⁷⁰ aby tvořily žádný minimální základní kapitál. Připouští nicméně, že tam, kde žádný základní kapitál není tvořen, mají soudy spíše tendenci protrhnout *corporate veil*.³⁷¹

Z pohledu korporátních struktur v tomto směru zejména zajímavý judikát *Fletcher v. Atex, Inc.*³⁷² V daném případě, kdy byla žalována společnost Kodak a její dcera Atex, potvrdil *US Court of Appeal*,³⁷³ že situace, kdy dceřiná společnost v zásadě hospodaří s nulovým ziskem a minimálními rezervami hotovosti (tj. účastní se tzv. *parent's cash management system*) nezakládá důvod pro protržení korporátního závoje. V tomto smyslu selhala žaloba co do důvodu dovolávání se jak *doktríny alter ego*, tak *agency*, přičemž soud se explicitně vyjádřil i k otázce kapitalizace. Je nicméně třeba poznamenat, že soud zde nezvažoval doktrínu podfinancování *stricto sensu*, neboť stranou sporu nebyla invokována.³⁷⁴ Toto rozhodnutí je nicméně důležité v tom smyslu, že z něj lze dovozovat, že ekonomická závislost dceřiné společnosti, fungující jako tzv. *agent-only subsidiary company*,³⁷⁵ účastnící se na tzv. *parent's cash management system* nezakládá pro danou skupinu *a priori* riziko *piercingu* korporátního závoje.

soudu uspěli, přičemž soud jako jeden z důvodů pro protržení corporate veil označil situaci, když “*vlastníci společnosti*“ „*provide inequitable capitalization and actively participate in the conduct of corporate affairs.*“

³⁶⁹ pozn. aut.

³⁷⁰ Srov. Zákony státu Florida, jmenovitě Limited Liability Companies Act (FL Sec. 608.401 a násl, 2003)

³⁷¹ Adkins, supra, s. 14 a s. 40, fn 108 cituje případ *Kinney Shoe Corp. v. Poland* 939 F.2d 209, 313 (4th Cir. 1991):

“*When nothing is invested in the corporation, the corporation provides no limited liability protection to its owner. Nothin in, nothing out, no protection.*”).

³⁷² *Fletcher v. Atex, Inc.*, 68 F.3d 1451 (2d Cir. 1995)

³⁷³ Pro text. Judikátu viz.: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=2nd&navby=case&no=9490801> či <http://laws.findlaw.com/2nd/9490801.html> (3.6.2009 23:37:52)

³⁷⁴ A nebyla by asi ani namístě, neboť předmětem diskuze zde nebyl obecný dostatek či nedostatek peněz, ale režim toků peněz.

³⁷⁵ K teoretické diskuzi na objevujícím se ekonomickým institutem *agent-only subsidiary company* so srov.: Osunbor, S. A. *The Agent-Only Subsidiary Company and the Control of Multinational Groups*. In: 38 ICQL 1989, s. 377

4.3.1.3.4. Doktrína *agency* (zastoupení)

Doktrína *agency* je postavená na premise, která ve své podstatě *stricto sensu* není *piercingem*. Touto premisou je, že jednání dceřině společnosti bylo jednáním v zastoupení ovládajícího subjektu. Jinými slovy, nejedná se teoreticky o *piercing*, protože se operuje přímo s projevem vůle zastoupeného subjektu. Proto nelze o této doktríně hovořit právě jako o *piercingu*.

Nejznámnějším případem, který je v kontextu této doktríny citován je *Berkley v. Third Avenue Railway Co.*³⁷⁶

*„Dominion may be so complete, interference so obtruse, that by the general rules of agency the parent will be a principal and the subsidiary an agent. Where control is less than this, we are remitted to the test of honesty and justice. The logical consistency of a judicial conception will indeed be sacrificed at times when the sacrifice is essentials to the end that some accepted public policy may be defended or upheld. This is so, for illustration, though agency in any proper sense is missin, where attempted separation between parent and subsidiary will work a fraud upon the law.“*³⁷⁷

Z výše uvedeného judikátu je zřejmé, že v daném případě byla snaha soudu prolomit *corporate veil* skutečně až křečovitá a přílišná právní logiky tato doktrína neobsahuje. Také proto je často pod terminologickým výrazem *agency* vlastně soudem aplikována doktrína *alter ego*. Klasickým případem je další newyorský judikát, *International Customs Assocs. v. Ford Motor Co.*³⁷⁸

4.3.1.3.6. *Fraud* jako zbytková kategorie

Jak již naznačeno v úvodu této části práce, *fraud* je v zásadě kvalifikační podmínkou proto, aby v rámci *equity* soud přistoupil k protržení korporátního závoje společnosti. Také již bylo naznačeno, že tam, kde nelze subsumovat jednotlivé okolnosti pod žádnou z výše diskutovaných doktrín, soud přesto může mít tendenci korporátní závoj protrhnout a to tak, že

³⁷⁶ *Berkley v. Third Avenue Railway Co.*, 244 NY 84 (1925)

³⁷⁷ *Ibid.* Citace převzata z Vandekerckhove, *supra*. s. 84

³⁷⁸ *International Customs Assocs. v. Ford Motor Co.*, 893 F.Supp. 1251 (SDNY 1995)

se bude dovolávat toliko existence *injustice or fraud*. Zejména starší judikatura měla tendenci se dovolávat toliko spravedlnosti.³⁷⁹

Jak bylo ilustrováno v předchozích oddílech této části, modernější judikatura má spíše tendenci podřadit konkrétní skutkovou situaci pod některou z již artikulovaných doktrín.³⁸⁰ *Fraud* či *injustice*, jsou spíše dnes považovány za kvalifikační podmínku, jak výše elaborováno. Je nicméně třeba mít na zřeteli, že i dovolávání se situace nespravedlnosti či podvodu jako samostatného důvodu pro piercing se teoreticky stále může v rozhodovací praxi soudů USA objevit, neboť mantinely *piercing the corporate veil* jsou stále daleko ustáleného a přehledného práva.

4.3.1.3.6. Piercing v rámci psaného práva

Kromě výše uvedených soudcovských doktrín je samozřejmě možno teoreticky diskutovat i odpovědnost mateřské společnosti či jiných subjektů za jednání dceřiné společnosti, či participaci na ní. Právo USA je sice co do své podstaty původem *anglosaské*, nicméně transformace do práva psaného většiny principů *common law*, jakož i *equity* (např. *torts*) zde již dosáhla takové intenzity, že diskuze statutárních ustanovení, která mohou být v různých právních rádech členských států, jakož i dle práva federálního, použity jakožto základ k *piercing the corporate veil*, by se kvantitativně vymkla předmětu této práce. Ilustrativně proto odkazuji v tomto smyslu na judikaturu. Například v rámci odpovědnosti ovládajícího subjektu za porušování patentového práva dcerou a participaci na tomto srov. diskuzi psaného práva, jakož i ustálené judikatury v případě *Jacobs Vehicle Systems, Inc. et at. v. Pacific Diesel Brake, Co. et al.*³⁸¹

³⁷⁹ Srov. Již výše zmiňovaný judikát *Hibernia Insurance Company v. St. Luis & New Orleans Trans. Co.* (1982) 13 Fed. 516.; dále např. *Montgomery Web Company v. Dienelt.*, (1890) 133 Pa. St. 585; *First National Bank of Chicago v. Trebein Company*, (1898) 59 Oh. St. 316.

³⁸⁰ Víše citovaný případ *Berkley v. Third Avenue Railway Co.*, *supra*, je dobrým příkladem toho, když taková subsumce prostě logicky není proveditelná.

³⁸¹ *Jacobs Vehicle Systems, Inc. et at. v. Pacific Diesel Brake, Co. et al.* (US DC Conn) Case No. 3: 93-CV-1093. Online: <http://www.ctd.uscourts.gov/Opinions/032806.RNC.Jacobs.pdf> (4.6.2009 10:50:29)

4.3.2. Anglie a Wales

Hovoříme-li o *piercing the corporate veil* v rámci klasického *common law*, tj. v Anglii a Walesu, pak je v zásadě třeba rozlišovat mezi *piercing* v rámci *common law* (či *equity*)³⁸² tj. v rámci judikatury, a mezi *statutárními prostředky* pro *piercing the corporate veil*.

V Anglii a Walesu není princip *piercing the corporate veil* nijak etablovaný, přesto, že judikatura jej teoreticky zná. Anglické soudy mají nicméně prozatím tendenci držet se relativně pevně doktríny *corporate veil*³⁸³ a neprovádět její *piercing* tam, kde jim to nepřikazuje suverenita parlamentu v rámci explicitních ustanovení *statutes* (tj. *leges scripta*). Zejména pevný je v tomto smyslu *House of Lords* (dále též Sněmovna Lordů).³⁸⁴

4.3.2.1. *Piercing the corporate veil* v judikatuře (*common law and equity*)

Zřejmě pod vlivem právní teorie z Nového světa, v roce 1990 *Court of Appeal* v případě *Adams v. Cape Industries*³⁸⁵ teoreticky připustil možnost *piercing* i v rámci anglického *common law*. Důvody, které v tomto kontextu vyčetl, pak byly *fraud*, *agency* a

³⁸² Princip *piercing the corporate veil* je ze své podstaty *equitable*. Nicméně, vzhledem k tomu, že soudní struktura je dnes v Anglii a Walesu jednotná jak pro *common law* tak *equity* a vzhledem k tomu, že tyto úrovně tamního právního řádu se fakticky mísí a jsou aplikovány společně, bude v této části práce toliko prováděna distinkce mezi judikaturou (*common law* a *equity*) jakožto *common law* a zákony (*acts of Parliament*), *statutes*, jakožto produkty moci zákonodárné. K diskuzi nad *equitable nature* institutu *piercing the corporate veil* srov. v rámci angloamerické judikatury US případ: *Angelo Tomas Inc. v. Armor Const*, 447 A. 2d 406 (1982)

³⁸³ Jak bude vidno, judikatura diskutuje vážněji možnost *piercingu* až od konce 60 let (s výjimkou několika případů z let 30. a 40. z nichž jeden je níže diskutován, které je však nutno od *piercing stricto sensu* diferencovat). Ještě v roce 1968 proto bezvýhradně platilo *Pickeringovo*: "The Term „lifting the veil“ , which is sometimes employed to describe exceptions to the concept, is derived from usage in the United States and has been adopted by a number of writers in this country, but not, as yet, by the courts." (Pickering, M.A. *The Company as a Seperate Legal Entity*. In: 31 *The Modern Law Review* 1968, s. 482

³⁸⁴ Od října 2009 nahrazená Nejvyšším soudem Spojeného království (na základě tzv. *Contitutional Reform Act 2005*).

³⁸⁵ *Adams v. Cape Industries plc* [1990] 2 *WLR* 748

teorie *single economic unit*.³⁸⁶ Sněmovna Lordů některé z důvodů, které *Court of Appeal* uvádí jako možné důvody, však explicitně popírá (viz níže).

4.3.2.1.1. *Fraud*

Co do důvodu *piercing* založeném na *fraud* (podvod) odlišuje se od výše diskutované judikatury americké ta anglická v tom smyslu, že podvodný úmysl není považován za jednu z klasifikačních podmínek, která musí být splněna proto, aby se mohlo uvažovat o některém z možných důvodů *piercing the corporate veil*, ale je někdy teorií považován za samostatný důvod pro *piercing*. Jinými slovy, některá anglická komercionalistická teorie dovozuje, že podvodný úmysl při zakládání korporace, který směřuje k tomu vytvořit entitu, jejíž *corporate veil* je možno využít k ochraně matky před případnými neblahými následky *frandent* jednání je důvodem pro aplikaci doktríny *piercing the corporate veil*. *Griffin*³⁸⁷ tak například dovozuje, že byl-li by býval měl pan Salomon podvodný (nekalý) motiv, když zakládal svoji *Ltd.*, byl by býval výsledek případu *Solomon v. Solomon*³⁸⁸ odlišný. I další literatura diskutuje *fraud* samostatně.³⁸⁹ ³⁹⁰ V praxi je nicméně judikatury, která by tento důvod samostatně potvrdila, minimum a neváže se na nutně participaci holdingové matky (či ovládajícího subjektu) na právech a povinnostech dcery.

Judikatura prozatím dovodila toliko ignorování existence *corporate veil* v případě, kdy založení takové společnosti je již samo o sobě nástrojem snahy o podvod (*Griffinovi*, výše, lze tedy dát částečně zapravdu). Za zmínku stojí v zásadě toliko judikát *Gilford Motor Co. v. Horne*.³⁹¹

V tomto případě se zavázal pan Horne ve své pracovní smlouvě na pozici obchodního ředitele, že nebude vstupovat do vlastních obchodů s klienty zaměstnavatele. Následně založil se svojí ženou společnost, která do takových obchodů s klienty zaměstnavatele žalovaného

³⁸⁶ K těmto a podobným teoriím, resp. jejich vývoji a srovnání viz *piercing the corporate veil* v USA v další části této kapitoly.

³⁸⁷ Griffin, S. *Company Law. Fundamental Principles*. Essex: Pearson Education Limited. 2001, s. 11

³⁸⁸ Cit. supra

³⁸⁹ Srov. Např. Rixon, F.G. *Lifting the veil between holding and subsidiary companies*. 102 LQR 1986, s. 423

³⁹⁰ Cit. z Vandekerckhove, supra, s. 71

³⁹¹ *Gilford Motor Co. v. Horne* [1933] Ch. 935

vstupovala. V daném sporu soud došel k závěru, že *corporate veil* obrana postavená na tom, že do závazkových vztahů vstupovala právě vytvořená společnost, nikoliv žalovaný, je pouze „*a mere 'sham' or 'cloak'*“.³⁹² Soud proto pro účely sporu mezi žalobcem a panem Horne jako žalovaným ignoroval korporátní existenci založené společnosti.

Jak nicméně již výše naznačeno, z podstaty věci je třeba gró tohoto judikátu odlišovat od diskutované problematiky v tom smyslu, že zde nejde o klasické *piercing* mezi členy holdingu, a dále že hlavním kvalifikačním předpokladem pro aplikaci tohoto pravidla je, že účel založení společnosti je již ze své podstaty nemorální, resp. možnost existence společnosti jakožto samostatné osoby je z podstaty zneužita (tzv. „*abuse of company principle*“).^{393 394}

Pro *piercing the corporate veil* v rámci holdingu však není prozatím judikatury, která by z důvodu samostatného *fraud* zásadně potvrdila. Jak již výše zmíněno, *Court of Appeal* toto v teoretické rovině poprvé explicitně diskutoval v roce 1990. *Pro futuro* však, domnívám se, bude-li někde další prostor pro rozvoj či vývoj tohoto institutu, bude to právě pro tento důvod.

4.3.2.1.2. Zastoupení (agency)

Další z analyzovaných důvodů je *agency*, tedy jednání v plné moci (zastoupení). Z podstaty věci dochází k analýze této problematiky u zastoupení nepřímého, resp. faktického a skrytého,³⁹⁵ tj. vlastním jménem na účet zastoupeného a to zejména v situacích, kdy judikatura dovozuje faktické zastoupení, hraničící v rámci civilního práva až téměř s jednatelem bez příkazu.

Vandekerckhove poukazuje na to, že přestože soudy se staví k možnosti shledat, že tam či jinde vztah *agency* existuje velmi zdrženlivě až vyhýbavě, v judikatuře se již úspěšné případy přeci jen objevily a tento důvod pro *piercing the corporate veil* tedy v tomto právním

³⁹² Ibid.

³⁹³ Srov. (Kolektiv autorů z The City Law School). *Company Law in Practice*. 7.ed. Oxford: Oxford University Press. 2008, s. 25

³⁹⁴ K historii též. Powles, D. *The “See-Through” Corporate Veil*. In: 40 MLR 1970, s. 339

³⁹⁵ Srov. např. Ottolenghi, S. *From peeping behind the corporate veil to ignoring it completely* 53 MLR 1990, s. 338 na 345.

řádu existuje. Odkazuje zejména na případ *Smith, Stone and Knight Ltd. v. Birmingham Corp*³⁹⁶ z roku 1939.

4.3.2.1.3. Teorie jedné ekonomické jednotky (*single economic unit*)

Poslední z výše citovanou doktrínou pro možný *piercing the corporate veil* je doktrína tzv. *single economic unit*, tj. jediné ekonomické jednotky. Jak již zmíněno, v případě *Adams v. Cape Industires*³⁹⁷ byla tato možnost naznačena.

V případě *DHN Food Distributors v. Towler Hamlets London Borough Council*³⁹⁸ pak byl tento důvod přímo úspěšným základem pro *piercing*. Literatura na něj proto s oblibou odkazuje.³⁹⁹ Oblíbený je zejména citát Lorda Denning MR:

“This group is virtually the same as a partnership in which all the three companies are partners. They should not be treated separately so as to be defeated on a technical point. They should not be deprived of the compensation which should justly be payable for disturbance. The three companies should, for present purposes, be treated as one, and the parent company D.H.N. should be treated as that one[...]”⁴⁰⁰

K danému případu je nicméně třeba poznamenat, že co do meritu věci šlo nikoliv o situaci, kdy by se druhá strana snažila prolomit skrze corporate veil dcery směrem k matce, ale kde se matka dohromady se svými dcerami domáhala kompenzace od orgánu veřejné správy. Nelze proto očekávat, že by soudy snad měly tendenci ke stejnému přístupu i v případě opačného prolomování *corporate veil*, neboť přestože právní věta výše vyřčená měla platit (nebylo-li by níže uvedené *judikatury* Sněmovny Lordů, konotace tohoto případu je přeci jen speciální. Ostatně bezprostředně další věta judikátu za následujícím citátem zní: „*So D.H.N. are entitled to claim compensation accordingly.*”⁴⁰¹ Závěry některých

³⁹⁶ *Smith, Stone and Knight Ltd. v. Birmingham Corp.* [1939] 4 All ER 116

³⁹⁷ Cit. supra

³⁹⁸ *DHN Food Distributors v. Towler Hamlets London Borough Council* [1976] 1 WLR 852; 3 All ER 462

³⁹⁹ Př.: Dobson, J.M. “*Lifting the Veil*” in *Four Contries: The Law of Argentine, England, France and the United States*. 35 ICLQ 1986, s. 839 na s. 860; dále např. Vandekerckhove, *supra*, s. 71

⁴⁰⁰ Jak cituje Dobson, *ibid.*

⁴⁰¹ Pro celý text judikátu ref: <http://www.uniset.ca/other/pollypeck/19761WLR852.html> (2.6.2009 10:57:20)

komentátorů hovořících o tom, že tento judikát prokazuje cestu předmětné doktríny do anglické judikatury se proto zdají být předčasné.^{402 403}

Nadto, jak výše naznačeno, Sněmovna Lordů následně explicitně tento doktrinální důvod pro *piercing the corporate veil* odmítla v případě *Woolfson v. Strathclyde Regional Council*.⁴⁰⁴ *Lord Keith of Kinkel* byl v tomto případě jediný z Lordů, který přišel s elaborovaným názorem, zbytek Jejich Lordstev se vždy připojil.⁴⁰⁵ Ve stěžejní pasáži *Lord Keith* jednak kritizuje odůvodnění *Court of Appeal* a jednak z opatrnosti diferencuje mezi současným případem a případem *DHN Food Distributors v. Towler Hamlets London Borough Council*. Je tedy zřejmé, že si Jejich Lordstva nechala otevřený prostor pro případné manévrování formou distinkce v další judikatuře:

“It was held by the Court of Appeal (Lord Denning M.R., Goff and Shaw LL.J.) that the group was entitled to compensation for disturbance as owners of the business. The grounds for the decision were (1) that since D.H.N. was in a position to control its subsidiaries in every respect, it was proper to pierce the corporate veil and treat the group as a single economic entity for the purpose of awarding compensation for disturbance (2) that if companies were to be treated as separate entities, there was by necessary implication from the circumstances an agreement between D.H.N. and Bronze under which the former had an irrevocable licence to occupy the premises for as long as it wished, and that this gave D.H.N. a sufficient interest in the land to found a claim to compensation for disturbance; and (3) (per Goff and Shaw L.L.J.) that in the circumstances Bronze held the legal title to the premises in trust for D.H.N., which also sufficed to entitle D.H.N. to compensation for disturbance. It is the first of

⁴⁰² Zejmána *Dobson*, supra.

⁴⁰³ *Lord Dennin MR* se nicméně zdá být zastáncem extenzivního ignorování principu the corporate veil. V jiném, daňovém případě o několik let dříve totiž ignoroval korporátní závoj dceřiné společnosti vlastníci nemovitost, která své mateřské společnosti tuto pronajala a mateřská společnost nájem vykazovala jako nákladovou položku, jejíž neuznání soud potvrdil. (*Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v McGregor* [1969] All ER 855) V daném případě však spíše než o *piercing the corporate veil* šlo o materiální posouzení právního úkonu. Viz také: *Littlewoods Mail Order Securities Ltd. v. I.R.C.* [1963] A.C. 135; srov: Nicol, A. *Outflanking Protective Legislation. Shams and beyond*. In: 44 MLR 1981, s. 26; či Powles, D. *The “See-Through” Corporate Veil*. In: 40 MLR 1977, s. 340

⁴⁰⁴ *Woolfson v. Strathclyde Regional Council* [1978] SLT 159

⁴⁰⁵ Pro celý text. judikátu ref. <http://www.uniset.ca/other/cs5/1978SLT159.html> (2.6.2009 11:15:23)

those grounds which alone is relevant for present purposes, I have some doubts whether in this respect the Court of Appeal properly applied the principle that it is appropriate to pierce the corporate veil only where special circumstances exist indicating that it is a mere façade concealing the true facts/Further, the decisions of this House in Caddies v. Harold Holdsworth & Co. (Wakefield) Ltd. and Meyer v. Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd., which were founded on by Goff L.J. in support of this ground of judgment and, as to the first of them, to some extent also by Lord Denning M.R., do not, with respect, appear to me to be concerned with that principle. But however that may be I consider the D.H.N. Food case to be clearly distinguishable on its facts from the present case. There the company that owned the land was the wholly-owned subsidiary of the company that carried on the business. The latter was in complete control of the situation as respects anything which might affect its business, and there was no one but itself having any kind of interest or right as respects the assets of the subsidiary.”

Nicméně judikatura Sněmovny Lordů, která by se v tomto smyslu odlišovala, a tedy tuto doktrínu podpořila, neexistuje. Také *Court of Appeal* pak o cca deset let déle sám též tuto doktrínu zpochybnil v případě *Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon*.⁴⁰⁶ Nelze ji proto považovat za součást platného práva.

4.3.2.1.4. Shrnutí co do soudcovského práva

Z výše uvedeného přehledu stavu judikatury dovozují v zásadě následující závěr platný pro Anglii a Wales co do soudcovského práva: Přesto, že teorie anglického common law připouští *piercing* zejména pro *fraud* a *agency*, praxe je zdrženlivější a prozatím se v zásadě drží principu *corporate veil*.

V případě *agency* pak je dále zejména sporné, zda teoreticky lze hovořit o *strigo sensu* o *piercing* v kontextu, kdy je odpovědnost subjektu dovozena z právního úkonu uskutečněného na účet tohoto subjektu. V sumě proto docházím k závěru, že anglické právní prostředí sice v rámci *common law* institut *piercing the corporate veil* zná, judikatura jej sporadicky použila (a je zřejmé, že přesatlantická teoretická *cross-fertilizace* zde měla jistý i praktický dopad), nicméně tento je minimální a judikatura se v zásadě zatím pevně drží principu *corporate veil*.

⁴⁰⁶ *Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon* [1986] 3 WLR 414

4.3.2.2. Statutární piercing the corporate veil

Výše uvedený dílčí závěr nicméně neznamená, že by snad anglická právní věda, jakož i pozitivní právo neznaly zvláštní případy, kdy může třetí osobě vyvstat sankční povinnost něčeho hradit z důvodu stavu hospodaření společnosti, na němž se taková osoba podílela.

Insolvency Act 1986⁴⁰⁷ skutečně ve znění svých doplnění řeší situaci, kdy buďto z důvodu *podvodného obchodování (fraudulent trading)* či *špatného obchodování (wrongful trading)* je možno, aby insolvenční soud na návrh *insolventního správce* (v angličtině. *liquidator*) uložil osobě, která je za takový průběh obchodování (zjednodušeně řečeno „odpovědná“) splatit dle úvahy soudu stanovenou částku do podstaty.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Viz *Her Majesty's Stationery Office* na:

http://search.opsi.gov.uk/search?q=insolvency+act+1986&btnG=Search&output=xml_no_dtd&client=opsi_search_semaphore&proxystylesheet=opsisearch_semaphore&site=opsi_collection (1.6.2009 20:07)

⁴⁰⁸ Insolvency Act 1986, čl. 213 a násl:

“213. *Fraudulent trading*

(1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for any fraudulent purpose, the following has effect.

(2) The court, on the application of the liquidator may declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner above-mentioned are to be liable to make such contributions (if any) to the company's assets as the court thinks proper.

214. *Wrongful trading*

(1) Subject to subsection (3) below, if in the course of the winding up of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of the company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper.

(2) This subsection applies in relation to a person if -

(a) the company has gone into insolvent liquidation,

(b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation, and

(c) that person was a director of the company at that time; but the court shall not make a declaration under this section in any case where the time mentioned in paragraph (b) above was before 28th April 1986. [...]”

Jak výše uvedená citace předmětného ustanovení pod čarou nicméně ilustruje, co do *wrongful trading* je možno postihnout jen současné či bývalé statutární orgány – členy statutárního orgánu (*directors*).⁴⁰⁹ Proto ve smyslu holdingového *piercing vis-à-vis* matka je proto toto ustanovení nepoužitelné. Někteří autoři hovoří nicméně o potenciálu postihování mateřské společnosti při dennodenním či zásadním zasahování do obchodního vedení dcery z pozice takzvaného *stínového statutára (shadow director)*.⁴¹⁰ Tento výklad se zatím zdá příliš odvážný a neodpovídá nutně sekundárnímu výkladu předmětného ustanovení Insolvency Act 1986.

Naopak u *fraudulent trading*, je potenciálně možné uvažovat o tom, že soud by mohl postihnout jakékoliv další osoby zúčastněné na obchodních aktivitách dané společnosti. Hypoteticky by tak mohl při přílišně sepnatém vztahu mateřského subjektu a dcery být postižena i matka (tj. *pierced the corporate veil*) pokud by efektivně určovala obchodní jednání takové insolvenční následně postižené dcery. Judikatura v dané věci nicméně zatím chybí a vzhledem k opatrnosti, se kterou se soudy staví k *piercing* lze spíše očekávat úzký výklad daného ustanovení.

Lze proto závěrem konstatovat, že ani statutární *piercing* není v Anglii a Walesu ve vztahu k holdingu, tj. *corporate veil* dcery vis-à-vis matka zásadně etablován a jedná se spíše o oblast teoretických diskuzí bez opory v platném právu. *Piercing the corporate veil* tedy není v praxi rozšířen.

4.3.3. Německo

Jak bylo diskutováno v předchozí kapitole, Německo má nejrozvinutější psanou doktrínu koncernu, včetně oblasti odpovědnosti za škodu vis-à-vis minoritní akcionáři, jak u koncernu smluvního, faktického (zejména §§ 311 – 328 AktG),⁴¹¹ tak u začlenění.⁴¹²

⁴⁰⁹ Anglické právo zná statutární orgán – *director* jak v případě *Ltd. tak Plc.* a terminologicky zde nerozlišuje.

⁴¹⁰ Srov. zejména Vandekerckhove, *supra*, s. 68

⁴¹¹ Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags:
zejména § 311 odst. 1 AktG zní:

„ Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden.“

§ 317 AktG:

„(1) Veranlaßt ein herrschendes Unternehmen eine abhängige Gesellschaft, mit der kein Beherrschungsvertrag besteht, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder zu ihrem Nachteil eine Maßnahme zu treffen oder zu unterlassen, ohne daß es den Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahrs tatsächlich ausgleicht oder der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt, so ist es der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Es ist auch den Aktionären zum Ersatz des ihnen daraus entstehenden Schadens verpflichtet, soweit sie, abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist, geschädigt worden sind.

(2) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte.

3) Neben dem herrschenden Unternehmen haften als Gesamtschuldner die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens, die die Gesellschaft zu dem Rechtsgeschäft oder der Maßnahme veranlaßt haben.

(4) § 309 Abs. 3 bis 5 gilt sinngemäß.“

§318 AktG:

„(1) Die Mitglieder des Vorstands der Gesellschaft haften neben den nach § 317 Ersatzpflichtigen als Gesamtschuldner, wenn sie es unter Verletzung ihrer Pflichten unterlassen haben, das nachteilige Rechtsgeschäft oder die nachteilige Maßnahme in dem Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen aufzuführen oder anzugeben, daß die Gesellschaft durch das Rechtsgeschäft oder die Maßnahme benachteiligt wurde und der Nachteil nicht ausgeglichen worden war. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.

(2) Die Mitglieder des Aufsichtsrats der Gesellschaft haften neben den nach § 317 Ersatzpflichtigen als Gesamtschuldner, wenn sie hinsichtlich des nachteiligen Rechtsgeschäfts oder der nachteiligen Maßnahme ihre Pflicht, den Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen zu prüfen und über das Ergebnis der Prüfung an die Hauptversammlung zu berichten (§ 314), verletzt haben; Absatz 1 Satz 2 gilt sinngemäß.

(3) Der Gesellschaft und auch den Aktionären gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht.

(4) § 309 Abs. 3 bis 5 gilt sinngemäß.“

⁴¹² Diskuze na toto téma je však mimo rámec této práce.

Tato ustanovení nejsou *stricto sensu* piercingem, neboť upravují vztah v rámci koncernu a nikoliv navenek. Statutárně tedy není institut analogický piercingu vyvinut.

Teorie a judikatura nicméně vyvinula v rámci tzv. *Konzernaußenrecht* rozsáhlé způsoby jak tzv. *Trennungsprinzip* (corporate veil) překonat v rámci tzv. *Durchgriffshaftung* (piercing the corporate veil). Přesto tedy, že německý právní řád, jakožto civilistický řád kontinentální, nezná *stricto sensu* oblast *equity*, jakožto jednoho z pramenů práva, byla judikatura schopna tolikou aplikací základních civilistických maxim obsažených v BGB⁴¹³ tento princip efektivně nahradit. Vedle práva psaného judikatura též aktivně používá *analogii legis*.⁴¹⁴

4.3.3.1. De facto fraud v německém právu: bona fides a dobré mravy - nach Treu und Glauben

Nejvyšší spolkový soud⁴¹⁵ proto několikrát judikoval v rámci maximy *Treu und Glauben*⁴¹⁶ situace, kdy ignoroval korporátní závoj (resp. samostatnou existenci) právnické osoby (a tedy v terminologii anglosaské v této kapitole používané, *pierced the corporate veil*). Jako vhodná ukázka této doktríny je vzorový příklad sestavený autory *Cohn a Simitis*.⁴¹⁷ Tito konstatují:

„*The rule of good faith applies to interpretation of contracts. This rule may lead to a piercing of the veil. Where a contract in restraint of trade is permissible, its effect cannot be circumvented by the formation of a separate judicial entity. If A has promised not to compete with B, a company of which he is sole or controlling shareholder is*

⁴¹³ Termín *Konzernaußenrecht*, jakož i vývoj *Durchgriffshaftung* na bázi obecných zásad civilního práva v rámci BGB zavedl ve své disertační práci v roce 1969 E. Rehlinger. Srov. Hachenburg, M. – Ulmer, P. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Grosskommentar*. Berlin: Walter de Gruyter. 1997, s. 121 fn 313. Či Vandekerckhove, *supra*. s. 62

⁴¹⁴ Naopak diskuze německých doktrín *Durchgriffshaftung* v této části práce bude postavena na analogii s anglosaským právem tak, aby bylo možné komparativní srovnání a hledání společné množiny institutů v rámci *piercing the corporate veil*, máje na paměti snahu zjistit, zda lze o institut *piercing the corporate veil* hovořit na úrovni obecného mezinárodního práva jako obecné zásadě právní uznávané civilizovanými národy.

⁴¹⁵ (jakož i císařský Říšský soud před ním)

⁴¹⁶ BGB, RGBL. S. 195; § 157 a § 242

⁴¹⁷ Cohn, E.J., Simitis, C. “*Lifting the Veil*” in the *Company laws of the European Continent*. In: 12 ICQL 1963, s. 196

bound by his promise. The shareholders of a company which has concluded a non-competition agreement cannot escape the obligation that have been created by dissolving the company and forming a new company which competes with the party with which the agreement was concluded."⁴¹⁸

Do stejné kategorie, tj. jakési analogie *fraud* lze pak zařadit případy, kdy je zneužita nezávislost ovládaného subjektu ke krácení věřitele. Příkladem je případ tzv. *Divadlo Tivoli*.⁴¹⁹

Zde jistá obchodní společnost provozovala divadlo, budovu čehož měla pronajatou od svého jediného společníka jakožto fyzické osoby. Věřitelé získali vykonatelné rozhodnutí proti dané společnosti na plnění dluhů. Jediný společník na vzniklou situaci reagoval tak, že vypověděl své společnosti nájemní smlouvu na divadlo, provoz převzal sám, čímž danou společnost zbavil jejího hlavního zdroje příjmů, ze kterých by se případní věřitelé mohli uspokojovat. V dané situaci soud povolil výkon rozhodnutí odsuzujícího danou společnost tak, aby byl veden proti danému společníkovi (resp. jeho majetku).

4.3.3.1. Doktrína *Vermögensmischung* (analogie angloamerické doktríny identity?)

Tato judikaturou vyvinutá doktrína vstupuje do obrazu v situaci, kdy jediný či majoritní společník kapitálové společnosti přistupuje k jejímu majetku tak, že ignoruje její samostatnost a směšuje majetek svůj a majetek společnosti. Přesto, že co do mentálního rozpoložení není na rozdíl od US teorie *identity* či *alter ego*⁴²⁰ nutná *a priori mala fides*, lze tyto doktríny svojí podstatou srovnávat.⁴²¹

⁴¹⁸ Tento příklad byl sestaven na základě rozhodnutí Říšského soudu ze dne 10. června 1926, sb.rozh. 114, s. 68 a dále rozhodnutí Nejvyššího spolkového soudu ze dne 13 února 1952 sb.rozh. 5, s. 126 na s. 128 a s. 133 na s. 136. Viz. *Cohn et Simitis*, *supra*. s. 196 fn 16 a fn 17.

⁴¹⁹ Reichsgericht, rozsudek ze dne 5. května 1932 (1933) Höchstrichterliche Rechtsprechung, č. 299. Cit. z. *Cohn et Simitis*, *supra*. s. 194 fn 11a

⁴²⁰ Již starší judikatura německého Nejvyššího spolkového soudu naznačovala akceptaci svého druhu doktríny *alter ego*, dnes nahrazenou doktrínou *Vermögensmischung*. Srov. diskuzi v *Cohn et Simitis*, *supra*. s. 198

⁴²¹ Viz výše

Tato doktrína byla plně vyvinuta judikaturou a nemá oporu v psaném pozitivním právu. Původcem této doktríny⁴²² je německý Spolkový soud v judikátu *II ZR 178/03* r. 2005.^{423 424 425}

V tomto konkrétním případě soud dovodil, že pro nedodržování formální samostatnosti společnosti resp. jejího majetku, je společník GmbH jakožto kapitálové společnosti stejně odpovědný (tj. ručí)⁴²⁶ stejně, jako by ručil společník veřejné obchodní společnosti (OHG) dle § 128 HGB.⁴²⁷ Soud tak vyřadil z aplikace ustanovení § 13 GmbHG, které explicitně stanovuje, že závazky společnosti lze uspokojovat toliko z majetku společnosti.⁴²⁸

Je zřejmé, že spolkový soud zde vytváří velmi extenzivní judikaturu, která je daleko za hranicemi psaného práva a lze se domnívat (zatím v rovině spekulací), že v tomto smyslu částečně podléhá vlivu *piercing the corporate veil* tak, jak je znám z anglosaského práva. Nicméně, toto rozhodnutí se v zásadě nesešlo s kritikou.⁴²⁹ Budiž poznamenáno, že již o 12 let dříve Spolkový soud rozhodl v případě *II ZR 16/93*⁴³⁰ ve stejném duchu vis-à-vis statutární orgán, v daném případě jednatel GmbH.

⁴²² resp. jejího potvrzení vis-à-vis nižší soudní instance

⁴²³ Rozhodnutí sp.zn. *II ZR 178/03* ze dne 14. 11. 2005, K nalezení: 59 NJW 2006, s. 1344

⁴²⁴ Pro komentář případu srov: Keil, T. BGH, *Durchgriffshaftung des GmbH-Gesellschafters wegen Vermögensvermischung*. In: DZWIR 2006, s. 370

⁴²⁵ Celý text rozhodnutí nalezitelný na: <http://lexetius.com/2005,3441> (5.6.2009 15:27:14)

⁴²⁶ V této doktríně tedy nejde o přímý vstup do závazku, ale o akcesorický jev

⁴²⁷ *Fundstelle supra*. Toto ustanovení zní:

“*Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.*“

⁴²⁸ Toto ustanovení zní:

„Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.“

⁴²⁹ a i Nejvyšší spolkový soud je ve svém jazyce velmi střídmy tak, aby doktrína kulturně „zapadala“ do německého právního řádu, tradice a nepodléhala módním anglofonním vlivům.

⁴³⁰ Rozhodnutí sp. zn. *II ZR 16/93* z 13.4. 1994 nalezitelné: BGHZ 125, 366; NJW 1994, 1801; BB 1994, 1095

Přestože pro účely této práce je tedy relevantní doktrína *Vermögensmischung* ve vztahu k ovládající osobě, platí dle soudobé německé literatury jak vůči osobě ovládající, tak vůči statutárnímu orgánu. Dle textu judikátu *II ZR 178/03* lze navíc usuzovat na to, že co do ovládající osoby, nejen že tato doktrína platí na jediného společníka jakož i většinového společníka GmbH, ale není důvodu, proč by soud měl mít problém případně toto rozšířit i na situace společnosti akciové, nad rámec v předchozí kapitole disputovaného ručení ovládajícího subjektu ve smyslu úpravy koncernového práva i mimo situace zákonem povoleného začlenění ve smyslu § 322 AktG.

V kontextu doktríny *Vermögensmischung* je nicméně třeba poukázat i na Nejvyšším spolkovým soudem akceptované výjimky. Přesto, že *mala fide* se zatím nezdá být kvalifikačním předpokladem pro aplikaci této doktríny, explicitní přítomnost *bona fide* je naopak okolností, která vylučuje její aplikaci. Příkladem je usnesení *II ZR 104/07*.⁴³¹

V tomto případě soud odmítl odpovědnost společníka, který sice inkasoval pohledávky společnosti vůči třetím osobám na svůj osobní účet, nicméně z těchto peněz pak hradil pohledávky za společností a z vlastních peněz nadto umořoval pohledávky společnosti. Právní věta tohoto judikátu zní:

„An einem die Haftung nach § 826 BGB begründenden existenzvernichtenden Eingriff fehlt es, wenn der Gesellschafter zwar Forderungen der GmbH gegen Dritte auf ein eigenes Konto einzieht, mit diesen Mitteln jedoch Verbindlichkeiten der Gesellschaft begleicht und zusätzlich in beträchtlichem Umfang aus eigenem Vermögen weitere Gesellschaftsschulden tilgt.“^{432 433}

Obecně je pak třeba poukázat na rozdíl spočívající v tom, že *Durchgriffshaftung* má v rámci této doktríny, ať již na základě judikatury odkazující *per analogiam* na § 128 HGB, či na základě § 322 AktG charakter teoreticky akcesorický, což je koncepční

⁴³¹ Ze dne 2. června 2007

⁴³² Zdroj: http://www.seefelder.de/rechtsprechung/gmbh_recht/gmbh_recht_durchgriffshaftung.php (6.6.2009 17:36:15)

⁴³³ Přesto, že judikát zde operuje s *existenzvernichtenden Eingriff* (kterýžto institut je diskutován dále), je třeba tuto referenci vnímat nikoliv v rámci doktríny *existenzvernichtenden Eingriff*, ale jako diferenciaci od ní. Žalobce mohl postavit svůj případ jak na bázi skutečnosti, že žalovaný vyvádí majetek ze sféry společnosti – a tudíž *existenzvernichtenden Eingriff* -, ale i na bázi míšení majetku - *Vermögensmischung*. Přesto, že v daném případě byla explicitně diskutována možnost *existenzvernichtenden Eingriff*, meritorně je postoj soudu spíše subsumovatelný pod výjimku z doktríny *Vermögensmischung*.

rozdíl od anglosaského *piercing the corporate veil*. Praktický význam tohoto rozdílu však bude v konkrétní situaci podobných případů minimální.

4.3.3.3. Doktrína podfinancování

Německá judikatura znala v polovině 20. století též svoji variantu doktríny podfinancování. *Cohn et Simitis*⁴³⁴ v tomto kontextu odkazují na judikát Nejvyššího spolkového soudu z roku 1959.⁴³⁵

V tomto případě majoritní společník společnosti, kterou založil s pomocí dalších dvou fyzických osob, jako společnost s minimálním možným základním kapitálem, této společnosti poskytl půjčku, čímž financoval její obchodní aktivity. Obchodní aktivity dané společnosti nicméně svým objemem zásadně převyšovaly její vlastní kapitál. Když se společnost dostala do nesnází, vyplatila svému majoritnímu společníkovi poskytnutou půjčku, nicméně tím nebylo dostatek kapitálu ke krytí závazků vůči třetím věřitelům. Věřitelé se domáhali u soudu vůči tomuto majoritnímu společníkovi, aby byl povinován vrátit (již vrácené) prostředky do společnosti, přičemž daná půjčka měla být dle tohoto přístupu fakticky vnímána jako dissimulovaný vklad na základní kapitál. Tato žaloba byla úspěšná.

V současné době je nicméně tato doktrína zřejmě překonána, neboť v posledních devíti letech Nejvyšší spolkový soud aktivně vyvíjí doktrínu Existenzvernichtender Eingriff, diskutovanou níže. Tato pak umožňuje žalovat napřímo na plnění, bez nutnosti domáhat se, aby vyvedené peníze byly vráceny do společnosti, protože výše uvedené doktrína ztrácí na účelnosti.⁴³⁶

⁴³⁴ *Cohn et Simitis, supra. s. 192*

⁴³⁵ Rozsudek ze dne 14. prosince 1959 publikovaný v NJW 1960, s. 286; s odkazem na starší judikaturu Říšského soudu z let 1938 a 1939. Srov. *Cohn et Simitis, supra. s. 192, fn 5*

⁴³⁶ Tam však, kde se žaluje přeci jen na vrácení do společnosti (a smysl to má například tam, kde bude žalovat insolvenční správce), rozhodla judikatura o tom, že společník, který si neoprávněně vyvedl peníze je musí vrátit i s úrokem z prodlení). Srov rozsudek BGH ze dne 13. prosince 2007, sp. zn. IX ZR 116/06; DB 2008, 520

4.3.3.4. Doktrína osobní odpovědnosti společníka GmbH za přivedení společnosti do úpadku

4.3.3.4.1. Historický úvod

Již bylo částečně diskutováno v předchozí kapitole, že německý právní řád explicitně řeší koncernové právo toliko u společností akciových.⁴³⁷ Protože zákonodárce se zatím nerozhodl tuto úpravu přenést i na další korporace, přičemž v praxi bylo často nutné řešit otázky GmbH, vyvinula se postupně judikatura Nejvyššího spolkového soudu v tom smyslu, že úprava AktG⁴³⁸ byla na GmbH aplikována *per analogiam*. Tak tomu alespoň bylo začátkem 90. let 20. století. Nejvýznamnějšími jsou v tomto smyslu judikáty *Autokran*,⁴³⁹ *Tiefbau*,⁴⁴⁰ *Video*⁴⁴¹ a *TTB*.⁴⁴²

Nejvyšší spolkový soud následně tuto linii judikátů zpochybnil v případě *Bremer Vulkan (II ZR 178/99)*.^{443 444} V tomto judikátu druhý civilní senát Nejvyššího spolkového soudu odmítl předchozí výše citovanou judikaturu, když konstatoval:

*“Der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingeschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktienrechts (§§ 291 ff., 311 ff. AktG), sondern ist auf die Erhaltung ihres Stammkapitals und die Gewährleistung ihres Bestandschutzes beschränkt, der eine angemessene Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der GmbH erfordert. An einer solchen Rücksichtnahme fehlt es, wenn die GmbH infolge der Eingriffe ihres Alleingeschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann.“*⁴⁴⁵

⁴³⁷ Srovn. Citace AktG, *supra*.

⁴³⁸ Váš citované §§ 311 – 318 AktG: Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags.

⁴³⁹ Rozsudek ze dne 16. září 1989, 95 BGHZ, 330

⁴⁴⁰ Rozsudek ze dne 20. února 1989, 107 BGHZ, 7

⁴⁴¹ Rozsudek ze dne 23. září 1991, 115 BGHZ, 187

⁴⁴² Rozsudek ze dne 29. března 1992, 122 BGHZ, 123

⁴⁴³ Rozsudek ze dne 17. září 2001, sp.zn. II ZR 178/99; (2001) NJW, 3622

⁴⁴⁴ Text rozsudku dostupný online:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi->

[bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=23416&pos=0&anz=1](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=23416&pos=0&anz=1) (6.6.2009 22:17:33)

⁴⁴⁵ Ibid.

Tento judikát vyvolal vlnu akademického zájmu⁴⁴⁶, neřešil nicméně explicitně, na základě čeho a jak (co do práva psaného či judikaturou nalezené doktríny) tedy stavět odpovědnost ovládajícího subjektu.

4.3.3.4.2. Post-Bremer Vulkan – doktrína *Existenzvernichtender Eingriff*

Nejvyšší spolkový soud následně závěr, že AktG není *per analogia* aplikovatelný na společnost s ručením omezeným potvrdil; soud dále pokračoval v započatém trendu a postupně vytvářel doktrínu, tzv. „*Existenzvernichtender Eingriff*“. Dalším krokem v tomto směru byl judikát *KBV (II ZR 300/00)*.⁴⁴⁷

V tomto případě společníci vyvedli kapitál z GmbH v podobě nájmu, kdy na základě nájemní smlouvy mezi jedním ze společníků a danou GmbH byla společnost nájemníkem. Společnost proto nebyla schopna dostát svým závazkům vůči věřitelům a snahy exekuvovat její majetek byly neúspěšné pro jeho nedostatek.⁴⁴⁸ Soud v daném případě našel dva důvody pro odpovědnost společníků.

Prvním důvodem je aplikace ustanovení § 826 BGB, podle nějž ten, kdo jednáním v rozporu s dobrými mravy druhému přivodí škodu, má povinnost ji nahradit.^{449 450}

⁴⁴⁶ Srov. Např.: Schneider, J. *Erfolgsfaktoren der Unternehmensüberwachung: Corporate Governance aktienrechtlicher Aufsichtsorgane im internationalen Vergleich*. Berlin: Erich Smidt Verlag. 2000, s. 9; Wazlawik, T. *Die Konzernhaftung der deutschen Muttergesellschaft für die Schulden ihrer US-amerikanischen Tochtergesellschaft: eine Rechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr Siebeck. 2004, s. 265 či Zumbansen, P. *Liability Within Corporate Groups (Bremer Vulkan) - Federal Court of Justice Attempts the Overhaul*. In: 3 German Law Journal 2002, Online: <http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=124> (6.6.2009 17:13:28)

⁴⁴⁷ Rozsudek ze dne 24. června 2000, sp. zn. II ZR 300/00. NJW (2000), 3024; též online: <http://lexetius.com/2002,1279> (6.6.2009 18:21:05)

⁴⁴⁸ K popisu příkladu srov. též: Hänisch, D. *The Liability of shareholders for obligations of the company in Germany and the People's Republic of China*. LLM Dissertation No. LW 6537E. City University of Hong Kong. Hong Kong: 2007, s. 23; Online: <http://lbms03.cityu.edu.hk/oaps/sl2007-6537-hd976.pdf> (6.6.2009 17:25:56)

⁴⁴⁹ § 826 BGB zní: „*Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.*“

⁴⁵⁰ Zde je patrný vliv Rehbinderovy teorie *Konzernaußenrecht*

Druhým důvodem je dle názoru soudu, že nerespektování existence kapitálu společnosti jakožto majetku, který případně může být použit k uspokojení věřitelů je zneužití právní formy GmbH, které s sebou přináší ztrátu možnosti se dovolávat omezeného ručení, protože v takovém případě se (i mimo případné insolvenční řízení) mohou věřitelé domáhat plnění přímo po společnících. V původním jazyce zní právní věta následovně:

„a) Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die aufgrund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Mißbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führt, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil bereits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann.

b) Bei Vorliegen der unter a genannten Voraussetzungen sind die Gesellschaftsgläubiger deshalb außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die an den Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen mitwirkenden Gesellschafter geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können [...]“⁴⁵¹

Soud doktrínu „Existenzvernichtender Eingriff“ dále elaboroval. Nejdůležitějším judikátem je případ *Autohändler*⁴⁵² (II ZR 206/02).⁴⁵³ Zde nejen, že soud potvrzuje svoji dosavadní judikaturu založenou v případě *Bremer Vulkan*, rozvíjí ji navíc dále na osoby v rámci *de facto* GmbH koncernu nejsoucí přímo společníky společnosti, která přišla na základě *Existenzvernichtenden Eingriffes* o majetek použitelný ke krytí závazků.

⁴⁵¹ <http://lexetius.com/2002,1279> či <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi->

[bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a2a354b10d9327b931996e46c3b4ae22&nr=21766&pos=0&anz=1](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a2a354b10d9327b931996e46c3b4ae22&nr=21766&pos=0&anz=1) (6.6.2009 22:14:05)

⁴⁵² Rozsudek ze dne 13. prosince 2004, sp.zn. II ZR 206/02

⁴⁵³ Text online: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi->

[bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e4c15216181b0054eb4393bd715fbee6&nr=31384&pos=0&anz=2](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e4c15216181b0054eb4393bd715fbee6&nr=31384&pos=0&anz=2) (6.6.2009 22:45:55)

V daném případě šlo o 50 % společníka GmbH, která (tato společnost) je zase jediným společníkem GmbH neschopné dostát svým závazkům věřitelům. Tento 50% společník, žalovaný, vlastnil spolu se svojí ženou a dcerou, oběma menšinovými společníky, obchodní společnost E. GmbH. Tato společnost koupila další společnost, jmenovitě FZ GmbH. Žalovaný byl zároveň jediným jednatelem obou GmbH. Obě dvě společnosti byly v různých bodech v čase dealery výrobce automobilů, B. AG. FZ GmbH měla s B. AG smlouvu o obchodním zastoupení na dobu určitou. Po akvizici FZ GmbH společností E GmbH byla smlouva mezi FZ GmbH a B. AG z aktivity E GmbH předčasně (o dva roky) ukončena. Místo FZ GmbH zastupovala B. AG ve stejných prodejních prostorách nadále E. GmbH. Tato též převzala zaměstnance FZ GmbH. FZ GmbH tak přišla o svůj jediný příjem (z prodeje vozů, oprav a prodeje náhradních dílů) a nebyla proto nadále schopna plnit své již existující závazky.

Po marných snahách o exekuci proti FZ GmbH, která byla vždy pro nedostatek majetku jako neúspěšná zastavena, obrátili se věřitelé se žalobou proti žalovanému. Spolkový nejvyšší soud v dovolání žalovaného tuto možnost připustil.

Soud nejdříve explicitně potvrdil platnost doktríny „Existenzvernichtender Eingriff“, tuto sumarizoval:

„Nach der neueren Rechtsprechung des Senats haftet der Gesellschafter einer GmbH für die Gesellschaftsschulden persönlich, wenn er auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens keine Rücksicht nimmt und der Gesellschaft durch offene oder verdeckte Entnahmen ohne angemessenen Ausgleich Vermögenswerte entzieht, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt (sog. existenzvernichtender Eingriff).“⁴⁵⁴

a dále pak rozšířil i na osoby, které se na společnosti podílejí fakticky zkrze prostředníka či tzv. „Strohmann“ („bílý kůň“), jakož i společníka společníka (*den Gesellschafter-Gesellschafter*).⁴⁵⁵ Relevantní právní věta zní:

⁴⁵⁴ Rozsudek ze dne 13. prosince 2004, sp.zn. II ZR 206/02, s. 4 a 5

⁴⁵⁵ Soud se přitom odvolává na již existující judikaturu vztahující se v tomto kontextu na obecné povinnost společníků. Cit, supra, s. 5 a 6:

„In der Rechtsprechung des Senats zu den Grundsätzen der Kapitalaufbringung und -erhaltung ist seit langem anerkannt, daß derjenige, der nur über einen Mittels- oder Strohmann an einer Gesellschaft beteiligt ist, genauso wie der unmittelbare Gesellschafter für die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals einzustehen hat (BGHZ 31, 258; 118, 107, 110 ff.; ebenso BGH, Urt.

„Wegen existenzvernichtenden Eingriffs haftet auch derjenige, der zwar nicht an der GmbH, wohl aber an einer Gesellschaft beteiligt ist, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist (Gesellschafter-Gesellschafter), jedenfalls wenn er einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschafterin ausüben kann.“

4.3.3.5. Souhrn

Jak vidno výše, judikatura velmi zasahuje do oblasti spravedlnosti, jakož i do sféry osob formálně nezúčastněných na (i případném faktickém) holdingu. Lze tedy činit dílčí závěr, že Německá spolková republika má, přestože je postavená na kontinentálním právním řádu, velmi rozvinutou doktrínu *Durchgriffshaftung* postavenou na hranici mezi morálkou (spravedlností) a abstraktním korporátním právem. Judikatura zde funguje jako morální korektiv pozitivního práva. Tato doktrína je v mnohém srovnatelná s *common law* doktrínou *piercing the corporate veil*. Zejména srovnatelné co do výsledku jsou US doktrína identity a německá *Vermögensvermischung*, jakož obě doktríny podfinancování. V obou případech však vychází německá judikatura z vlastní kontinentální právní kultury, drží se v rámci svébytnosti své teorie a nelze napříč oběma kulturami najít mnoho teoreticky destilovatelných abstraktních styčných bodů.

4.3.4. Francie

Francouzský právní řád je ze všech v této části práce analyzovaných právních řádů na oblast holdingových struktur, jakož i na oblast *piercing the corporate veil* nejskoupější. Na rozdíl od německé kulturní oblasti nemá Francie v podobě psané upravené koncernové

v. 3. November 1976 - I ZR 156/74, WM 1977, 73, 75). Nur so kann das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Schaffung und Wahrung des Haftungsfonds der Gesellschaft wirksam und praktikabel geschützt werden. Nicht ausreichend wäre es dagegen, die Gläubiger darauf zu verweisen, mögliche Befreiungsansprüche des Vordermanns gegen den Hintermann geltend zu machen. Das gleiche gilt für den Gesellschafter-Gesellschafter, also denjenigen, der an einer Gesellschafterin der Gesellschaft beteiligt ist. Er wird jedenfalls dann einem Gesellschafter gleichgestellt, wenn er einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschafterin ausüben kann, etwa aufgrund einer qualifizierten Anteilsmehrheit (Senat, BGHZ 81, 311, 315 f.; Urt. v. 24. September 1990 - II ZR 174/89, NJW 1991, 357, 358; v. 21. Juni 1999 - II ZR 70/98, NJW 1999, 2822). Diese Grundsätze gelten auch für die Haftung eines Gesellschafter-Gesellschafters wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen.“

právo⁴⁵⁶ a ani judikatura toto komplexně nenahradila.⁴⁵⁷ Stejně tak nezná francouzské právo v obecné rovině institut, který by zásadně šlo srovnávat s principem *piercing⁴⁵⁸ the corporate veil*.⁴⁵⁹

Jedinou oblastí, která je výjimkou z výše vyřčeného je právo insolvenční. Zde existují relativně propracovaná a psaným právem upravená pravidla postihu majetku osob, souhrnně řečeno, zodpovědných za úpadek relevantní právnické osoby. Judikatura pak tato pravidla doplnila o další dvě doktríny postihu majetku odpovědných osob.

4.3.4.1. Řízení pro zneužití manažerského postavení

Řízení pro zneužití manažerského postavení je nástrojem upraveným v čl. L 624-4⁴⁶⁰ Code de Commerce. Na základě tohoto ustanovení může soud řešící úpadek právnické osoby

⁴⁵⁶ Srov. Ebenroth, C.T. – Reiner, G. *Der Schutz der abhängigen Kapitalgesellschaft vor nachteiligen Vermögensverlagerungen in Frankreich*. Online: http://www.gunterreiner.de/ebenroth-reiner1992_bb-beilage13.pdf (7.6.2009 17:20:22)

⁴⁵⁷ Srov. Vandekerckhoven, *supra*. s. 40

⁴⁵⁸ Judikatura sice kryje některé případy například zneužití pozice dominantního společníka vis-à-vis zájmy společnosti jako takové či vis-à-vis minoritní společník, je nicméně dosti kauzaisitická a nevyvinula koncepčně ucelené doktríny. K diskusi této judikatury srov. Zejména.: Ebenroth & Reiner, *supra*.

⁴⁵⁹ k samostatnosti korporací srov. např. ;, C.J.: *Law and business in France: a guide to French commercial and corporate law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. 1994, s. 39.

⁴⁶⁰ Toto ustanovení zní:

“ I. - *En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'une personne morale, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits ci-après :*

1° *Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;*

2° *Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;*

3° *Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;*

4° *Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la paiements de la personne morale ;*

5° *Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales ;*

zahájit samostatné insolvenční řízení proti osobě, která zneužila svůj vliv v této právnické osobě k tomu tak, že⁴⁶¹:

- a) Zacházela s vlastnictvím společnosti jako se svým,
- b) Prováděla obchodní aktivity skrze společnost ve vlastním zájmu,
- c) Používala aktiva či pasiva společnosti v rozporu se zájmy společnosti buďto pro svůj vlastní prospěch, či pro prospěch jiné společnosti, na které se přímo či nepřímo účastní,
- d) Zneužívajíc postavení pokračovala v operacích ku vlatnímu prospěchu a škodě společnosti, které nutně vedly k platební neschopnosti,
- e) Vedla fiktivní účetnictví, zahlazovala účetní podklady či neúčtovala dle účetních pravidel,
- f) Vyvedla či zatajila část kapitálu, či podvodně zvýšila zadlužení společnosti,
- g) Vedla extrémně neucelené či špatné účetnictví.

Možnost zahájit toto samostatné, a do své funkce kromě kompenzace společnosti a prevence i putativní insolvenční řízení (neboť zákonodárce mohl zvolit i formu nikoliv insolventního řízení, ale tolikého odděleného nahrazení škody bez nutnosti postihnout majetek takového „viníka“ jako celek), se vztahuje jednak na statutární orgány, a jednak na další subjekty, které fakticky mohou vykonávat vliv. Toto je zřejmé z jazykového výkladu úvodní věty ustanovení: „*le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de*

6° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale ;

7° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

II. - En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire prononcé en application du présent article, le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la personne morale.

III. - La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire de la personne morale.

IV. - L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui arrête le plan de redressement de l'entreprise ou, à défaut, du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.”

⁴⁶¹ Srov. http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sme2chance/doc/report_fra.pdf (8.6.2009 11:52:21)

*liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits ci-après[...]*⁴⁶²

4.3.4.2. *Société fictive a doktrína confusion des patrimoines*

Vedle výše uvedeného důvodu pro zahájení samostatného řízení proti osobám zneužívajícím vliv, vyvinula judikatura též doktrínu *société fictive* a doktrínu *confusion des patrimoines*.

Doktrína *société fictive* znamená situaci, kdy existence společnosti je toliko fiktivní a jejím jediným účelem je sloužit zájmům fyzické osoby za ní (*maître de l'affaire*).⁴⁶³

Doktrína *confusion des patrimoines* pak popisuje situaci, kdy není možno rozlišit mezi majetkem společnosti a ovládající osoby.

V těchto případech soud rozšíří insolvenční řízení na majetek i těchto ovládajících osob. Vandekerckhoven v tomto kontextu podotýká, že přesto, že praxe směřuje mezi těmito důvody a výše popsáním ust. Čl. L 624-4 CC, právě to, že v těchto případech se nezahajuje nové řízení, ale postihne se v rámci insolvence právnické osoby i majetek ve sféře relevantního společníka, je zásadním teoretickým rozdílem.⁴⁶⁴

4.3.4.2. *Souhrn*

Ve vztahu k francouzskému právnímu řádu lze proto činit následující závěr: Francie má propracovaný systém *piercing the corporate veil*, který co do svých důvodů velmi blízce konkuruje četnosti a věcnosti důvodům vyvíjeným v rámci právních řádů USA. Francie nicméně aplikuje tyto důvody pouze v rámci úzkého profilu insolventního práva a mimo insolvenční řízení *piercing the corporate veil* fakticky nezná; běžný *piercing* za klasického života právnické osoby je tedy tomuto právnímu řádu cizí.

⁴⁶² Vedle statutárních orgánů tak mohou být postihnuti i například zaměstnanci na manažerských postech, nicméně vyloučit dle jazykového výkladu nelze i možnost postihnou ovládající osobu.

⁴⁶³ Vandekerckhoven, *supra*. s. 42

⁴⁶⁴ Vandekerckhoven, *supra*. s. 43

4.4 Piercing the corporate veil jako obecná zásada právní – překryv národních doktrín?

Srovnání výše rekapitulovaných doktrín národních právních řádů vede k jednoznačnému závěru, že *piercing the corporate veil* není v současné době institutem, který by byl v alespoň zásadně obdobných konturách shodný ve všech právních řádech.

Zatímco v USA judikatura rozvinula pod podmínkou přítomnosti podvodného úmyslu (*fraudulent intent*) doktríny *alter ego/identity*, *instrumentalisty*, *podfinancování a agency*, v Anglii a Walesu je zatím institut *piercing* v plenkách a přesto, že judikatura jej v náznacích diskutuje v kontextu *fraud* (jakožto samostatného důvodu), *agency* a teorie *single economic unit*,⁴⁶⁵ s jeho aplikací je zdrženlivá.

V rámci kontinentální právní kultury má judikaturou vyvinutou analogickou doktrínu Spolková republika Německo (*Haftungsdurchgriff*). Krom podmínky jakési analogie podvodného úmyslu (či absence *bona fides*), tedy porušení *Treu und Glauben*, nelze však jednoznačně bližší analogii s americkou doktrínou *piercing the corporate veil* shledat. Francouzský zákonodárce, jakož i legislativa se pak omezují jen na řešení situací insolvence, v běžném obchodním styku tato doktrína naprosto absentuje.

Z výše uvedeného plyne jednoznačný závěr: doktrína *piercing the corporate veil* není obecnou zásadou právní uznávanou civilizovanými národy, neboť v zásadně shodných rysech absentuje v hlavních západních ekonomikách, státech, které se tradičně podílely na podobě klasického, jakož i moderního mezinárodního práva.

4.5 Piercing the corporate veil a mezinárodní právo

4.5.1. Corporate veil, její piercing a mezinárodní právo

Přes výše vyřčené, tj. že doktrína *piercing the corporate veil* nemá oporu v praxi států jako obecná zásada právní, mezinárodní arbitrážní i soudní praxe s ní přesto operuje jako s mezinárodním právem známou doktrínou. (Například Stálý rozhodčí dvůr (PCA)⁴⁶⁶ v případě *Saluka v. Česká republika* s existencí principu *piercing the corporate veil* pracoval

⁴⁶⁵ *Adams v. Cape Industries plc* [1990] 2 WLR 748

⁴⁶⁶ V tomto případě totiž není sporu o tom, že se jedná o ryze mezinárodní tribunál, přesto, že by mohlo být sporu či diskuzí o tom, jaké je v případě takového sporu vlastně rozhodné právo.

implicitně jako s něčím, mezinárodnímu právu v zásadě vlastním.⁴⁶⁷) I MSD se tímto institutem zabýval v případě *Barcelona Traction*,⁴⁶⁸ kde naznačoval, že by se snad mohlo jednat o obecnou zásadu právní (uznávanou civilizovanými národy).⁴⁶⁹ Jeho diskuze je však jen velmi povrchní a bez tendence soudu hlouběji jej zvažovat.

Ani v jednom z případů v této části práce citovaných také nebyla snaha o piercing úspěšná. Judikatura je velmi zdrženlivá k jeho aplikaci a respektuje princip coporate veil.

Přestože rozhodovací praxe je zdrženlivá k aplikaci tohoto institutu, i samotný fakt, že soudci a rozhodci považují piercing za možnou součást obecného mezinárodního práva je alarmující, protože pro to není v platném právu opora.

Jak bylo ukázáno výše, nejedná se v konkrétní definovatelné kontuře o obecnou zásadu právní uznávanou civilizovanými národy. Přes tento formální pramen se tedy tato doktrína součástí obecného mezinárodního práva stát nemohla.

⁴⁶⁷ Viz např.: *CME v. Česká republia* (partial award) of 13 September 2001; *Saluka Investments BV v. Česká republika* (PCA), partial award, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf> (10/30/2007 9:57 AM)

⁴⁶⁸ *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain), second phase. Rozsudek ze dne 5. února 1970, 1970 ICJ Rep a online. na <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (11.6.2009 15:30:50)

⁴⁶⁹ *Barcelona Traction*, supra, paras. 56, 57, 58

"56[...] the law has recognized that the independent existence of the legal entity cannot be treated as an absolute. It is in this context that the process of "lifting the corporate veil" or "disregarding the legal entity" has been found justified and equitable in certain circumstances or for certain purposes. The wealth of practice already accumulated on the subject in municipal law indicates that the veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations.

57. Hence the lifting of the veil is more frequently employed from without, in the interest of those dealing with the corporate entity. However, it has also been operated from within, in the interest of-anlong others-the shareholders, but only in exceptional circumstances.

58. In accordance with the principle expounded above, the process of lifting the veil, being an exceptional one admitted by municipal law in respect of an institution of its own making, is equally admissible to play a similar role in international law. [...]"

Jako obyčej tomu tak také být nemohlo, neboť některé právní řády tuto doktrínu v čisté esenci ani neznají (Francie) a i ty, které ji znají, ji buďto aplikují velmi chaoticky a s velmi malou dávkou právní jistoty (USA) nebo ji v převládající míře odmítají aplikovat (UK). Chybí tedy jak praxe států, tak převládající přesvědčení o tom, že se jedná o právo. Navíc, i kdyby tyto dva aspekty byly splněny, je extrémně diskutabilní, zda by rozhodovací praxe států v oblasti obchodního práva (kontinentální právo) respektive práva korporátního (USA) či práva společností (UK) mohla být považována za praxi, která ve svém meritu může být považována za relevantní mezinárodnímu právu tak, aby mohla, byť toliko hypoteticky, konstituovat obyčej.

Investor v holdingu a jeho ochrana v arbitrážní judikatuře

V této části práce přistoupíme k aplikaci v předchozích kapitolách diskutovaných teoretických doktrín tak, jak byly v poslední době aplikovány rozhodčími tribunály při řešení sporů z investic. Zaměříme se zde zejména na judikaturu vycházející z pravomoci a příslušnosti založené partikulárními dvou a- vícestrannými smlouvami o ochraně investic. Předmětem diskuze bude investor investice a zejména pak pohled judikatury na holding a *coporate veil* mezi jeho jednotlivými částmi.

5.1. Investor a investice

Režim ochrany investic partikulárních charakterů, tj. na základě mezinárodních smluv, se zabývá nikoliv tolikou ochranou (zejména majetkových práv) státních příslušníků konkrétních států, ale to takových státních příslušníků, kteří mají zvláštní kvality investora.

Kvality investora se odvíjejí od uskutečnění investice, diskutováno níže.

Investor z konkrétního státu je pak osobou, která v konkrétním partikulárním režimu nese další konkrétní znaky tímto režimem definované a vyžadované, zejména konkrétní státní příslušnost.

Dvoustranné smlouvy o ochraně investic mají tendenci neponechávat na obecném mezinárodním právu definici státního příslušníka a většinou přesně definují kdo je státním příslušníkem a tedy za podmínek uskutečnění investice investorem.

5.1.1. Investoři dle BITs

Není účelné pro tuto práci snažit se kvantitativně analyzovat převládající tendenci partikulárních určení státní příslušnosti v jednotlivých BITs, neboť pro každý konkrétní případ je třeba analyzovat tu či onu BIT. Nicméně zásadní doktríny lze vysledovat.

Vzhledem k tomu, že zejména u smluv z počátku 90. let. 20. století nebylo Československo tím, kdo navrhoval či oktrojoval texty (a tudíž vzorová ustanovení) BITs které samo uzavřelo a ratifikovalo, je možné použít seznam smluv, jejíž smluvní stranou je Česká republika jako reprezentativní vzorek pro tuto zběžnou analýzu toho, co je mezi různými státy soudobou kontrakční praxí. Ke dni 20.5.2009 byla Česká republika smluvní

stranou 75 oboustranně ratifikovaných dohod o ochraně investic, a s tímto vzorkem se při následující analýze pracovalo.⁴⁷⁰

5.1.1.1. Investoři – fyzické osoby – dle BITs

Převládajícím určením je státní příslušnost dané konkrétní fyzické osoby dle právního řádu, jehož je státním příslušníkem.⁴⁷¹ Česká republika tak například ze svých 75 dohod (73 publikovaných v Sb. či Sb.m.s.)⁴⁷² pouze v pěti kontrahovala jinou definici investora fyzické osoby, než jako státního příslušníka smluvního státu.^{473 474}

⁴⁷⁰ Zdroj.: Ministerstvo Financí ČR: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ochrana_investic_7570.html (11.06.2009 19:16:27)

⁴⁷¹ Toto je samo o sobě logickou přesmičkou, zacyklením, ale smlovy mají tendenci to takto definovat:

Př: Smlouva o dohodě mezi ČSSR a Hosp. unií Belgicko-lucemburskou o podpoře a ochraně investic, publikovaná v Československu pod č. 574/1992 Sb., čl. 1 odst. 1 a), aa):” *všechny fyzické osoby, které jsou podle československého právního řádu občany Československé socialistické republiky [...]*“

⁴⁷² Například dohoda se Slovenskem, jedním z regionálně významných obchodních partnerů, nebyla v ČR nikdy oficiálně publikována!

⁴⁷³ Definice investora fyzické osoby byla přijata v těchto dohodách:

ČR a Albánie (183/1995 Sb.); ČR a Argentina (297/1998 Sb.); ČR a Austrálie (162/1994 Sb.) pro české občany; ČR a Hospodářská unie Belgicko-lucemburská (574/1992 Sb.) – zde pro občany Č(SS)R, Belgie a Lucemburska; ČR a Bělorusko (213/1998 Sb.); ČR a Bosna-Herzegovina pro českého investora (74/2004 Sb.m.s.); ČR a Bulharskem (103/2000 Sb.m.s.); ČR a ČLR (89/2006 Sb.m.s.); ČR a Dánsko (575/1992 Sb.); ČR a Egypt (128/1994 Sb.); ČR a Estonsko(203/1995 Sb.); ČR a Filipíny (141/1996 Sb.) – zde je ve vztahu k Filipínské republice odkaz na definici v ústavě /srov. čl. IV. Filipínské ústavy z r. 1987 v platném znění/ nicméně toto je jen odlišná legislativní technika; ČR a Finsko (478/1991 Sb.); ČR a Francie (453/1991 Sb.); ČR a Chile (41/1997 Sb.); ČR a Chorvatsko (155/1997 Sb.); ČR a Indie (43/1998 Sb.); ČR a Indonésie (156/1999 Sb.); ČR a Irsko (226/1997 Sb.); ČR a Izrael (73/1999 Sb.) – s explicitním vyloučením dvojích občanů; ČR a JAR (294/1999 Sb.); ČR a Jordánsko (62/2001 Sb.m.s.); ČR a Jugoslávie (dnes platí jak pro Srbsko, tak Černou Horu) (23/2001 Sb.m.s.); ČR a Kazachstán (217/1999 Sb.); ČR a Jižní Korea (125/1995 Sb.); ČR a KLDR (250/1999 Sb.); ČR a Kostarika (68/2001 Sb.m.s.); ČR a Kuvajt (42/1997 Sb.); ČR a Kypr (115/2002 Sb.m.s.); ČR a Libanon (106/2001 Sb.m.s.); ČR a Litva (185/1995 Sb.); ČR a Lotyšsko (204/1995 Sb.); ČR a Maďarsko (200/1995 Sb.); ČR a Makedonie (116/2002 Sb.m.s.); ČR a Malajsie (296/1998 Sb.); ČR a Malta (115/2003 Sb.m.s.); ČR a Maroko (15/2003 Sb.m.s.); ČR a Maricius (62/2000 Sb.m.s.); ČR a Mexico (45/2004 Sb.m.s.); ČR a Moldavsko (128/2000 Sb.m.s.); ČR a Mongolsko (104/1999 Sb.); ČR a Nicaragua (51/2004 Sb.m.s.); ČR a Nizozemí (569/1992 Sb.); ČR a Norsko (530/1992 Sb.); ČR a Panama (96/2005 Sb.m.s.); ČR a Paraguay (38/2000 Sb.m.s.); ČR

5.1.1.2. Investoři – právnické osoby - dle různých BITs

U investorů - právnických osob je třeba v kontextu bilaterálních smluv o ochraně investic analyzovat dva okruhy otázek.

Prvním okruhem otázek je to, jaký test pro určení státní příslušnosti investora z toho či onoho státu konkrétní BIT aplikuje (tedy zejména *inkorporace*, *siège social*, *etc*). Takové určení je samozřejmě *lex specialis* vůči obecnému mezinárodnímu právu, a jako takové má *inter partes*⁴⁷⁵ přednost.

a Peru (181/1995 Sb.); ČR a Polsko (181/1994 Sb.); ČR a Portugalsko (96/1995 Sb.); ČR a Rakousko (454/1991 Sb.) – zde definičně rozdílně pro každou smluvní stranu, ale se stejným výkladovým efektem; ČR a Rumunsko (198/1994 Sb.); ČR a Rusko (201/1996 Sb.); ČR a Řecko (102/1993 Sb.); ČR a El Salvador (34/2001 Sb.m.s.); ČR a Singapur (57/1996 Sb.); ČR a Slovinsko (159/1994 Sb.); ČR a SAE (69/1996 Sb.); ČR a USA (187/1993 Sb.), ve znění dodatkového protokolu pub. pod č. 102/2004 Sb.m.s.); ČR a Španělsko (479/1991 Sb.); ČR a Švýcarsko (459/1991 Sb.); ČR a Tádžikistán (48/1996 Sb.); ČR a Thajsko (180/1995 Sb.); ČR a Tunis (203/1998 Sb.); ČR a Turecko (187/1997 Sb.); ČR a Ukrajina (23/1996 Sb.); ČR a Uruguay (10/2001 Sb.m.s.); ČR a Uzbekistán (202/1998 Sb.); ČR a UK (646/1992 Sb.); ČR a Vietnam (212/1998 Sb.)

⁴⁷⁴ Těmito výjimkami jsou:

BIT ČR a Austrálie (publikovaná v ČR pod 162/1994 Sb.), která australského investora, fyzickou osobu, definuje jako (čl. I odst. c), i): *“vztahu k Austrálii fyzická osoba, která je australským státním příslušníkem nebo jejíž pobyt v Austrálii není podle australského právního řádu časově omezen”*;

BIT ČR a Bosna-Herzegovina (publikovaná v ČR pod 74/2001 Sb.m.s.), která bosensko-herzegovinského investora, fyzickou osobu, definuje jako (čl. I odst. 2. písm. b) (i)) *“ [fyzickou osobu, jejíž statut občana B-H] vyplývá ze zákona platného v Bosně a Herzegovině, pokud [má] trvalý pobyt nebo hlavní místo podnikání v Bosně a Herzegovině”*;

BIT ČR a Kanada (publikovaná v ČR pod 333/1992 Sb.), která oboustranně definuje investora, fyzickou osobu jako (čl. I odst. b) (i)), *„každou fyzickou osobu, která je občanem smluvní strany nebo má trvalé bydliště na jejím území v souladu s jejím právním řádem“*;

BIT ČR a Německo (publikovaná v ČR pod 573/1992 Sb.), která oboustranně definuje investora, fyzickou osobu jako (čl. I odst. 3): *„fyzické osoby se stálým bydlištěm[...]v okruhu působnosti této Dohody, jež jsou oprávněny jednat jako investoři“*;

BIT ČR a Španělsko (publikovaná v ČR pod 647/1992 Sb.), která definuje španělského investora (čl. 2. odst. 2, písm. a), aa): *„[fyzickou osobu, která] v případě španělských investorů sídlí ve Španělsku v souladu se španělským právním řádem“*.

⁴⁷⁵ Diskutováno níže v části 5.2.

Druhým okruhem otázek je pak okruh subjektů (a non-subjektů), které konkrétní smlouvy definují jako investory té či oné smluvní strany.

5.1.1.2.1. Investor (právnícká osoba) konkrétního státu

Je-li možné říci, že u fyzických osob se v BIT většinou odkazuje na státní příslušnost dle právního řádu konkrétní smluvní strany, pak v případě právníckých osob je smluvní definice⁴⁷⁶ extenzivnější. Praxe není v případě právníckých osob tak jednoznačná a odráží v zásadě dvě doktríny určování státní příslušnosti tak, jak diskutované v předchozích částech této práce, jmenovitě princip *inkorporace* a princip *siège social*, včetně jejich vzájemných kombinací.

5.1.1.2.1.1. Princip inkorporace

Princip inkorporace je, jak výše diskutováno, obyčejovým testem pro určení státní příslušnosti. Kromě toho, že je takto součástí obecného mezinárodního práva je pak také testem, který je zakotven v některých smlouvách o ochraně investic jako speciální metoda určení státní příslušnosti korporací. Doktrinálně čistým příkladem aplikace principu inkorporačního je BIT mezi ČR a UK.⁴⁷⁷ Relevantní ustanovení⁴⁷⁸ této smlouvy zní:

„pojem „investoři“ označuje

(i) pokud jde o Českou a Slovenskou Federativní Republiku:

aa) všechny právnícké osoby zřízené podle čs. právního řádu; [...]

(ii) pokud jde o Spojené království: [...]

bb) korporace, firmy a sdružení zaregistrovaná nebo ustanovená v souladu s právem platným v kterékoli části Spojeného království nebo na jakémkoli území, na které bude platnost této Dohody rozšířena v souladu s ustanoveními článku 12;“

⁴⁷⁶ Přesto, že často odkazuje na „bytí právníckou osobou, bytí zřízena, atp.“

⁴⁷⁷ Publikovaná v ČR pod č. 646/1992 Sb.

⁴⁷⁸ Z něhož nicméně tato smlouva určuje výjimku v podobě ust. Čl. 1 odst. 2.

Podobné ustanovení pak aplikují i další smluvní strany, kvantitativně zejména pak ty s *common law* právní kulturou či ty, které ve svém národním právním řádu preferují tento princip.⁴⁷⁹

Princip inkorporační jinými slovy znamená, že státní příslušnost k té či oné konkrétní straně dvoustranné smlouvy o ochraně investic je založen toliko na parametru toho, dle jakého právního řádu byla daná právnická osoba založena (srov. judikáty *Tokios Tokelés*⁴⁸⁰ a *Saluka*.)⁴⁸¹

Tento princip je tak velmi logicky-exaktní a může být využitelný ke konstrukci holdingových struktur, na jejichž základě je možno jednak řetězit a násobit šance k úspěchu v případě potřeby domáhat se odškodnění za poškození investice (příkladem je pan Lauder /USA/ a jeho ovládaná společnost CME /inkorporovaná v Nizozemí/ žalující dle dvou BITs na základě téhož Českou republiku v případech týkajících se TV NOVA)⁴⁸² a jednak jej

⁴⁷⁹ Př. BIT Kanada a ČR (333/1992 Sb.), BIT Austrálie a ČR (162/1994 Sb.) BIT USA a ČR (187/1993 Sb), nebo u nichž lze z geopolitických důvodů usuzovat na to, že jejich moderní právní řády byly vystaveny skrze kulturní orientaci anglo-americkému vlivu (př. Jižní Korea /BIT J. Korea a ČR, č. 125/1995 Sb./; Spojené arabské emiráty/ BIT SAE a ČR, č. 69/1996 Sb./).

Nizozemí, jakož i Dánsko, dva státy s hybridním právním řádem, který je však stále považován za právo více kontinentální než anglosaské, také preferovaly pravidlo inkorporace. Srov. BIT Nizozemí a ČR (569/1992 Sb.) a BIT Dánsko a ČR (575/1992 Sb.), protože je jejich právním řádům vlastní.

(Pozn. Tato diskuze je založená na premise, že Č(SF)R v té době byl zásadně slabší smluvní stranou – a zemí lákající zahraniční kapitál – pročež se lze s rizikem spekulace domnívat, že v roce 1992 to byly právě protistrany z kapitál-exportujících oblastí, které zásadně ovlivňovaly znění daných dohod).

Tento závěr však neplatí u dalších smluvních stran, se kterými také Česká republika kontrahovala princip inkorporace. Vhodným příkladem je Estonsko (publikovaná v ČR pod č. 203/1995 Sb.), které též vnitrostátně aplikuje princip inkorporace a bylo schopno jej do BIT s ČR prosadit.

Pro diskuzi principu inkorporace a toho, kde v národních právních řádech členů ES platí srov.:

Pauknerová, M. *Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle rozhodnutí ESD*. In: Právník 12/2004, s. 1165

⁴⁸⁰ *Tokios Tokelés v. Ukraine*; ICSID case no. ARB/02/18 <http://www.worldbank.org/icsid/cases/tokios-decision.pdf> (30.10.2007 11:49)

⁴⁸¹ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* (PCA), partial award, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf> (10/30/2007 9:57 AM), paras. 240, 241

⁴⁸² Případy *Lauder v. Česká republika* (<http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>) (14.6.2009 14:57:31) a *CME v. Česká republika* (partial award: [© 2010 Tomáš Mach, all rights reserved.](http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-</p></div><div data-bbox=)

využít k vytvoření holdingu, kterým se z domácího kapitálu může stát zahraniční investice, chráněná tak proti zlovůli státu skrze nástroje mezinárodní arbitráže lépe, než toliký domácí subjekt (př. judikát *Tokios Tokelés*),⁴⁸³ nebo k překonávání hospodářsko-politických embarg (blíže k problematice řetězení směrem k domácím investorům v následující závěrečné kapitole).

Proto některé smlouvy vkládají do svých ustanovení výjimky, které mají sloužit jako účelové korektivy inkorporačního principu. Příkladem je ustanovení v BIT ČR a USA:

V čl.I odst. 2. této BIT je inkorporována *proti-nepřátelská doložka*, která by byla v době podpisu této smlouvy našla uplatnění zejména vůči Lybii⁴⁸⁴ a Kubě:⁴⁸⁵

„Každá smluvní strana si vyhrazuje právo odepřít kterékoli společnosti výhody plynoucí z této dohody, pokud takovou společnost kontrolují občané třetí země anebo v případě, že společnost druhé smluvní strany nevykonává žádnou rozsáhlejší podnikatelskou činnost na území druhé smluvní strany nebo je kontrolována občany třetí země, s níž odpírající smluvní strana neudrzuje normální hospodářské styky.“

Cílem této doložky je tedy explicitně nedopustit, aby principem *inkorporace* zejména mohlo být obejito obchodní embargo.

Ta samá BIT dále obsahuje ustanovení čl. VI. odst. 5, které zní:

„V případě rozhodčího řízení, pro účely tohoto článku, každá společnost zákonně ustanovená podle příslušného právního řádu jedné smluvní strany nebo jejího politického podrozdělení, která však bezprostředně před projevením se skutečností nebo skutečností vyvolávajících spor byla investicí státních příslušníků nebo společností druhé smluvní strany, bude považována za

2001PartialAward.pdf), (final award: (http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf)(14.6.2009 14:58:43)

⁴⁸³ Supra.

⁴⁸⁴ Executive Order Presidenta USA č. 12543

(<http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/legal/eo/12543.pdf>) (14.6.2009 22:17:22) zrušen v září 2004: <http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/programs/libya/libya.pdf> (14.6.2009 22:18:34)

⁴⁸⁵ Cuba Democracy Act (US Code TITLE 22. FOREIGN RELATIONS AND INTERCOURSE CHAPTER 69.): (<http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/legal/statutes/cda.pdf>) (14.6.2009 22:21:16)

státního příslušníka nebo společnost této druhé smluvní strany (v souladu s článkem 25 (2) (b) Konvence)”⁴⁸⁶

Toto ustanovení má zásadní význam, neboť svým textem vylučuje, aby byla tato smlouva aplikovatelná na takové právnické osoby, které v době zásahu do jejich práv byly ovládány státními příslušníky státu, proti němuž by žaloba směřovala. Tuto ustanovení tedy vylučuje zacyklení ochrany skrze druhý smluvní stát.⁴⁸⁷

5.1.1.2.1.2. Princip sídla – *siège social*

Dalším z možných způsobů určení příslušnosti investora k tomu či onomu státu je princip *siège social*, tj. skutečného sídla.⁴⁸⁸ Tento princip, mající svůj původ ve francouzském

⁴⁸⁶ V anglické mutaci:

“In the event of an arbitration, for the purposes of this Article any company legally constituted under the applicable laws and regulations of either Party of a political subdivision thereof but that, immediately before the occurrence of the event or events giving rise to the dispute, was an investment of nationals or companies of the other Party, shall be treated as a national or company of such other Party (in accordance with Article 25 (2)(b) of the Convention).”

(zdroj: U.S. Department of Commerce:

http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_002809.asp (14.6.2009 18:22:46),
dodatkový protokol zde: http://tcc.export.gov/static/TGA.Czech_protocol.pdf (14.6.2009 18:27:10)

⁴⁸⁷ Odkaz na čl. 25 Konvence (Washingtonské úmluvy), který ve své relevantní části zní:

„(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.”

je v tomto případě nadbytečný a může činit výkladové potíže. Jeho podstata je však stejná, a to tak, že se aplikuje princip kontroly, v jeho případě *erga omnes*. Toto znamená, že citované ustanovení BIT je s tímto článkem v souladu, je však jeho podmnožinou. Není proto jasné, jaký konkrétní legislativní význam daný odkaz má za předpokladu, že budeme BIT považovat za *lex speciales*.

Cit: text úmluvy (<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA-chap02.htm>) (14.6.2009 18:35:18)

⁴⁸⁸ Judikatura ICSID obsahuje případy, kdy rozhodci zaměňují teoretické přístupy principu nominálního – hlášeného formálního sídla (tj. *registered office*) a *siège social*. Tak např. v případě *Total S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/01, *decision on objections to jurisdiction*,

právním řádu a svou podstatou jsou vlastní zejména kontinentálnímu právu, je však v BITs samostatně aplikován jen výjimečně.⁴⁸⁹

Příkladem použití v BIT, avšak toliko jako jedné z možných variant je BIT mezi ČR a Bosnou-Herzegovinou ve vztahu k definici bosensko-herzegovinského investora.⁴⁹⁰

5.1.1.2.1.3. Kombinace principu sídla a inkorporace a některé nevyřešené otázky *siège social*?

Nejčastěji smlouvy aplikují u právnických osob právě kombinaci principu inkorporace a sídla.⁴⁹¹ Příkladem, kde byl princip *siège social* sice použit společně s principem inkorporace jako jednou z podmínek⁴⁹² avšak v dané podmínce dominuje, je BIT mezi ČR a Filipínami⁴⁹³:

„Pojem "právnická osoba" znamená, s ohledem na obě země, právnické osoby včetně společností, sdružení společností, obchodních právnických osob a jiných organizací, které jsou zřízeny nebo zaregistrovány a v každém případě řádně organizovány a skutečně provádějící hospodářskou činnost podle právního řádu příslušné smluvní

*(<http://ita.law.uvic.ca/documents/TotalSAv.Argentina.pdf>)(19.6.2009 0:30:05) při snaze odůvodnit splnění kombinace principu inkorporace a *siège social*, rozhodci použili jako výklad termínu „registered office“ obratu *siège social*. Cit: „Total has submitted evidence that it was incorporated and constituted in accordance with the laws of France and maintains its registered office (*siège social*) in France[...]*”

⁴⁸⁹ A ani země jeho původu jej neprotagonuje jako nezávislý princip pro své BITs: srov. BIT Francie a Č(SS)R, publ. v ČR pod 453/1991 Sb.

⁴⁹⁰ „[P]ojem „právnická osoba“ znamená právnické osoby zřízené v souladu se zákony platnými v Bosně a Herzegovině, které mají své registrované sídlo, ústřední vedení nebo hlavní místo podnikání na území Bosny a Herzegoviny.“ (BIT mezi ČR a Bosnou-Herzegovinou, čl. 1 odst. 2 písm b) (ii), publikovaná v ČR pod 74/2004 Sb.m.s.)

⁴⁹¹ Při náhodně zvolených dvaceti BITs jichž je stranou ČR (a to s Albánií, Argentinou, Austrálií, Běloruskem, Bosnou-Herzegovinou, Indonésií, Bulharskem, Dánském, Egyptem, Estonskem, Filipínami, Francií, J. Koreou, Nizozemím, SAE, Tureckem, Vietnamem, UK, Rakousem a Finskem) byla kombinace principu inkorporace a sídla zvolena ve 13 případech, tj. 65 procentech.

⁴⁹² A tudíž vyloučení možnosti, že by subjekt inkorporovaný v jiné jurisdikci a podle jiného právního řádu mohl tuto definici splnit.

⁴⁹³ Dalším případem použití tohoto principu například MIT států ASEAN.⁴⁹³ Podle článku I odst. 2 této smlouvy je společnost smluvní strany definována jako „[...] a corporation, partnership or business association, incorporated or constituted under the laws in force in the territory of any Contracting Party, wherein the place of effective management is situated.”

publikovaná pod. 141/1996 Sb.

strany a mají své sídlo na území příslušné smluvní strany, kde je prováděno skutečné řízení společnosti.“ (zvýraznění přidáno)

Dalším ukázkovým případem použití tohoto kombinovaného principu je například MIT států ASEAN.⁴⁹⁴ Podle článku I odst. 2 této smlouvy je společnost smluvní strany definována jako

*„[...] a corporation, partnership or business association, incorporated or constituted under the laws in force in the territory of any Contracting Party, wherein the place of effective management is situated.”*⁴⁹⁵

Budiž na závěr poznamenáno, že tam, kde je test státní příslušnosti postaven na principu *siège social* v kombinaci s inkorporací, není taková jurisdikce vhodná pro tvoření holdingových struktur, kdy společnost založená v takové jurisdikci by měla vlastnit majetek investovaný jinde, nicméně jinak nevykonávat zásadní aktivitu v místě založení a mít statutární orgány usazené v jiné lokalitě.

Důvodem je, že splněna by v takovém případě byla podmínka inkorporace, nikoliv však sídla ve smyslu *siège social*, pročez by zřejmě mohl tribunál dojít k závěru, že nemá v případném sporu o ochranu investic jurisdikci. Krom termínu *sídlo*, by analogicky mohl nastat problém tam, kde smlouva hovoří o inkorporaci a výrazu *trvalé sídlo*, jak diskutováno níže.

5.1.1.2.1.4. Česká republika a tzv. trvalé sídlo

V kontextu určení státní příslušnosti dle principu sídla je problematická část smluvní praxe České republiky.

Vyjděmež z presumpce, že tam, kde je terminologicky použit výraz *sídlo* (bez jakéhokoliv adjektiva) indikuje se test *siège social*. Na tento závěr například usuzuje *Ginther*,⁴⁹⁶ když pod test *siège social* subsumuje takové smlouvy, které používají výrazů

⁴⁹⁴⁴⁹⁴ Agreement for the Promotion and Protection of Investments ze dne 15. prosince 1987 (tzv. 1987 ASEAN Agreement).

⁴⁹⁵ Citováno z judikátu *Youang Chi Oo Trading Pte Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, náleží ze dne 31. března 2001. Publikováno v. 42 ILM 2003, s. 540.

⁴⁹⁶ Ginther, K. *Nationality of Corporations*. In: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. Band XVI/1966, s. 35

„*domicile*“ stejně jako „*central office*“, nebo v případě rozhodného jazyka německého, českému výrazu *sídlo* mateřský termín „*Sitz*“.⁴⁹⁷ Tolik k výše diskutovanému principu *siège social*.

Česká republika však v několika případech kontrahovala test určení státní příslušnosti pomocí výrazu „*trvalé sídlo*“ (vždy v kombinaci zároveň s testem inkorporace). Příkladem je BIT mezi ČR a Albánií,⁴⁹⁸ která v relevantním ustanovení zní:

„Pojem "právnícká osoba" znamená s ohledem na obě smluvní strany jakoukoli společnost zaregistrovanou nebo zřízenou v souladu s jejím právním řádem a uznanou podle jejího práva za právníckou osobu, která má trvalé sídlo na území některé ze smluvních stran.“^{499 500 501}

Co myslely smluvní strany termínem *trvalé sídlo*, není zřejmé. Pokud existoval důvod pro diferenciaci od výrazu *sídlo* (a tedy od principu *siège social*), pak šlo buďto o snahu diferencovat tuto podmínku od principu *siège social* ve prospěch registrovaného (nominálního sídla), a nebo právě podtrhnout význam principu *siège social*.

Co se týče varianty tzv. registrovaného sídla (nominálního sídla),⁵⁰² jednalo by se o situaci, kdyby smluvní strany chtěly připravit půdu pro možnost pod chráněné subjekty subsumovat takové entity, které by byly založeny podle předpisů, umožňujících oficiálně umístit sídlo do jednoho místa (*registered office*), tam určit kontaktní osobu (*registered agent*), avšak naprosto legitimně řízení a většinu obchodních aktivit provozovat jinde. Příkladem jsou takových předpisů jsou však téměř výhradně tzv. nové generace společností

⁴⁹⁷ Ibid.

⁴⁹⁸ č. 183/1995 Sb.

⁴⁹⁹ čl. 1. odst. 2. Písm b) předmětné smlouvy v ČR publikované pod č. 183/1995 Sb.

⁵⁰⁰ Obdobně pak BIT ČR a Bělorusko (v ČR publ. pod č. 213/1998 Sb.).

⁵⁰¹ Výraz v souladu s právním řádem v této české verzi je zavádějící, srov. proto originál (poskytnutý MFČR):

„The term "legal person" shall mean, with respect to either Contracting Party, any entity incorporated or constituted in accordance with, and recognized as legal person by its laws, having permanent residence in the territory of one of the Contracting Parties.“

Je zřejmé, že správný překlad je v daném případě „podle právního řádu“, neboť v souladu může být i něco, co se však řídí co do svého statutu jiným právem.

⁵⁰² Tj. formálně udávaného sídla

s omezeným ručením, které však nejsou plátcí daně z příjmu „tzv. *flow through entities*“, zakládaných v některých státech USA (LLC),⁵⁰³ jakož i společnosti zakládané v tzv. *offshore* jurisdikcích.⁵⁰⁴

Vzhledem k tomu, že Česká republika zatím takovou úpravu nepřijala, nelze považovat tento výklad za udržitelný. Navíc, nebyl by zde důvod pro kombinaci testu inkorporace s výrazem *trvalé sídlo*, neboť princip inkorporace by vzhledem k územní působnosti těch či oněch korporátních předpisů, podle nichž by se taková společnost zakládala, dostačoval.

Druhý výklad, tj. akcent na *siège social* je však také velmi nešťastný. Jednak proto, že výraz *trvalé sídlo* je jak výše argumentováno dvojsmyslný, a za druhé proto, že je nadbytečný, vzhledem k ustálenému přístupu k výkladu slova *sídlo*.⁵⁰⁵

Autentický text předmětných smluv⁵⁰⁶ však používá výraz „*permanent residence*.“ Tento výraz je dle názoru autora odlišný od dikce výrazu *trvalé sídlo*⁵⁰⁷ a implikuje spíše lokalitu, kde je „relativně trvale“ etablován management – tedy *siège social*.

V rovině hypotéz lze tedy dovodit, že tam, kde je používán výraz *trvalé sídlo*, je míněno sídlo ve smyslu *siège social*. Budiž též poznamenáno, že Česká republika byla skrze

⁵⁰³ Neboť podle Amerického Internal Revenue Code (IRC), subchapter K), se LLC považuje za „*partnership*“, tj. v širším smyslu analogie veřejné obchodní společnosti, kdy daní není zatížena tato právnická osoba, ale její členová. (srov: Friedland, J.A. *Understanding Partnership and LLC Taxation*. 2nd Ed. Newark: Matthew Bender. 2003, s. 1) Tohoto využily některé členské státy USA k vytvoření právnických osob, které splňují svou definici, při dodržení některých pravidel, podmínky podkapitoly K IRC, a které se stávají atraktivním nástrojem pro inkorporaci, lákajíc tak kapitál do těchto států. Příkladem takové jurisdikce je Florida a její Limited Liability Companies Act (FL Sec. 608.401 a násl, 2003). Floridské předpisy požadují existence *registered office* na území státu Florida, přičemž *principal office* lze designovat kdekoliv v rámci USA. Podobné předpisy existují typicky v Delaware, Nevadě, či například New Yorku (New York nicméně kromě federálních daní zatěžuje své residenty státní daní z příjmu, a činí tak i některé jeho municipality – např. New York City, a proto není tak často využíván k mezinárodnímu korporátnímu plánování.)

⁵⁰⁴ Seychely: International Business Companies Act 1994, čl. 38

⁵⁰⁵ Viz. Ginter, supra.

⁵⁰⁶ Který v ČR nebyl vyhlášen, nicméně autor vychází z fotokopie podepsaného textu poskytnutého mu Ministerstvem financí ČR.

⁵⁰⁷ I když též nevhodný ve vztahu k právnické osobně

její ministerstvo financí oslovena, aby poskytla informace o tom, jak si interně toto ujednání vykládá, což však svým rozhodnutím č.j. 10/53 757/2009/2309 IK - 461⁵⁰⁸ odmítla sdělit.

V každém případě je daná terminologie nejasná a nanejvýš nešťastně zvolená.

5.1.1.2.2. Investor (právnícká osoba) se subjektivitou i bez ní?

Většina dvoustranných smluv o ochraně investic, které byly předmětem analýzy této práce hovoří o investovi, právnícké osobě, jako o „právnícké osobě“ a přesto, že upravuje otázku, zda se jedná o právníckou osobu dle *inkorporace* či *siège social*, neřeší nutně otázku co je právníckou osobou. V takovém případě pak nezbývá, než aby případná judikatura vykládala tento termín.

Problémovým výkladům nicméně některé smluvní státy předcházejí. Za vzorový příklad lze považovat smlouvu ČR s Bulharskem (v ČR pub. pod č. 103/2000 Sb.m.s.), která upravuje vedle fyzické osoby kategorii právníckých osob následovně:

„jak[ákoliv] společnos[t], organizac[e] nebo sdružení s právní subjektivitou nebo bez ní, zaregistrovan[á] nebo zřízen[á] v souladu se zákony kterékoliv ze smluvních stran a která má sídlo na jejím území.“⁵⁰⁹

Analogicky pak smlouva mezi ČR a Austrálií reflektuje oblast *common law* (i když nepředchází problému s otázkou toho, zda musí mít daný investor plnou právní subjektivitu) když definuje investora následovně:

„d) "společností" se rozumí jakýkoliv spolek, sdružení, podílnictví,⁵¹⁰ trust nebo jiná právně uznaná jednotka, která je zřízena, založena nebo jinak řádně organizována:

⁵⁰⁸ Rozhodnutí Ministerstva financí ČR ze dne 30. června 2009, č.j. 10/53 757/2009/ IK – 491, vydané k autorově žádosti dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, v platném znění.

⁵⁰⁹ BIT ČR a Bulharsko (v ČR pub. pod č. 103/2000 Sb.m.s.), článek 1 odst. 2., druhá odrážka.

⁵¹⁰ Výše citovaný text je oficiální český text publikovaný ve sbírce zákonů. Jedná se však o velmi nekvalitní překlad. Slovo podílnictví, tak známé českému trestnímu právu, je zde samozřejmě špatným překladem slova *partnership* (tedy osobní obchodní společnosti, která má v rámci *common law* nejbližší k české v.o.s.): Srov. Anglickou verzi textu v Australské sbírce (Australian Treaty Series 1994 No 18):

“(d) "company" means any corporation, association, partnership, trust or other legally recognised entity that is duly incorporated, constituted, or otherwise duly organised:

- i) podle právního řádu smluvní strany, nebo
- ii) podle právního řádu třetí země a vlastní ji společnost uvedená v odstavci 1 písm. d) bodu i) tohoto článku, nebo fyzická osoba, která je občanem jedné smluvní strany v souladu s jejím právním řádem, bez ohledu na to, je-li společnost zřízena k výdělečným účelům, je-li v soukromém nebo jiném vlastnictví nebo má-li omezené nebo neomezené ručení;⁵¹¹

Praktické problémy s výkladem toho, jaká entita může být subsumovatelná pod investora (právníckou osobu) již musela judikatura řešit. Vzorovým příkladem, který může v globalizovaném světě najít do budoucna mnoho analogických variací je případ španělských nástrojů kolektivního investování na ruském akciovém trhu, *Yukos (Renta 4 S.V.S.A. et al. v. Russia)*.⁵¹²

Daný případ byl reakcí na postup ruských úřadů v kontextu násilného ovládnutí společnosti Yukos. Mezi žalobci domáhajícími se v tomto případě náhrady škody za poškození investice tím, že ruský stát souhrou exekutivních a soudcovských zásahů připravil Yukos o majetek, přičemž žalobci byli akcionáři společnosti Yukos.

Mezi žalobci byly dva *fondy kolektivního investování*⁵¹³ založené dle španělského práva.⁵¹⁴ Podobně jak je tomu v právu českém,⁵¹⁵ jedná se o entity založené na jakési moderní

(i) *under the law of a Contracting Party, or*

(ii) *under the law of a third country and is owned or controlled by an entity described in paragraph (1)(d)(i) of this Article or by a natural person who is a national of a Contracting Party under its law, regardless of whether or not the entity is organised for pecuniary gain, privately or otherwise owned, or organised with limited or unlimited liability;”*

Též online: <http://portsea.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1994/18.html> (13.6.2009 18:42:54)

⁵¹¹ BIT ČR a Austrálie (v ČR pub. pod. 162/1994 Sb.), Čl. 1 odst. d).

⁵¹² *Renta 4 S.V.S.A., AHORRO CORPORACIÓN EMERGENTES F.I., AHORRO CORPORACIÓN EUROFONDO F.I., ROVIME AINVERSIONES SICA V S.A., QUASAR DE VALORES SICA V S.A., ORDOR DE VALORES SICA V S.A. GBI 9000 SICA V. S.A. v. The Russian Federation*. Sp.zn. V (024/2007). při Stockholmském centru SCC. Award on preliminary objections ze dne 20. března 2009

⁵¹³ Žalobci číslo dvě a tři – “Emergentes” a “Eurofondo”

⁵¹⁴ Z. č. 35/2003 ze dne 4. Listopadu 2003; srov. Nález *Yukos*, s. 52, para. 122

⁵¹⁵ *Podílové fondy* ve smyslu § 6 a násl. Zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, v platném znění:

kontinentální právní analogii trustu s tím, že *beneficiaries* je široká skupina osob, které se skrze cené papíry podílejí na tom či onom fondu. Fond sám o sobě je pak spravován investiční společností.^{516 517}

BIT mezi Ruskem a Španělskem definuje investora následovně:

„(a) Any individual having the nationality of either Party and entitled under the relevant legislation of that Party to make investments in the territory of the other Party;

*(b) Any corporate body established in accordance with the legislation of either Party, domiciled in its territory, and allowed under the legislation in force there to make investments in the territory of the other Party.“*⁵¹⁸

Tato dohoda se tedy sice nevyjadřuje explicitně k právní subjektivitě, nicméně slovo *corporate body* naznačuje, že účelem úpravy bylo tímto ustanovením krýt právnické osoby (s vlastní subjektivitou).⁵¹⁹

Dané investiční fondy nemají podle španělského práva (plnou) právní subjektivitu. Odborné vyjádření předložené žalobci poté, co Rusko namítlo neexistenci jejich právní subjektivity (a tudíž to, že předmětné fondy nejsou kryty danou BIT mezi Španělskem a Ruskem (původně SSSR)), shrnulo právní postavení těchto entit ve španělském právu následovně:

„Although it is clear that [Eurofondo] and [Emergentes] are not a corporate body (“persona jurídica“) it is also clear that they are capable of acquiring rights and obligations of contractual nature. They can own property ... They were authorized to operate by the Spanish Stock market regulator (Somisión Nacional de Mercado de

Podílový fond dle § 6 odst. 2. zákona o kolektivním investování je definován následovně:

„Podílový fond je souborem majetku, který náleží všem vlastníkům podílových listů podílového fondu (dále jen “podílníci“), a to v poměru podle vlastněných podílových listů. Podílový fond není právnickou osobou.“

⁵¹⁶ V konkrétní případě byla investiční společností Ahorro Corporación Gestión SGIIC; srov. Nález *Yukos*, s. 53

⁵¹⁷ V české pozitivní terminologii nyní: investičním fondem (právnickou osobou) srov. z.č. 189/2004 Sb.

⁵¹⁸ Cit. z nálezu *Yukos*, s. 52

⁵¹⁹ K termínu *corporate body*, srov. například termín *body corporate* tak, jak jej zná Britský Companies Act 2006 platný v Anglii, Walesu, Skotsku a Severním Irsku. (ch 46, section 16) Též online: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/pdf/ukpga_20060046_en.pdf (13.6.2009 19:53:35)

*Valores – CNMV) and are registred entities, as required under section 10 of the above act ... In the ordinary course of business, these and similar investment funds sometimes become involved in legal actions, both as claimants and respondents, regarding the rights and obligations they acquire during their activities. When these situations arise, the Funds' claims are asserted on their behalf by their management companies, following the same pattern established by our civil system to have represented by a court the interest of minors [...]*⁵²⁰

Tribunál nicméně argument žalobců nepřijal a odmítl možnost subsumpce takovéto entity pod definici *corporate body* a rozhodl ve vztahu k těm žalobcům, kteří byli fondy kolektivního investování, že nemá jurisdikci.⁵²¹

Závěr který tribunál v případě *Yukos* vyřkl se může zdát být rigorózní, nicméně odpovídá vůli stran BIT, neboť těmto nic nebránilo rozšířit definici investora podobně, jako tak učinilo Bulharsko v BIT s Českou republikou.^{522 523}

5.1.2. Investor přímý a nepřímý

Dvoustranné smlouvy o ochraně investic často obsahují ustanovení o přímé či nepřímé investici, skrze níž lze definovat investora přímého a nepřímého, nejlépe na následujícím příkladu.

Jak bude ilustrováno níže, investice může být vše od akvizice majetku, přes obchodní podíly až po například licence k provozování určité činnosti, atp.

⁵²⁰ Odborné vyjádření adv. Antoino Hierro, AK Cuatrecasas jak citováno v nálezu *Yukos*, str. 52 a 53.

⁵²¹ Tribunál dále vyjádřil pochyby o tom, že by jejich manažerské společnosti uspěly se žalobou jako procesní účastníci, neboť tyto společnosti by také nespĺnily rigorózně vykládanou definici investora. *Yukos*.⁵²² č. 103/2000 Sb.m.s.

⁵²³ Argumentem proti může být, že smlouva z dob existence SSSR nemohla plně pokrýt vývoj práva cenných papírů v zemích kontinentální Evropy, kdy si zákonodárce není přesně jistý jak dané entity, jeho právní kultuře cizí klasifikovat. Toto nicméně nemůže být důvodem pro extenzivní výklad BIT, který by šel za hranice č. 31 Vídeňské úmluvy o smluvním právu. Odst. 1 článku 31 VUSP, který akcentuje jazykový a kontextuální výklad nenaznačuje, že by snad extenzivní výklad výrazu *corporate body* mohl obstát. Sekundární výkladové nástroje, zejména *travaux préparatoires* by hypoteticky mohly tento názor zvrátit, tato však autor nemá k dispozici a považuje za nepravděpodobné, vzhledem k době vzniku smluvního ujednání, že by toto mohlo být pravděpodobné.

Vzmemme-li ku příkladu v potaz obchodní podíl na společnosti, pak taková společnost je *de facto* nástrojem investice („*investment vehicle*“) a hodnota jejího podniku má vliv na hodnotu obchodního podílu.

Přímým investorem je v takovém případě ten, kdo bezprostředně vlastní daný obchodní podíl. Zřídím-li tedy, řekněme, v České republice společnost *Televize, s.r.o.*, a jejím jediným společníkem bude nizozemská *Tv, BV*, jejímž společníkem zase bude občan USA *Joe Smith*, pak *Tv, BV* je přímým investorem v České republice a *Joe Smith* je v České republice investorem nepřímým. Protože BIT mezi ČR a USA poskytuje ochranu i investicím nepřímým,⁵²⁴ je možno, aby se pro případ poškození zájmů společnosti *Televize, s.r.o.* domáhal ochrany své investice a případného odškodnění proti České republice napřímo *Joe Smith*. Skutečným příkladem takového scénáře je spor *Lauder v. Česká republika*.⁵²⁵

Pozice přímého investora samozřejmě není takovouto aktivitou dotčena, neboť se jedná o dva samostatné subjekty. Ani argument *litis pendens* ani *rei iudicata* proto pro absenci totožnosti stran není přípustný.⁵²⁶ Oba subjekty mohou proto postupovat proti státu, ve kterém se domnívají, že byly poškozeny jejich investice (přestože ve své podstatě identické) nezávisle.⁵²⁷

5.1.2.1. Investor přímý a nepřímý, paralelní žaloby a tzv. *Barcelona Traction – clause*

Protože možnost řetězení, resp. multiplikace, sporů z ochrany investic a tzv. *double-recovery* je vnímána některými státy jako nežádoucí, začaly se postupně v BITs objevovat

⁵²⁴ Čl. 1 odst. a) BIT ČR a USA (v ČR publ. pod č. 187/1993 Sb.):

„a) *“investice” označuje jakýkoli druh investice na území jedné smluvní strany, která je vlastněna nebo je přímo či nepřímo kontrolována státními příslušníky nebo společnostmi druhé smluvní strany, jako je akcie, pohledávka, smlouva o službách a investiční smlouva, a zahrnuje:[...]”* (zvýraznění přidáno)

⁵²⁵ <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf> (17.6.2009 17:25:44)

⁵²⁶ Srov. názor tribunálu v případě *Lauder v. Česká republika*, supra, para. 171, cit. níže.

⁵²⁷ Srov.: *CME v. Česká republika*; http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf (17.6.2009 17:41:45)

ujednání, která tento efekt omezují. *Peters*⁵²⁸ je s odkazem na čl. 64 judikátu *Barcelona Traction*⁵²⁹ označuje jako tzv. „*Barcelona Traction-clauses*“.

Tato ustanovení jsou co do své kvality a efektu rozdílná a v novějších BITs jsou lépe formulovaná než ve starších.⁵³⁰ Jejich společným účelem nicméně je eliminovat tzv. *double-recovery*, resp. paralelní řízení s rozdílným žalobcem tak, že omezují možnost přímého investora žalovat pouze na ty případy, kdy jeho akcionář (dle dikce konkrétní smlouvy ovládající subjekt, majoritní akcionář, atp.) nemůže sám žalobu vznést, resp. definováno obráceně, zamezuje vznesení žaloby přímým investorem (nepřípustnost – inadmissibility), pokud může žalobu vznést investor nepřímý.

⁵²⁸ Peters, P. *Some Serendipitous Findings in BITs: the Barcelona Traction Case and the Reach of Bilateral Investment Treaties*. In: Denters, E., Schrijver, N. *Reflections on International Law from the Low Countries. Liber Amicorum Paul Waart*. Amsterdam: Kluwer Law. 1998, s. 34

⁵²⁹ *Barcelona Traction, Ligth and Power Company, Limited. (Belgium v. Spain)*, second phase, 1970 ICJ Rep 3 na 40

⁵³⁰ Srov. např. první takové ujednání v BIT mezi Hosp. unií Belgicko-lucemburskou a Srí Lankou z r. 1982:

“it is an understanding between Contracting Parties that:

1. *If physical or legal person of one of the Contracting Parties enjoy a decisive and Substantial Interest in the equity of a foreign company which is not [a] Belgian Luxembourg or Sri Lankan Company, which should itself be owner of shares of a company of the other Contracting Party, this latter Party shall apply the protection referred to in Article 5 of this agreement [expropriation] to the aforementioned physical or legal persons, shareholders of the foreign company concerned;*
2. *This provision shall only be applicable if the State of the foreign company concerned and the Contracting Party in the territory of which the investments have been made, have concluded an agreement for the promotion and protection of investments;*
3. *Provided Further that the Contracting Party referred to in paragraph 1, or the physical or legal persons of this Party, shall enjoy the protection of Article 5 of this agreement only when the State in which the company is incorporated or constituted and the foreign company concerned renounce their claim under the agreement for the promotion and protection of investments concluded with the Contracting Party in the territory of which the investment is made. “ (Peters, supra, s. 43)*

a ujednání v v přílohovém protokolu mezi BIT Švýcarsko a Č(SS)R (v ČR publ. pod. č. 459/1991 Sb.):

„(2) Investoři, na něž se vztahuje článek 1, odstavec (1), písmeno c) nemohou vznést nárok podle článku 6 této Dohody, pokud by náhrada poskytnuta [sic – byla poskytnuta] v souladu s obdobným ustanovením v jiné dohodě o ochraně investic, uzavřené smluvní stranou, na jejímž území byla investice uskutečněna.“

Vzhledem ke vztahu a situaci v případě *Barcelona Traction*, pak někdy je jako podmínka voleno nejen to, že přímý či nepřímý investor (jeden či druhý) nemůže vznést žalobu, ale že domovský stát jednoho z nich nemůže vyvíjet aktivitu v podobě diplomatické ochrany.

Vzorovým příkladem je BIT mezi Hosp. unií belgicko-lucemburskou a ČLR z r. 1984: „*For the purpose of Article 4 [expropriation]⁵³¹ of this Agreement, if investors of one Contracting Party own capital stock in a foreign company, other than a Belgian, Luxembourg or Chinese company, and this company itself owns capital stock in a company of the other Contracting Party, the latter Contracting Party shall apply Article 4(1) and (2) of the Agreement to the above-mentioned investors who are shareholders in the foreign company in question. The foregoing provision only applies in case the foreign company or its home State were unable to exercise a right to compensation or in case that State renounced a claim to compensation.”⁵³²*

(zvýraznění přidáno)

5.1.3. Investor dle BITs a ICSID

Krom definice investora v partikulární smlouvě o ochraně investic je pro značnou část mezinárodních rozhodčích řízení relevantní ještě definice investora dle tzv. Washingtonské úmluvy, která zakládá jurisdikci ICSID, jakož i právní rámce pro spory v situaci, kdy rozhodčí doložkou či smlouvou je diagonální smlouva mezi státem místa investice a investorem.⁵³³

Tato smlouva definuje státního příslušníka toho či onoho smluvního státu následovně (čl. 25 odst. 2):

„(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but

⁵³¹ Peters, supra. 43

⁵³² Citace z Peters, supra, s. 43

⁵³³ Ať již pro spory přímo relevantní k investici, či pro další spory (v. rámci tzv. *additional facility*). Pro diskuzi role ICSID centra a úmluvy odkazují na část práce pod č. 1.3.

does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.“ (zvýraznění přidáno)

Jinými slovy, Washingtonská úmluva (ICSID Konvence) akcentuje princip kontroly a tento upřednostňuje před principem inkorporačním.

Protože dvoustranné smlouvy o ochraně investic (BITs) často, mj.⁵³⁴ odkazují na ICSID jako na centrum, které je příslušné pro řešení diagonálních sporů z ochrany investic mezi státními příslušníky na bázi těchto BITs, kdy tyto smlouvy mají vlastní metody určení státní příslušnosti – zejména princip *inkorporační* a kombinaci principu *inkorporačního a siege sociel*, dostávají se ustanovení BITs a ICSID Konvence do rozporu, který je nutno interpretačně řešit.

Taková situace nastala v případě *Tokios Tokéles*.⁵³⁵ V daném případě společnost založená podle práva Litvy stoprocentně vlastnila dceřinou společností založenou na Ukrajině, *Taki spravy*. Společnost *Tokios Tokéles* byla nicméně z devadesáti devíti procent vlastněna

⁵³⁴ Vedle toho jsou samozřejmě v BITs definována i další centra či rozhodci *ad hoc*, často alternativně: Tak např. BIT ČR a Israel (v ČR pub. pod. č. 73/1999 Sb.) má následující ustanovení pro spor z investice mezi investorem a druhým státem (čl. 7 odst. 2) :

„2. Jestliže jakýkoli spor mezi investorem jedné smluvní strany a druhou smluvní stranou nemůže být takto vyřešen ve lhůtě šesti měsíců, je investor oprávněn předložit spor:

a) příslušnému soudu smluvní strany, na jejímž území byla investice uskutečněna; nebo

b) Mezinárodnímu středisku pro řešení sporů z investic (ICSID) s přihlédnutím k použitelným ustanovením Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany jiných států, otevřené k podpisu ve Washingtonu D. C. 18. března 1965; nebo

c) rozhodci nebo mezinárodnímu rozhodčímu soudu zřízenému *ad hoc* odsouhlasenému stranami ve sporu. Rozhodčí soud bude ustaven podle principů obsažených v článku 8.“

⁵³⁵ *Tokios Tokelés v. Ukraine; ICSID case no. ARB/02/18* <http://www.worldbank.org/icsid/cases/tokios-decision.pdf> (30.10.2007 11:49)

fyzickými osobami – státními příslušníky Ukrajiny a i její management byl většinově složen z ukrajinských státních příslušníků.⁵³⁶

Podle BIT mezi Litvou a Ukrajinou je ve vztahu k Litvě investorem, právnickou osobou: „any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations.”⁵³⁷

Ukrajina se v daném případě snažila přesvědčit tribunál o tom, že umožnění žalobě Tokios Tokéles za těchto podmínek by bylo v rozporu s účelem ICSID Konvence (a proto aby tribunál *pierced the corporate veil*).⁵³⁸ Snažila se tak činit analogií na ustanovení *Evropské energetické charty a BIT mezi USA a Argentinou*, které zná možnost preference principu kontroly nad principem inkorporace.⁵³⁹⁵⁴⁰ Tribunál však ve svém většinovém názoru nesouhlasil, odmítl neopodstatněnou analogii a konstatoval na bázi těchto argumentů naopak:

*“These investment agreements confirm that state parties are capable of excluding from the scope of the agreement entities of the other party that are controlled by nationals of third countries or by nationals of the host country. The Ukraine-Lithuania BIT, by contrast, includes no such “denial of benefits” provision with respect to entities controlled by third-country nationals or by nationals of the denying party. We regard the absence of such a provision as a deliberate choice of the Contracting Parties. In our view, it is not for tribunals to impose limits on the scope of BITs not found in the text, much less limits nowhere evident from the negotiating history.”*⁵⁴¹

Jinými slovy, tribunál jednoznačně vyjádřil přesvědčení, že ujednání v konkrétní BIT je třeba považovat za *lex specialis* k úmluvě ICSID, která jinak určuje procesní otázky.

⁵³⁶ Tokios Tokéles, supra, s. 8

⁵³⁷ BIT mezi Litvou a Ukrajinou, čl. 1 odst. 2. Citováno z judikátu Tokios Tokéles, supra.

⁵³⁸ Tokios Tokéles, supra, s. 8

⁵³⁹ Tokios Tokéles, supra, s. 14-15

⁵⁴⁰ Podobně je tomu v případě BIT USA a Česká republika, čl. VI odst 5. (187/1993 Sb.):

„V případě rozhodčího řízení, pro účely tohoto článku, každá společnost zákonně ustanovená podle příslušného právního řádu jedné smluvní strany nebo jejího politického podrozdělení, která však bezprostředně před projevením se skutečností nebo skutečností vyvolávajících spor byla investicí státních příslušníků nebo společností druhé smluvní strany, bude považována za státního příslušníka nebo společnost této druhé smluvní strany (v souladu s článkem 25 (2) (b) Konvence)“

⁵⁴¹ Tokios Tokéles, supra, s. 15, para. 36

Je třeba poznamenat, že ne všichni členové tribunálu v případě *Tokios Tokéles* s daným závěrem souhlasili. *Weil* se ve svém *dissenting opinion*⁵⁴² ostře ohradil proti tomuto závěru. Důvodem tohoto jeho disentu je účel (*object and purpose*)⁵⁴³ smlouvy ICSID, jenž je poskytovat ochranu *mezinárodním investicím*.⁵⁴⁴

Se závěrem profesora *Weila* nicméně nelze souhlasit. Jeho postoj by byl naprosto správný, kdyby se jednalo o spor, který by byl rozhodován na bázi diagonální rozhodčí doložky z přímé smlouvy o investici (např. koncese), pro kterou by bylo rozhodné právo státu investice, bez toho, aniž by se tato doložka odvíjela od existující BIT. Jinak řečeno, pokud by se jednalo o spor, který by byl rozhodován na základě bezprostřední rozhodčí doložky tak, jak bylo původně zamýšleno, že bude ICSID fungovat, pak by byl samozřejmě určující čl. 25 ICSID Konvence a *Weil* by měl pravdu.

Pokud však je pravomoc a příslušnost ICSID centra odvozena od kontrétní BIT, která stanovuje zvláštní podmínky - včetně určení toho, kdo je investor toho či onoho státu, který, může přijmou tzv. *standing offer* druhého smluvního státu, k arbitráži (a tak akceptací uzavřít rozhodčí doložku), pak by diskuze nad tím, zda a jakou má státní příslušnost konkrétní právnická osoba, odporovala vůli stran BIT (a tedy šla svojí interpretací též proti smyslu čl. 31 VUSP).

⁵⁴² http://ita.law.uvic.ca/documents/tokios-dissenting_opinion_000.pdf (9.7.2009 20:12:53)

⁵⁴³ Srov. čl. 31 VUSP

⁵⁴⁴ Cit. (http://ita.law.uvic.ca/documents/tokios-dissenting_opinion_000.pdf):

„[...] In other words, my dissent does not relate to any particular aspect of this brilliantly drafted Decision, or to any particular assessment of the facts, but rather to what I would call the philosophy of the Decision. I would fail in my duty if I were to conceal my doubts out of friendship for my colleagues.

2. The ICSID system rests on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States signed on March 18, 1965 (hereafter: the Convention), which had been formulated by the Executive Directors of the World Bank and to which both Lithuania and Ukraine are parties. The object and purpose of the Convention are set out in the Report of the Executive Directors on the Convention as well as in the provisions of the Convention itself.

3. The Report of the Executive Directors on the Convention explains that the creation of ICSID was “designed to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors” with a view to “stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it.” [...]

Obavy profesora Weila o tom, že ICSID by mohl přestat být atraktivní, pokud by se v této judikatuře pokračovalo, jsou sice opodstatněné,⁵⁴⁵ nicméně není na ICSID tribunálu, aby toto měnil. Je na znění každé konkrétní BIT, aby se takové situaci, kdy efektivně je možno poskytnout ochranu státnímu příslušníku jsoucímu na konci řetězce holdingu proti jeho vlastnímu státu, vyloučila, a je tedy na konkrétních smluvních státech, aby toto zasmluvnily.⁵⁴⁶

Na rozhodčím tribunálu je, aby postupoval podle rámce, který mu smluvní strany arbitráže (a konstruktéři tohoto rámce ve smyslu signatářů relevantních BIT) nastaví, a respektoval tak definice, které smluvní strany BIT postaví jako součást pravidel hry, včetně toho, jak je definován investor.

Za zmínění stojí dále závěr komise pro právo mezinárodních investic při ILA, která v kontextu případu *Tokios Tokéles* a využívání režimů BIT:

„[...] in relation to the offshore incorporation of companies for the specific purpose of taking advantage of BIT protection in the host country [...] especially after the Tokios Tokéles case [...] [t]here are arguments both for and against the [...] jurisdiction. Indeed it could be said that the decision simply reflects the reality fo global business operations and the diminishing importance of the nationality of the corporate promoters and owners.[...]“⁵⁴⁷

5.1.4. Investor v holdingu dle Konvence ICSID: nález v případě *Amco v. Indonésie*.

V kontextu diskutování investora dle ICSID Konvence stojí mimo rámec výše diskutovaného zmínit závěry ICISD tribunálu v případě *Amco v. Indonésie*⁵⁴⁸. Postoj tohoto tribunálu je relevantní i pro níže v této kapitole diskutované, nicméně pro zvolenou strukturu této práce a své relativní stáří (1983) bude zmíněn samostatně.

⁵⁴⁵ Stejně tak však u jakéhokoliv jiného centra, budiž to ICC, SCC, či LCIA

⁵⁴⁶ Jak činí např. USA ve své standardní BIT, srov. již zmiňovanou BIT USA a ČR, čl. VI odst. 5. (v ČR pub. pod. 187/1993 Sb.)

⁵⁴⁷ Muchlinski, P. (et al.) *Draft of the Final Report on International Law on Foreign Investment*. International Law Association Rio de Janeiro Conference (2008) Online: [http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/93B50EA9-5609-4501-915629DBEE9FDAA7\(21.6.2009 20:17:06\)](http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/93B50EA9-5609-4501-915629DBEE9FDAA7(21.6.2009%20:17:06)), s. 5

⁵⁴⁸ *Amco Asia Corp. et al. v. The Republic of Insonesia*. award on jurisdicion ze dne 25. září 1983., publikováno v 23 ILM 1984, s. 352

V daném případě se jednalo o spor mezi koncernovým investorem a Indonésií. Investor založil v Indonésii společnost P.T. Amco Indonesia. Tato byla ovládána společností Amco Asia Corporation (inkorporovaná v Delaware), která zase byla ovládána společností Pan American Development Limited, která patřila jistému panu Tan, nizozemskému státnímu příslušníkovi residujícímu v Honkongu. Žalobu vznesly toliko společnosti, nikoliv fyzická osoba na špici koncernu.

Indonésie se snažila rozporovat jurisdikci (pravomoc a příslušnost) tribunálu mimo jiné tak, že protože žaloba byla primárně vznesena americkou společností, (konkrétně Amco Indonesia),⁵⁴⁹ pro její zahraniční kontrolu je situace taková, kdy to není ona, kdo je faktickou ovládající osobou, ale je jím daný pan Tan, státní příslušník Nizozemí. Indonésie se jinými slovy snažila prolomit skrze *corporate veil* mezi jednotlivými částmi koncernu až k efektivnímu vlastníkovi a tvrdit, že protože on není v daném případě žalobcem, nemá tribunál jurisdikci.

Tribunál tento argument odmítl a odmítnuvše i ostatní shledal, že v daném případě konkrétní struktury, kdy smluvní stranou byla v Indonésii inkorporovaná P.T. Amco Indonesia, má jurisdikci dle čl. 25 ICSID Konvence.

Komentář tribunálu k výše uvedené námitce o efektivním vlastníku však má širší implikaci v kontextu diskuze holdingu a státních příslušností jednotlivých článků takového uskupení, pročež si zaslouží na tomto místě ocitovat:

„[...] Respondent contends that the true controller of P.T. Amco was not of American Nationality, since, it alleges, Amco Asia itself was controlled by Mr. Tan, a dutch citizen residing in Hong Kong, through Pan American, a Hong Kong company of which said Mr. Tan was the sole or the main shareholder.

To take this argument into consideration, the Tribunal would have to admit first that for the purpose of article 25-2(b) of the Convention, one should not take into account the legal nationality of the foreign juridical person which controls the local one, but the nationality of the juridical or natural person who control the controlling juridical person itself: in other words, to take care of a control at the second, and possibly third, forth or xth degree.

⁵⁴⁹ Srov. Ibid., s. 361

*Such a reasoning is, in law, not in accord with the Convention. Indeed, the concept of nationality is there a classical one, based on the law under which the juridical person has been incorporated, the place of incorporation and the place of the social seat. An exception is brought to this concept in respect of juridical persons having the nationality, thus defined, of the Contracting state party to the dispute, where said juridical persons are under foreign control. But no exception to the classical concept is provided for when it comes to the nationality of the foreign controller, even supposing – which is not at all clearly stated in the Convention – that the fact that the controller is the national of one or another foreign State is to be taken into account[...]*⁵⁵⁰

5.1.5. Investice

Investice, tj. předmět ochrany je v partikulárních BITs definována různě, nicméně jedná se o široký seznam položek, které lze pod množinu investic zařadit. Typicky se jedná o následující aktiva:

- a) společnost nebo akcie či jiné podíly na společnosti, nebo podíly na jejích aktivech,⁵⁵¹
- b) movitý a nemovitý majetek a všechna věcná práva s tím spojená, včetně hypoték, zástav a ručení,⁵⁵²
- c) peněžní pohledávky nebo nároky na plnění, které mají ekonomickou hodnotu a které jsou spojené s investicí,⁵⁵³

⁵⁵⁰ Ibid., s. 362-363.

⁵⁵¹ BIT USA ČR, čl. I. odst. 1 písm. a) ii) (v ČR pub. pod. 187/1993 Sb.); stejně v: ČR a Mongolsko (187/1993 Sb.); srov. též BIT UK a ČR (646/1992 Sb.) čl. I. písm. a) (ii) „*akcie, vklady a obligace společnosti a jiné formy účasti na společnosti*” jakož i

⁵⁵² BIT UK a ČR (646/1992 Sb.) čl. I. písm. a) (i); srov. např. BIT ČR a Mongolsko (187/1993 Sb.), čl. I. písm. a) (i): „*movitý a nemovitý majetek, jakož i jakákoli jiná věcná práva, jako jsou hypotéky, zástavy, záruky a podobná práva*“;

⁵⁵³ BIT USA ČR, čl. I. odst. 1 písm. a) iii) srov. BIT UK a ČR (646/1992 Sb.) čl. I. písm. a) (iii): „*peněžní pohledávky nebo nároky na plnění podle smlouvy mající finanční hodnotu*“;

- d) práva z oblasti duševního vlastnictví, včetně nehmotných výhod spojených s dobrým jménem nebo pověstí podniku (goodwill), know-how a technických postupů,⁵⁵⁴
- e) podnikatelská oprávnění vyplývající ze zákona nebo, v souladu s právním řádem příslušné smluvní strany, na základě smlouvy včetně oprávnění k průzkumu, těžbě, kultivaci nebo využívání přírodních zdrojů.⁵⁵⁵

Budiž poznamenáno, že některé BIT tento výčet konstituují jako *demonstrativní*,⁵⁵⁶ a některé jeho výslednou demonstrativnost opomíjejí či používají nejasnou terminologii, tudíž je třeba připustit variantu, že ve smyslu čl. 31 VUSP může být takový výčet vykládán jako *taxativní*.⁵⁵⁷

Jak bylo diskutováno v části o investorovi, investice lze dělit na *přímé a nepřímé* podle toho, zda investorem je přímo osoba vlastnící konkrétní investici v daném státě (ať již se jedná například o obchodní licenci na její jméno (ad e) výše), či podíl na místní společnosti jako tzv. *investičním nástroji (investment vehicle)*, majícím např. takovou licenci (pak se jedná o překryv ad a) a ad e), nebo zda investice jednoho subjektu (ovládající osoba) skrze druhý (osoba ovládaná) je nepřímo investicí do třetí či další osoby (jsoucí investicí (*ad a*) či mající atributy investice (*ad e*)).

Výše uvedený sumář naznačuje, že může vyvstat diskuze nad tím, co je (chráněnou) investicí dle konkrétní BIT a jaký vliv na to má to, zda konkrétní investice je definována jako toliko *přímá*, či i *nepřímá*.

⁵⁵⁴ BIT UK a ČR (č. 646/1992 Sb.) čl. I. písm. a) (iv) srov. BIT ČR a Thajsko (č. 180/1995 Sb.), čl. 1. Odst. 1, písm. d) „*práva z oblasti duševního vlastnictví, know-how a goodwill uznaná právním řádem smluvní strany, na jejímž území je investice uskutečněna,*“

⁵⁵⁵ BIT UK a ČR (č. 646/1992 Sb.) čl. I. písm. a) (v) srov. BIT ČR a Thajsko (č. 180/1995 Sb.), čl. 1. Odst. 1, písm. e)

“*obchodní koncese vyplývající ze zákona nebo ze smlouvy včetně koncesí k průzkumu, kultivaci, těžbě nebo využití přírodních zdrojů*” či BIT ČR a Turecko (č. 187/1997 Sb.), čl. 1. Odst. 2 písm. v): „*podnikatelská oprávnění vyplývající ze zákona nebo ze smlouvy, včetně oprávnění týkajících se přírodních zdrojů.*“

⁵⁵⁶ Př. BIT ČR a Rusko (č. 201/1996 Sb.) BIT ČR a Turecko (č. 187/1997 Sb.)

⁵⁵⁷ Př. BIT USA a ČR (č. 187/1993 Sb.) návěšt' definice investora zde zní -ČL. 1 odst. 1 písm. a) : „*investice*“ označuje jakýkoli druh investice na území jedné smluvní strany, která je vlastněna nebo je přímo či nepřímo kontrolována státními příslušníky nebo společnostmi druhé smluvní strany, jako je akcie, pohledávka, smlouva o službách a investiční smlouva, a zahrnuje: „ (a následuje výčet)

Představme si, že investor ze státu A (fyzická osoba, tj. bez dalšího řetězení na ovládající osobu) je vlastníkem sta procent akcií na společnosti ve státě B, kterážto společnost má koncesi ke konkrétní činnosti, bez kteréžto koncese by tato činnost nebyla v daném státě B možná. BIT mezi státem A a státem B definuje investice přesně tak, jak vyčteno příkladně výše, výčet je spíše taxativní a nehovoří o investici nepřímé (a investicí je tedy v dané situaci dle smlouvy toliko akcie, nikoliv však oprávnění subjektu ze státu A, protože tento jako takový v daném případě žádnou koncesní smlouvu neuzavřel).

Pokud společnost ve státě B přijde o svoji koncesi z důvodu zlovlé daného státu B, jedná se tak o situaci, která je kryta dvoustrannou smlouvou o ochraně investic mezi státy A a B a má tak daná fyzická osoba ze státu A *locus standi*?

Obě odpovědi, tedy jak ta, že se nejedná o „chráněnou investici“, tak, že se o investici chráněnou jedná, jsou možné.

Argumentem pro restriktivní výklad je to, že smluvní strany neučinily výklad demonstrativní ani investici nedefinovaly jako nepřímou, ač mohly (*per analogiam* určení státní příslušnosti výše v *případu Tokios Tokéles*).

Argument proti je, že při absenci jednoznačného výkladu je třeba hledat *object and purpose*,⁵⁵⁸ přičemž strohý restriktivní výklad by byl proti účelu ochrany investorů (a investic).⁵⁵⁹

Otázka velmi podobná výše nastíněnému scénáři byla řešena v *případu Total S.A. v. Argentina*.⁵⁶⁰ V daném případě se francouzská společnost Total S.A. domáhla odškodnění za poškození její investice ve skupině *investment vehicles* založených podle práva Argentiny, kde byla minoritním akcionářem.⁵⁶¹ Přesto, že v daném případě BIT Francie a Argentina⁵⁶²

⁵⁵⁸ Čl. 31 odst. 1 VUSP

⁵⁵⁹ Ve srovnání s *případem Tokios Tokéles* a extenzivním výkladem je zde rozdíl v tom, že i při analogii s danou problematikou jako u státního občanství v daném případě, zde není sporu mezi ustanovením *legi specialis* (*explicitně stanovujícího něco*) a *legi generalis*, ale výklad neexplicitního ustanovení v tolikém jednom předpise.

⁵⁶⁰ *Total S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/01, decision on objection on jurisdiction, 25. srpna 2006; online: http://ita.law.uvic.ca/documents/TotalSAv.Argentina_002.pdf (19.6.2009 14:41:54)

⁵⁶¹ Pročež velká část diskuze v tomto rozhodnutí o jurisdikci byla též o tom, zda minoritní podíl na společnosti splňuje definici investice (s kladnou odpovědí tribunálu).

⁵⁶² BIT mezi Francií a Argentinou, vyhlášená ve Francouzské republice v JORF n°128 du 5 juin 1993, s. 8164.

upravuje investici jako podíl na společnosti *přímý a nepřímý*⁵⁶³ návěšt' definice investice o přímé a nepřímé investici nehovoří.

V daném případě společnost Total uplatňovala proti Argentině škodu, která jí měla vzniknout zásahem tamního státu do cenové politiky dceřiných energetických společností během fiskální krize ve druhé polovině 90. let 20. století.

Obrana Argentiny byla postavena na podstatě, že pro *corporate veil* kolem dceřiných společností je nepřípustné, aby se společník domáhal derivativně práva, kterého se může domáhat toliko případně přímo poškozený subjekt (společnost, která utrpěla škodu), neboť tzv. *derivative claim* je v mezinárodním právu respektujícím *corporate veil* nepřípustný.⁵⁶⁴ Odkazovalo se při tom na MSD v případě *Barcelona Traction*.⁵⁶⁵

Protiargumentem žalující strany bylo právě dovolání se čl. 1 odst. 1. Písm b) předmětné BIT, tedy: „*Les actions, [...] et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes;*”⁵⁶⁶ resp v angličtině: „*[...] Shares [...] and other forms of participation, albeit minority or indirect, in companies constituted in the territory of either Contracting Party*”,^{567 568} přičemž dovolání se toliko jurisdikce u přímé investice podle čl. 25 odst. 2 písm b) ICSID Konvence by nebralo v potaz právě konkrétní smluvní ujednání dané BIT.⁵⁶⁹

Pro výše uvedené, totiž že smlouva hovoří o přímém či nepřímém vlastnictví podílu na společnosti, nikoliv však o přímé a nepřímé investici tam, kde se jedná o jinou kategorii investice (přičemž v daném případě nešlo o vyvlastnění společenského podílu /akcie/, ani o jejich plíživé vyvlastnění), lze při aplikaci toliko jazykového výkladu relevantních smluvních ustanovení skutečně vznést pochybnosti nad tím, zda dané “investice” byla investicí

Online: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000164896&dateTexte=#>
(19.6.2009 15:03:08)

⁵⁶³ Ibid., para. Čl. 1, odst. 1 písm. b): „*Les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes;*”

⁵⁶⁴ *Total S.A. v. Argentina*, supra, para. 34

⁵⁶⁵ Ibid.

⁵⁶⁶ Citováno supra, JORF n°128 du 5 juin 1993, s. 8164.

⁵⁶⁷ *Total S.A. v. Argentina*, supra, para. 36s

⁵⁶⁸ (zvýraznění přidáno)

⁵⁶⁹ *Total S.A. v. Argentina*, supra, para 38

chráněnou v daném případě předmětnou BIT a proto, zda měl konkrétní tribunál jurisdikci toto rozhodnout.

Rozhodci nicméně tyto pochybnosti odmítli. S odvoláním na výklad daných ustanovení podle *object and purpose*,⁵⁷⁰⁵⁷¹ pomohli si jednak preambulí dané BIT jako určením účelu,⁵⁷² a jednak náznakem (pod čarou) odkazu na *réžim nejvyšších výhod* (MFN) čl. 4 dané smlouvy, který princip MFN⁵⁷³ rozvíjí i na aktivity s investicí spojené^{574 575} a konstatovali, že dané podíly jsou (chráněnou) investicí, která zakládá jejich jurisdikci.

Obdobný spor nastal v případě *Azurix v. Argentina*.⁵⁷⁶

Rozdíl byl v daném případě zejména v tom, že rozhodnou BIT byla BIT mezi USA a Argentinou.⁵⁷⁷ Tato smlouva definuje investici jako *přímou* i *nepřímou*, a výčet kategorií investice je demonstrativní,⁵⁷⁸ což shledal i sám tribunál,⁵⁷⁹ pročež došel k závěru, že má v dané věci jurisdikci.

Přestože tento judikát není obrazem výše nadefinovaného teoretického příkladu, ukazuje na možný odlišný závěr, v případě, že by nebylo možno aplikovat MFN a tribunál

⁵⁷⁰ Čl. 31 VUSP

⁵⁷¹ Srov. *Total S.A. v Argentina*, supra. para 75

⁵⁷² *Ibid.*, fn. 42

⁵⁷³ Judikát je v tomto bodu nedůsledný, neelaboruje na žádné konkrétní jiné smlouvě, ze které by režim MFN (režim nejvyšších výhod) mohl být brán. Režim MFN je diskutován níže.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ Text čl. 4 zní:

„Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses investisseurs, ou le traitement accordé aux investisseurs de la nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux. [...]”

(JORF n°128 du 5 juin 1993, s. 8164.)

⁵⁷⁶ *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, *decision on jurisdiction* z 8. prosince 2003
Online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azurix-Jurisdiction.pdf> (19.6.2009 16:30:18)

⁵⁷⁷ Text dostupný online: http://www.bilaterals.org/IMG/html/US-AR_BIT.html (19.6.2009 16:32:09)

⁵⁷⁸ Čl. 1 odst. 1 písm a) BIT USA a Argentina zní: *„investment" means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation:”*

⁵⁷⁹ Srov. *Azurix Corp v. Argentina*, supra. para. 53

nebyl ochoten pustit se do komplikovaného teleologického výkladu, jak tomu bylo v případě *Total*. *A contratio* by totiž mohl tento judikát sloužit jako vodítko pro závěr, že tam, kde není MFN a není definována investice jako nepřímá a její kategorie jsou taxativně dány, pak nelze vzorově diskutované investici ochranu u arbitrážního soudu poskytnout.

Zásadním je však v daném případě právě MFN⁵⁸⁰ (*režim nejvyšších výhod*), tj. to, kdy mají strany ujednány, že nad rámec ujednání a práv obsažených v dané smlouvě, pokud jakákoliv ze smluvních strana poskytuje lepších výhod (výhodnějšího zacházení) státním příslušníkům jiného státu, pak toto zacházení poskytne i státním příslušníkům druhé smluvní strany.⁵⁸¹

Tento režim by tak například v případě *Total* atrahoval do hry ustanovení BIT USA a Argentina (tj. o nepřímé investici), tak jak aplikována v případě *Azurix*. Pokud bychom tak spor mezi Argentinou jako státem A (dle abstraktního případu výše) srovnali se sporem se státem B (Francie) a státem C (USA), pak BIT mezi státem A a C by v relevantních ustanoveních nahradila BIT mezi státem A a B a investorovi by se tak podařilo uniknout z rigidní definice přímé investice a taxativního výčtu.^{582 583}

⁵⁸⁰ *Most-favored-nation treatment / clause*

⁵⁸¹ Srov. Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2. Ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2004, s. 236

⁵⁸² Není zřejmé, proč v případě *Total* neelaboroval na tomto principu explicitněji, než toliko v poznámce pod čarou č. 42.

⁵⁸³ Režim MFN byl co do svého rozsahu často široce interpretován tak, že zahrnoval jak otázky materiální tak procesní. Například v případě *Emilio Agustín Maffezini v. Španělské království* (ICSID case No. ARB/97/07, *decision of the tribunal on objections to jurisdiction ze dne 25 ledna 2000*. – online: http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf (19.6.2009 18:07:03) tribunál rozhodl, že princip MFN se vztahuje nejen na otázky hmotného práva (a nakládání s investicí), ale i na otázky práva procesního, tak, že umožnil, aby se argentinský investor (který by se podle BIT mezi Španělskem a Argentinou musel nejprve domáhat nápravy pod dobu 18 měsíců u národních soudů Španělska, než by mohl využít ICSID řešení sporů) dovolal se pro investora výhodnější ujednání o řešení sporů v BIT mezi Španělskem a Chile, kde takové ujednání není (a nemusel tak vyčerpávat dané domácí právní prostředky v po stanovenou dobu, aby mohl žalobu vznést). Když se však snažil investor v případě *PLAMA CONSORTIUM LIMITED v. Bulharsko* (ICSID Case No. ARB/03/24, *decision on jurisdiction ze dne 8. února 2005* – online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/plamavbulgaria.pdf> (19.6.2009 18:06:11)) dovolat MFN k tomu, aby se místo arbitráže před SCC dovolal ustanovení v jiné smlouvě, která zakládá jurisdikci ICSID, tribunál tuto interpretaci odmítl jako neopodstatněnou. Tento závěr byl správný, a daná interpretace se skutečně zdá být za hranicí smyslu principu MFN, nehledě na absenci kritérií podle kterých

Posledním judikátem, který je v kontextu investice nutno zmínit je *Enron*.⁵⁸⁴ V daném případě vlastnila tato americká společnost nepřímo skrze dvě dceřiné společnosti podíl na argentinských entitách, které takto daný holding zprivatizoval a které měly koncesi na distribuci plynu. Podíl na těchto entitách byl nicméně minoritní.

Předmětem sporu bylo zacházení s těmito entitami, kdy Enron považoval některé daňové zátěže těmito dceřiným subjektům ukládané provinční vládou za odporující zásadám zacházení s investicí dle předmětné USA/Argentina BIT.

Tribunál tedy musel zodpovědět otázku, zda se svého práva jako investora (tj. originálního práva ochrany – nikoliv odvozeného práva od práva subjektu investice)⁵⁸⁵ může dovolávat i minoritní, neovládající akcionář.⁵⁸⁶

Tribunál správně začal analýzu říka, že není proti mezinárodnímu právu či ICSID Konvenci, aby akcionáři vznášeli žalobu nezávisle na předmětné společnosti, i když nejsou majoritními či ovládajícími subjekty.⁵⁸⁷ Následně přikročil k potvrzení, že nepřímá investice, jsou explicitně zmíněná v relevantní BIT je předmětem ochrany tohoto režimu, nezávisle na tom, že mezičlánky holdingu nejsou ani investicí ani investorem dle dané BIT (jiná státní příslušnost).⁵⁸⁸

Následuje nicméně obrat a diskuze na téma, zda přesto, že daná smlouva explicitně poskytuje ochranu nepřímé investici, nelze z jejího kontextu dovodit, že výkladem dle účelu tomu tak není při nepřímé minoritní investici.⁵⁸⁹ Tribunál se rituálně dovolal čl. 31 VUSP a pak poněkud neforemně a bez konkrétního závěru diskutoval výše vyřčenou alternativu (o

lze říci, že jedno rozhodčí centrum je „*more favourable*“ než druhé. Princip MFN má tedy své mantinely, nicméně bude ještě otázkou času a judikatury, aby přesně stanovila jeho rozměr a to, kde se dané mantinely nacházejí. Co do otázky hmotného práva a definice investice se nicméně zdá, že právě takové hmotněprávní okolnosti jsou meritem principu MFN a proto je tento v daném, mezi hypotetickými státy A a B, výše diskutovaném případě plně aplikovatelný.

⁵⁸⁴ *Enron Corporation and Panderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, decision on jurisdiction ze dne 14 ledna 2004; online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Jurisdiction.pdf> (7.7.2009 11:01:15)*

⁵⁸⁵ Ibid., para 37

⁵⁸⁶ Ibid., para. 38

⁵⁸⁷ Ibid., para. 39

⁵⁸⁸ Ibid., para 43

⁵⁸⁹ Ibid., para. 46

minoritní nepřímé investici),⁵⁹⁰ aby v následujícím odstavci potvrdil přípustnost žaloby takového minoritního akcionáře, neboť toto má být meritem úpravy ICSID Konvence odlišující tak tento režim od diplomatické ochrany.⁵⁹¹

Po této velmi problematické a logikou ne přílišně oplývající pasáži judikát pokračoval k závěru, že přestože nepřímí minoritní investoři mohou principiálně své žaloby vznášet, je třeba určit limity – „*cut-off point beyond which claims would not be permissible as they would have only a remote connection to the affected company.*“⁵⁹²

V daném případě se tribunál nakonec elaboraci této myšlenky vyhnul, neboť konstatoval, že bylo podmínkami privatizace, aby jeho účast byla (a tedy daný koncern byl) taková, jak tomu bylo.⁵⁹³⁵⁹⁴

⁵⁹⁰ Jako šokující nepochopení struktury norem mezinárodního práva se autorovi zdá zejména zmínka o tom, že by snad mohlo dojít ke konkurenci předmětné BIT a „restriktivního efektu“ judikátu *Barcelona Traction.Srov, Enron, Ibid.*, para 46 a 47:

“46. *The fact that a treaty may have provided expressly for certain rights of shareholders does not mean that a treaty not so providing has meant to exclude such rights if this can be reasonably inferred from the provisions of such treaty. Each instrument must be interpreted autonomously in the light of its own context and in the light of its interconnections with international law. Moreover, the United States model investment treaties are based on a rather broad interpretation of investment that was included with the express intention of overriding the eventual restrictive effects that could result from the Barcelona Traction decision.*

47. *The rules governing the interpretation of treaties under the Vienna Convention on the Law of Treaties lead to a similar conclusion in so far as the parties to the treaties concerned are different. Indeed, the interpretation of a bilateral treaty between two parties in connection with the text of another treaty between different parties will normally be the same, unless the parties express a different intention in accordance with international law. A similar logic is found in Article 31 of the Vienna Convention in so far as subsequent agreement or practice between the parties to the same treaty is taken into account regarding the interpretation of the treaty. There is no evidence in this case that the intention of the parties to the Argentina-United States Bilateral Treaty might be different from that expressed in other investment treaties invoked.”*

⁵⁹¹ Ibid., para. 48

⁵⁹² Ibid., para. 53

⁵⁹³ Ibid., para. 56

⁵⁹⁴ A činil takto přesto, že kritizoval (v para. 53) tribunál v ICSID případě *Philippe Grulin v. Malaysia* (nález ze dne 27. listopadu 2000), že se dané problematiky sice dotkl, ale neelaboroval ji.

Argument, že je třeba stanovit limit co do blízkosti – vzdálenosti subjektu, který se může své pozice nepřímého investora dovolávat, má své logické opodstatnění. Jedná se totiž o problematiku, která v současném globalizovaném světě, kdy každý minoritní akcionář může vznášet proti státu místa investice společnosti, na které se takový akcionář, byť fragmentárně podílí, žalobu implikuje další těžkosti řešení těchto sporů, zejména v případě nekoordinace postupu různých úrovní nepřímých investorů a problematiku tzv. „*double-recovery*.“

Domnívám se nicméně, že toto je problematika z oblasti právní politiky (*legal policy*) a jako taková nepřísluší řešit konkrétnímu rozhodci či tribunálu. Tito jsou vázáni podmínkami pro dané řízení vytvořenými rozhodčí smlouvou či doložkou (a případnými pravidly) a jako takoví musí respektovat vůli stran sporu mantinely hry konkrétním způsobem definovat. Pokud někomu přísluší případné víceúrovňové a minoritně-nepřímé investory vyřadit z ochrany, pak to musí být smluvní státy té či oné dvoustranné smlouvy z ochrany investic.⁵⁹⁵

Zbývá vidět, do jaké míry se v tomto judikátu vznesené pochyby případně odrazí v další judikatuře. Osobně se domnívám, že významného vlivu mít nebudou, neboť logika tohoto judikátu je do té míry chabá, že bude obtížné pro účastníky dalších sporů, dovolávat se tohoto judikátu jako přesvědčivé teoretické autority.

5.2. Investor a corporate veil

Přikročme nyní k analýze existující judikatury, která se explicitně zabývá otázkou vztahu holdingových investorů a *corporate veil* kolem jejich jednotlivých ovládaných společností, včetně investičních nástrojů.

5.2.1. Piercing the corporate veil – neexistující, ale diskutovaná instituce mezinárodního práva

Již bylo diskutováno v kapitole čtvrté, že mezinárodní právo uznává existenci principu *corporate veil* – toto vyplývá *ipso facto* z toho, že používá k obyčejovému určení státní příslušnosti právnické osoby principu inkorporace. Také již bylo diskutováno, že princip *piercing the corporate veil* není součástí mezinárodního práva, přesto, že se jej však občasně

⁵⁹⁵ *Saluka Investments BV v. Česká republika* (PCA), partial award, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf> (10/30/2007 9:57 AM), para. 241.

judikatura dotkne. Byla diskutována jeho zmínka v případě *Barcelona Traction*⁵⁹⁶ a také *Saluka*⁵⁹⁷. Tento druhý případ si nyní zaslouží obšírnější diskuzi, neboť přes teoretický nesouhlas autora s tím, že by *piercing the corporate veil* mohl být součástí soudobého mezinárodního práva, má obsah tohoto quasi-precedentní charakter, který (jak lze očekávat) bude mít případně vliv na vývoj doktríny judikatury jakožto prakticky přeci jen používaného institutu v rozhodčí judikatuře.

Ve sporu *Saluka v. Česká republika*,⁵⁹⁸ spojeném se zásahem ČR do domácího bankovního trhu a následným prodejem akcií banky IPB skupině Nomura byl žalobce, společnost Saluka Investments BV, založená v a podle práva Nizozemí. Tato společnost byla stoprocentní dceřinou společností společnosti Nomura Europe plc, založené podle práva Anglie a Walesu. Tato byla zase vlastněna subjektem Japonským (neformálně Nomura Group). Nomura Group neskrývala, že společnost Saluka Investments BV byla založena toliko za účelem držení akcií, které tato skupina v době jejího zakládání skrze Nomura Europe plc odkupovala od ČR.⁵⁹⁹

Česká republika postavila svoji obranu na tvrzení, že Saluka ze své podstaty není >>a bona fide “investor”<<⁶⁰⁰ a tudíž není možné, aby se dovolávala ochrany podle BIT. Není úplně zřejmé, co přesně tímto Česká republika myslela či odkud dovozovala názor, že mezinárodní právo rozlišuje mezi investicemi a investory *bona fide* a *mala fide* (když účelem BITs je podpora a ochrana investic, nikoliv zajišťování toho, aby investice probíhaly v dobré víře). Tribunál tyto pochybnosti nad postojem České republiky naznačil a rozhodl se interpretovat výraz *bona fide* >>“to mean something like “genuine” or “real”<<.⁶⁰¹ Dá se nicméně z kontextu usuzovat na to, že Česká republika se snažila dovolat jakési formy doktríny identity (viz *piercing corporate veil* v USA, výše), protože pokud by *corporate veil* byla protržena, pak by skutečný investor nebyl investorem dle konkrétní dané BIT a konkrétní spor by musel skončit na nedostatku jurisdikce. Tribunál tento argument však razantně odmítl.

⁵⁹⁶ Supra, kapitola čtvrtá

⁵⁹⁷ Infra.

⁵⁹⁸ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* (PCA), partial award, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf> (10/30/2007 9:57 AM)

⁵⁹⁹ Ibid., para. 226

⁶⁰⁰ Ibid., para. 227

⁶⁰¹ Ibid.

Tribunál vzal na vědomí, že ani jedna ze stran nepředstírala neexistenci úzkosti propojení mezi Nomurou Europe plc a Salukou, nicméně konstatoval, že toto je standardní jednání v obchodním styku.⁶⁰² Neshledal proto v daném případě žádný důvod pro piercing, neboť nebylo prokázáno, že by takovým jednáním byla přítomna „*fraud and malfeasance*“.⁶⁰³

Meritorně lze se závěrem tribunálu nad tím, že neexistoval důvod pro *piercing the corporate veil*, souhlasit. Problematické nicméně je, odkud tribunál vzal diskutované maximy jako *fraud*, vyjdeme-li z premisy, že mezinárodní právo *piercing* neupravuje (k této diskuzi viz závěr analýzy z kapitoly čtvrté). Odpověď spočívá zřejmě v tom, že dva ze tří arbitřů pocházeli z *common law* prostředí, pročež třetí, přesto, že německý profesor, studoval také postgraduál v USA; arbitři tedy operovali s jim známým institutem, aniž by řešili otázku jeho aplikovatelnosti v mezinárodním právu (stejně tak, jak to neučinil MSD v případě *Barcelona Traction*).⁶⁰⁴

Hodnota judikátu je, stejně jako v případě *Barcelona Traction* tedy zejména v tom, že potvrzuje názorový proud, že *piercing the corporate veil* je extrémním nástrojem, ke kterému je třeba se uchýlovat jen ve velmi krajních případech, přičemž institut *identity*, tak jak znám americkému právu, by neměl být aplikován tam, kde chybí zásadní porce podvodného jednání.

Ve sporech, kde nebude rozhodným mezinárodní právo (což je případ PCA a ICSID), ale právo konkrétního státu (např. před LCIA), může mít pak tato judikatura quasi-precedentní charakter na postoj tamních soudců. Lze navíc dále očekávat, že i další judikatura, včetně ICSID bude mít tendenci do budoucna s principem *piercing the corporate veil*, na bázi mezinárodního práva pracovat.

⁶⁰² Ibid., para. 228

⁶⁰³ Ibid., citace para. 230:

“230. While it might in some circumstances be permissible for a tribunal to look behind the corporate structures of companies involved in proceedings before it, the Tribunal is of the view that the circumstances of the present case are not such as to allow it to act in that way. The Respondent acknowledges that this possibility presents itself as an equitable remedy where corporate structures had been utilised to perpetrate fraud or other malfeasance, but, in the present case, the Tribunal finds that the alleged fraud and malfeasance have been insufficiently made out to justify recourse to a remedy which, being equitable, is discretionary.”

⁶⁰⁴ Supra. viz kapitola čtvrtá.

5.2.2. Corporate veil v holdingu a násobné pokusy o domáhání se arbitrážní ochrany investic: vyloučení překážek *litis pendens* a *res iudicata/judicata*

V první části této kapitoly – v diskuzi nad přímým a nepřímým investorem – již bylo zmíněno, že tam, kde je corporate veil mezi dvěma členy holdingu, kdy jeden splňuje definici investora přímého podle BIT se státem, jehož je příslušníkem, a druhý definici investora nepřímého, podle stejné či jiné BIT, pak může nastat situace, kdy oba dva subjekty mohou mít *locus standi* proti odpovědnému státu (ledaže jedna z dotčených BIT obsahuje tzv. „*Barcelona Traction-clause*“).

Důvodem pro tento závěr je jednoznačně skutečnost, že existence *corporate veil* a tudíž dvou odlišných subjektů znemožňuje dovolání se jak překážky *litis pendens*, tak *res iudicata*.

Taková situace nastala v kontextu případů boje o TV NOVA v České republice, jmenovitě *Lauder v. Česká republika*.⁶⁰⁵⁶⁰⁶ a *CME v. Česká republika*. V druhém případě tribunál došel k následujícímu závěru:⁶⁰⁷

„There is also no abuse of the Treaty regime by Mr. Lauder in bringing virtually identical claims under two separate Treaties. The Czech Republic views it as inappropriate that claims are brought by different claimants under separate Treaties. The Czech Republic did not agree to consolidate the Treaty proceedings, a request raised by the Claimant (again) during these arbitration proceedings. The Czech Republic asserted the right to have each action determined independently and promptly. This has the consequence that there will be two awards on the same subject which may be consistent with each other or may differ. Should two different Treaties

⁶⁰⁵ *Lauder v. Česká republika*; <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf> (17.6.2009 17:25:44)

⁶⁰⁶ Srov názor tribunál v případě *Lauder v. Česká republika*, supra, para. 171:

“The Arbitral Tribunal considers that the Respondent’s recourse to the principle of lis alibi pendens to be of no use, since all the other court and arbitration proceedings involve different parties and different causes of action (see 4.2 above). Therefore, no possibility exists that any other court or arbitral tribunal can render a decision similar to or inconsistent with the award which will be issued by this Arbitral Tribunal, i.e. that the Czech Republic breached or did not breach the Treaty, and is or is not liable for damages towards Mr. Lauder. “

⁶⁰⁷ *CME v. Česká republika*; Partial award ze dne 13. září 2001: <http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>, srov. též. final award: http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf (17.6.2009 17:41:45)

grant remedies to the respective claimants deriving from the same facts and circumstances, this does not deprive one of the claimants of jurisdiction, if jurisdiction is granted under the respective Treaty.“⁶⁰⁸

Důvodem pro nemožnosti dovolání se překážky *litis pendens*^{609 610} ani *res iudicata* je skutečnost, že jak mezinárodní právo, tak většina právních řádů uznávají pro aplikovatelnost těchto institutů tzv. *test trojí identity (triple identity test)* - a to kumulativního splnění identity žalobce, identity předmětu sporu a identity žalované strany.^{611 612}

5.2.3. Corporate veil v holdingu a investor dle konkrétní BIT

Již bylo diskutováno v kontextu judikátu *Tokios Tokéles*,⁶¹³ že judikatura má tendenci dát přednost definici investora v konkrétní BIT před ICSID Konvencí, protože není pochyb o tom, že má fakticky přednost i před zvykovým právem.⁶¹⁴ Judikatura tak jednak respektuje

⁶⁰⁸ *CME v. Česká republika*; Partial award ze dne 13. září 2001, para. 412; online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf> (21.6.2009 18:41:04)

⁶⁰⁹ Ke komparativní diskuzi tohoto institutu srov: Sheppard, A. (et al.) *Final Report on Lis Pendens and Arbitration*. International Law Association Toronto Conference In: 72 ILA Rep. Conf. (2006), s. 145 a násl.

⁶¹⁰ Překážka *Litis pendens* může v případě řízení ve dvou různých státech existovat, pokud tak stanoví mezinárodní smlouva či nad-národní právní předpis (například nařízení ES). Tak tomu je v nařízení č. 44/2001 (*Úřední věstník L 012 , 16/01/2001 s. 0001 – 0023*) a Bruselské úmluvy (BU) -ve vztahu k Dánsku. Tyto předpisy se však nevztahují na řízení rozhodčí (arbitráž), ale toliko soudní (litigace) Srov. Nař. č. 44/2001, čl. 1 odst. 2 písm. d) a BU, čl. 1 odst. 4 (*OJ L 299, 31.12.1972, s. 32–42* (angl).

⁶¹¹ Srov.: Sheppard, A. (et al.) *Interim Report on “Res Judicata“ and Arbitration*. International Law Association berlin Conference In: 71 ILA Rep. Conf. (2004), s. 828 (srov též, Ibid. s. 845)

⁶¹² Nad rámce tohoto budiž poznamenáno, že princip *res iudicata* dále nejde aplikovat tam, kde by sice teoreticky mohl být splněn test trojí identity, ale není stejné rozhodné právo fora. Princip *res iudicata* totiž neplatí mezi různými národními právními řády ani mezi národním právním řádem a mezinárodním právem (tribunálem). Srov.: Sheppard, A. (et al.) *Interim Report on “Res Judicata“ and Arbitration*. International Law Association berlin Conference In: 71 ILA Rep. Conf. (2004), s. 850

⁶¹³ Citace supra.

⁶¹⁴ Což v případech jako *Tokios Tokéles*, kde shodně se zvykovým právem je definice investora podle testu inkorporace nemá praktický význam. Tam však, kde BIT definuje investora od zvykového práva odlišně, je třeba respektovat partikulárně sjednaný odklon k jinému testu či jejich kombinaci.

volbu svrchovaných stran BIT na definici státní příslušnosti investora⁶¹⁵ a zadruhé implicitně i *corporate veil*. Závěr z judikátu *Tokios Tokéles* lze obdobně najít i v dalších případech.

Jedním z těchto dalších případů je judikát ve věci *Saluka*.⁶¹⁶ Zde se snažila ve sporu podle BIT Nizozemí a ČR (kde je testem státní příslušnosti právnické osoby inkorporace) žalovaná strana tvrdit, že společnost *Saluka Investments BV* nemá skutečný vztah k Nizozemí (dovolávání se analogie *genuine link*). PCA tento argument odmítl a následujícím

⁶¹⁵ Významný je v tomto kontextu zejména již výše zmiňovaný judikát *Champion Tradion v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, cit. supra. V daném případě odmítl soud jednak zabývat se zvykovým právem v kontextu státní příslušnosti fyzických osob, jakož i právnických osob, bera v potaz speciální ujednání v ICSID Konvenci nad státním příslušníkem.

K poznamenání na tomto judikátu je, že v situaci, kdy ICSID Konvence neřeší explicitně situaci dvojího státního občana jakožto společníka/akcionáře na právnické osobě (přičemž ani relevantní BIT neřeší speciálně situaci dvojího státního občanství), aplikací *de facto* primárních interpretačních prostředků dovodil tribunál, že právnická osoba, která je ovládána státními příslušníky obou stran BIT, a je inkorporovaná ve druhé smluvní straně dané BIT, se může domáhat ochrany proti první straně BIT i v situaci, kdy testem státní příslušnosti je princip inkorporace kombinovaný s principem kontroly. Soud v tomto kontextu také odmítl řešit otázku efektivní státní příslušnosti daných ovládajících fyzických osob (a to jak pro účely testu kontroly, tak separátně pro určení státní příslušnosti těchto osob jakožto dalších žalujících).

V konkrétním případě definovala relevantní BIT USA a Egypt v čl. I odst. b) společnost jedné smluvní strany jako „[...] a company duly incorporated, constituted, or otherwise organised under the applicable laws and regulations of a Party or its subdivision in which [...] (i) natural persons who are nationals of such Party ... have a substantial interest“. A protože ICSID Konvence definuje v čl. 25 odst. 2 písm. b) státního příslušníka druhé strany m.j. jako „[...] a judicial person which had the nationality of a Contracting State other than State party to the dispute [...]“

Tribunál proto svůj postoj shrnul následovně:

„Neither the Treaty nor the Convention contain any exclusion of dual nationals as shareholders of companies of the other Contracting State, contrary to the specific exclusion of Article 25 (2) (a) of the Convention regarding natural persons.

The respondent did not adduce any precedents or learned writings according to which dual nationals could not be shareholders in companies bringing an ICSID action under the Treaty.

The Tribunal therefore holds that it does have jurisdiction over the claims of the two corporate Claimants.“ (*Champion Tradion v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, cit. supra, s. 18)

⁶¹⁶ *Saluka Investments BV v. Česká republika* (PCA), partial award, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf> (10/30/2007 9:57 AM)

odůvodněním, jímž jednoznačně podpořil smluvní svobodu stran BIT a povinnost rozhodců tento projev vůlí ve své praxi respektovat:

„240. *The Tribunal has some sympathy for the argument that a company which has no real connection with a State party to a BIT, and which is in reality a mere shell company controlled by another company which is not constituted under the laws of that State, should not be entitled to invoke the provisions of that treaty. Such a possibility lends itself to abuses of the arbitral procedure, and to practices of “treaty shopping” which can share many of the disadvantages of the widely criticised practice of “forum shopping.”*

241. *However that may be, the predominant factor which must guide the Tribunal’s exercise of its functions is the terms in which the parties to the Treaty now in question have agreed to establish the Tribunal’s jurisdiction. In the present context, that means the terms in which they have agreed upon who is an investor who may become a claimant entitled to invoke the Treaty’s arbitration procedures. The parties had complete freedom of choice in this matter, and they chose to limit entitled “investors” to those satisfying the definition set out in Article 1 of the Treaty. The Tribunal cannot in effect impose upon the parties a definition of “investor” other than that which they themselves agreed. That agreed definitively required only that the claimant-investor should be constituted under the laws of (in the present case) The Netherlands, and it is not open to the Tribunal to add other requirements which the parties could themselves have added but which they omitted to add.“⁶¹⁷* (zvýraznění přidáno)

Pro diskuzi institutu *corporate veil* je významný též judikát *ADC v. Maďarsko*.⁶¹⁸

Jednalo se o spor mezi dvěma kyperskými společnostmi a maďarským státem o investici v podobě podílu na rekonstrukci a přístavbě budapešťského letiště. Daní investoři zde investovali prostřednictvím své dceřiné společnosti bezprostředně se na daném developerském projektu podílející, která byla založena podle maďarského práva.

Obě dvě společnosti byly založeny v řecké části ostrova v roce 1997 a v dané jurisdikci, a to před podpisem smlouvy o projektu rozvoje letiště. Z judikátu vyplývá, že na Kypru platily daně a nechávaly si zpracovávat audit, ale nevyplývá, že by kromě toho, že byly holdingovými společnostmi pro podíly na společnosti přímo participující na rozvoji

⁶¹⁷ Ibid., paras. 240 a 241

⁶¹⁸ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Maďarská republika*, ICSID Case No. ARB/03/16, award of the tribunal; (<http://ita.law.uvic.ca/documents/ADCvHungaryAward.pdf>) (24.6.2009 19:15:23)

budapeštského letiště, vyvíjely by na Kypru aktivity. S jistou dávkou spekulace, vycházejí z toho, že Kypr byl do doby vstupu do ES jedním z předních evropských daňových rájů, lze tvrdit, že se jednalo o toliké holdingové společnosti založené na Kypru z důvodů daňových.⁶¹⁹

Akcionáři obou společností byly kanadští investoři.

Podle relevantní BIT Kypr a Maďarsko je (čl. 1 odst. 3 písm. b))⁶²⁰ je kyperským investorem právnická osoba založená v souladu s kyperským právem /princip inkorporace/.

Maďarsko se snažilo rozporovat pravomoc a příslušnost daného tribunálu na bázi, že se ve skutečnosti nejedná o kyperskou investici „*pursuant to the object and purpose of*“⁶²¹ BIT Kypr a Maďarsko, ani kyperskou investici ve smyslu čl 25 ICSID Konvence. K podpoře tohoto argumentu se dovolávalo dvou důvodů:

Prvním důvodem bylo, že mezi danými kyperskými společnostmi a Kyprem není „*genuine link*“. Druhým důvodem bylo, že je třeba zabývat se původem kapitálu a podle toho rozhodovat o jurisdikci.

Co do druhého důvodu, tj. původ kapitálu („*origin of the capital*“), není úplně zřejmé, odkud chtělo Maďarsko dovozovat takovou doktrínu či důvod. Je zřejmé, že snaha dovést nedostatek pravomoci a působnost byla postavena na skutečnosti, že fakticky pocházel investovaný kapitál z Kanady. Protože Kanada není smluvní stranou ICSID Konvence, snažilo se Maďarsko najít touto cestou způsob, jak zpochybnit jurisdikci.⁶²² Jednoznačně se zde tedy dovolávalo toho, aby tribunál *pierced the corporate veil*. Žalobce namítal irelevantnost původu kapitálu s tím, že jednak peníze byly do *investment vehicle* do Maďarska vloženy skrze dané společnosti a zadruhé je tento argument beztak irelevantní, vzhledem k principu inkorporace.⁶²³ Žalobce dále odkazoval na případ *Olguín v. Paraguay*,⁶²⁴ kde byl analogický argument původu investice odmítnut.

⁶¹⁹ V každém případě tribunál diskutuje v čl. 358 daného judikátu, že to, že pro realizaci investice budou zvoleny kyperské společnosti:

“*In this case, however, Hungary was fully aware of the use of Cypriot entities and manifestly approved it. Therefore, it is the opinion of the Tribunal that the Respondent’s “source of funds” and “control” arguments as well as the “piercing the corporate veil” argument cannot stand.*“

⁶²⁰ Cit. z judikátu, *Ibid.*, para. 357

⁶²¹ *Ibid.*, para. 334

⁶²² *Ibid.*, para. 343

⁶²³ *Ibid.*, para. 346 a 347

Tribunál argument žalované odmítl a stejně odmítl i náznaky, že by měl *pierce the corporate veil*.⁶²⁵

Tribunál zopakoval, že konkrétní BIT určuje investora – právnickou osobu dle principu inkorporace, pročež není prostoru řešit otázku zvykového práva /které navíc určuje stejný test/ ani otázku principu kontroly.⁶²⁶

Ve vztahu k *piercing the corporate veil* je třeba poznamenat, že jedinou autoritou, které se Maďarsko dovolávalo je judikát Barcelona Traction a jeho ledabylá zmínka nad principem *piercing the corporate veil*, jmenovitě:

*“[T]he process of lifting the veil, being an exceptional one admitted by municipal law indicates that the veil is lifted, for instance, to prevent misuse of the privileges of legal personality.”*⁶²⁷

Vedle toho se Maďarsko dovolávalo výše citovaného *dissenting opinion* prof. Weila v případě *Tokios Tokéles*, nabádající k *piercingu*. I tento názor zde byl explicitně - a to velmi ostře – odmítnut, a to ze dvou důvodů. Prvním důvodem bylo, že původ kapitálu není relevantní proto, že názor většiny v případě *Tokios Tokéles* odpovídá mezinárodnímu právu. Druhým důvodem bylo, že navíc nelze ani shledat podmínky (zacyklení investorů domů do žalovaného státu), které vedly prof. Weila k jeho stanovisku:

„The legal authority the Respondent heavily relies upon in its objection is the famous Dissenting Opinion of Professor Prosper Weil in the Tokios Tokelés case. In that case, Professor Weil opined, in the minority, that to ignore the origin of capital when determining the nationality of the corporation claimant would run against “the object and purpose of the ICSID Convention”. This Tribunal, however, concurs with the

⁶²⁴ *Olguín v. Republic of Paraguay, Decision o Jurisdiction* z 8. Srpna 2000. ICSID Case No. ARB/98/5; online: www.wolrdbank.org/icsid/cases/paraguay-decision.pdf, anglický překlad: <http://ita.law.uvic.ca/documents/OlguinParaguay.pdf> (24.6.2009 21:07:18)

⁶²⁵ Srov. citaci para 358 judikátu, supra.

⁶²⁶ Ibid. para 357, v originálu:

„ As the matter of nationality is settled unambiguously by the Convention and the BIT, there is no scope for consideration of customary law principles of nationality, as reflected in Barcelona Traction, which in any event are no different. In either case inquiry stops upon establishment of the State of incorporation, and considerations of whence comes the company's capital and whose nationals, if not Cypriot, control it are irrelevant. “

⁶²⁷ Cit. z judikátu *ADC v. Maďarsko*, para 340

majority opinion in Tokios Tokelés and holds that the origin of capital is not a relevant factor in determining the Claimants' nationality. This is not only because the majority opinion in Tokios Tokelés still represents good international law, but also because, in essence, the fact pattern in Tokios Tokelés differs substantially from the facts in this case and thus renders Professor Weil's conclusion, be it reasonable or not, inapplicable."⁶²⁸ (zvýraznění přidáno)

Co do principu *genuine link* Maďarsko založilo svůj argument na principu *Nottebohm* a tvrzení profesora Brownlie, že:

*"On the whole the legal experience suggests that a doctrine of real or genuine link has been adopted, and, as a matter of principle, the considerations advanced in connection with the Nottebohm case apply to corporations."*⁶²⁹

Tento závěr je samozřejmě zcestný, jak bylo diskutováno v druhé kapitole této disertační práce. Tento závěr odporuje postoji MSD v případě výše citovaného judikátu *Barcelona Traction*. Dále, již samotná skutečnost, že se Maďarsko musel uchýlit k toliké citaci obecné (ikdyž prominentní) vysokoškolské učebnice ukazuje, že nemělo přílišných autorit, ze kterých by přesvědčivě mohlo závěr, že princip *genuine link* je aplikovatelný i na právnické osoby, dovodit.

Tribunál se v kontextu tohoto principu vyhnul přímé konfrontaci se závěrem, že snad má existovat princip *genuine link* ve vztahu ke korporacím tím, že dal přednost *lex specialis* ujednání o určení státní příslušnosti v dané BIT před atrakcí zvykového práva, když konstatoval:

„The Tribunal cannot find a “genuine link” requirement in the Cyprus-Hungary BIT either. While the Tribunal acknowledges that such requirement has been applied to some preceding international law cases, it concludes that such a requirement does not exist in the current case. When negotiating the BIT, the Government of Hungary could have inserted this requirement as it did in other BITs concluded both before and after the conclusion of the BIT in this case. However, it did not do so. Thus such a

⁶²⁸ *ADC v. Maďarsko*, para. 360

⁶²⁹ Citováno z judikátu *ADC v. Maďarsko*, para 338 se zdrojem: (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (6th ed, 2003))

*requirement is absent in this case. The Tribunal cannot read more into the BIT than one can discern from its plain text.*⁶³⁰

Tento závěr (postavený na *originální teorii* práv strany sporu z BIT) tak dále potvrzuje odmítavý postoj soudobé judikatury k *piercing the corporate veil* v rovině mezinárodního práva.

5.2.4. Corporate veil v holdingu a volba fóra ve smlouvě s tzv. *investment vehicle*

Poslední otázkou, kterou je v kontextu *corporate veil* a holdingu třeba diskutovat je problematika volby fóra jednotlivými články holdingu.

Představme si situaci, kdy dojde k vytvoření investičního nástroje, lokální společnosti, která provádí aktivity v konkrétním státě, kde získá například koncesi, či jiné podnikatelské oprávnění. Je-li taková koncese založena smlouvou s daným státem, může nastat situace, kdy taková smlouva obsahuje v sobě rozhodčí doložku či doložku o výslovné pravomoci a příslušnosti místního soudu.

Pokud následně dojde ke sporu či situaci, která by motivovala investora ovládajícího takový *investment vehicle* k tomu, aby zvažoval rozhodčí řízení dle smlouvy o ochraně investic, pak bude bezpochyby úmyslem žalovaného státu odkázat na rozhodčí doložku s argumentem, že strany zvolily výhradní pravomoc a příslušnost jiného tělesa, pročež nemá případný tribunál jurisdikci. V situaci, kdy však bude žaloba vznášena ovládajícím subjektem konkrétního *investment vehicle* kdy toliko *investment vehicle* je právě stranou rozhodčí doložky či doložky o výhradní jurisdikci, pak bude problémem žalovaného státu, že nebude tato dohoda uzavřena mezi žalobu vznášejícím subjektem a daným státem. Jediná cesta, kterou by proto tento stát mohl úspěšně jít tak, aby vyloučil jurisdikci k řešení sporu před BIT tribunálem je tedy prolomení korporátního závoje kolem daného *investment vehicle*.

Taková situace nastala v případě *Azurix Corp. v. Argentina*.⁶³¹ V daném případě byla delawarská společnost Azurix Corp. nepřímým vlastníkem dvou místních argentinských společností, jmenovitě Azurix AGOSBA S.R.L. a Operadore de Buenos Aires S.R.L. Tyto společnosti byly založeny za výlučným účelem účasti na privatizaci místního dodavatele vody, Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires (AGOBA)

⁶³⁰ *ADC v. Maďarsko*, para. 359

⁶³¹ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, decision on jurisdiction zed ne 8. Prosince 2003.

a byly přímo vlastněny dvěma dceřinými společnostmi žalobce, které byly založeny na Kajmanských ostrovech.

Součástí smluvních podmínek výběrového řízení, kterého se tyto společnosti účastnily, bylo i ujednání o výhradní pravomoci a příslušnosti soudů provincie La Plata.

Když tedy došlo ke sporu z ochrany investic mezi společností Azurix a Argentinou (dle USA/Argentina BIT), namítala Argentina nedostatek příslušnosti právě s ohledem na výše uvedené smluvní ujednání o výhradní pravomoci a příslušnosti.⁶³² Argentina argumentovala zejména tím, že je třeba dodržovat zásadu *pacta sunt servanda*,⁶³³ a tudíž by nemělo být umožněno vyhnout se závazku z výhradní volby tribunálu pomocí korporátní struktury. Argentina se explicitně dovolávala doktríny *alter ego* (resp. nástroje)⁶³⁴ a vybízela tak tribunál k ignorování korporátní struktury a *corporate veil*.⁶³⁵

Protiargumentem žalobce bylo, že on není smluvní stranou dané privatizační smlouvy a navíc je rozdíl mezi otázkami smluvními, upravenými v dané privatizační smlouvě a předmětem úpravy v rámci BIT.⁶³⁶ Žalobce dále argumentoval, že je rozdíl mezi smluvními stranami BIT (Argentina a USA), rozhodčí doložky na základě BIT (Argentina a Azurix Corp) a danou privatizační smlouvou (dcery Azurixu a Provincie La Plata).⁶³⁷ Navíc, soudy La Plata by mohly řešit toliko otázky smluvní, nikoliv však záležitosti založené danou BIT, protože toto jim ústavní pořádek Argentiny neumožňuje.⁶³⁸

⁶³² Ibid., para. 23

⁶³³ Ibid., para. 28

⁶³⁴ Ibid., čl. 30

⁶³⁵ Argentina se dále dovolávala přípustnosti tzv. Calvo Clause, tj. ujednání v soukromoprávní smlouvě, podle kterého se osoba může vzdát diplomatické ochrany a zvolit výhradní jurisdikci. K podpoře svého argumentu se dovolávala judikátů: *North American Dredging Company of Texas v. United Mexican States* (RIAA, vol. IV, Hague ICJ Register, s. 26) a *Woodruff v. Venezuela* (RIAA, vol. IX, Hague ICJ Register, s. 213). (Srov. *Azurix*, supra, s. 15, fn. 11 a 12)-.

⁶³⁶ *Azurix Corp. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, decision on jurisdiction ze dne 8. prosince 2003, paras. 31 až33

⁶³⁷ Ibid., para. 34

⁶³⁸ Ibid., Para. 35

Tribunál tuto argumentaci následoval a vyhnul se tak argumentaci otázku konfliktu mezi jurisdikcí založenou smlouvou (koncesí) a založenou rozhodčí doložkou z BIT.⁶³⁹⁶⁴⁰ Tribunál dovedl, že není zde konfliktu mezi privatizační smlouvou a BIT, protože smluvní stranou je v jednom případě provincie a v druhém federace, takže není identity stran.⁶⁴¹

Co do argumentu doktríny *alter ego*, tuto tribunál odmítl na základě konkrétních okolností daného případu. Tribunál vzal v potaz, že to, že investice byla provedena skrze v Argentině (tedy lokálně) založené společnosti bylo jednou z podmínek, jejichž splnění daná provincie požadovala (jsa ochotna uzavřít koncesní smlouvu jen s místně založenými společnostmi).⁶⁴² Tribunál tedy odmítl zabývat se relevancí doktríny *alter ego*.

Tento postup tribunálu byl velmi efektivní a meritorně správnou cestou, jak se vyhnout teoretické diskuzi nad otázkou *piercingu* v mezinárodním právu. Indikuje nicméně, že tribunál by byl mohl být jiného názoru, kdyby konkrétní okolnosti daného případu nebyly takové, jak výše popsáno.

Podobná situace nastala v případě *Total v. Argentina*.⁶⁴³ Zde se francouzská společnost Total S.A. domáhala ochrany své minoritní investice do několika argentinských distributorů plynu. Tyto podíly získala z části od konsorcia kanadských investorů, kteří je privatizovali od argentinského státu.

Podmínkou původní privatizace bylo mj., že společnost mající licenci k distribuci, jakož i její akvizici provádějící původní akcionáři se zavázali k výhradní pravomoci a

⁶³⁹ Ibid., para. 85, výslovně říká: “*Since the Tribunal has found that the waiver does not cover the claim of Azurix in the dispute before it, the tribunal does not need to comment further on the issue of renunciation by individuals of rights conferred upon them by treaty.*”

⁶⁴⁰ K problematice práv založených BIT a vyplývajících z jiných režimů srov. m.j.: Mach, T. *On the Particular Nature of BIT-based Investment Protection Regimes and the Direct Rights of Claimants In Investment Protection Arbitration*. In: Mach, T. et al. (Eds.) *The Prague Yearbook of Comparative Law*. 2009. Prague 2010, s. 95.

⁶⁴¹ *Azurix Corp. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, decision on jurisdiction zed ne 8. prosince 2003, para 85.

⁶⁴² Ibid., para. 100.

⁶⁴³ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, decision on objections to jurisdiction ze dne 25. srpna 2006.

příslušnosti soudů města Buenos Aires.⁶⁴⁴ Argentina se proto v daném sporu domáhala nedostatku jurisdikce tribunálu na bázi právě této dohody o výhradní jurisdikci soudů.⁶⁴⁵

Total S.A. kontroval argumentem, že tato sice tak být může, ale on stranou dohody není.⁶⁴⁶

Tribunál se v daném případě vyhnul argumentaci nad tím, zda by měl Total S.A., jakožto vlastnický nástupce (singulární sukcesor) předmětných akcí po původním privatizujícím subjektu uzavřevšímu výhradní jurisdikci zakládající dohodu. Tribunál provedl distinkci mezi právy a povinnostmi držitele licence (*investment vehicle*), právy jeho akcionáře za či z pozice akcionáře v *investment vehicle* (derivativní práva, odmítnutá v případě *Barcelona Traction*)⁶⁴⁷ a přímými vlastními právy investora investujícího pomocí *investment vehicle* v daném státu, kterážto práva jsou založena konkrétní BIT.⁶⁴⁸

Tribunál tak naprosto jednoznačně odlišil mezi investorem a *investment vehicle*, respektuje *corporate veil* kolem onoho nástroje.⁶⁴⁹

Dalším v diskutovaném kontextu relevantním případem je *Suez*.⁶⁵⁰ Zde zprivatizovala skupina francouzských a španělských investorů⁶⁵¹ vodovodní distribuci v provincii Santa Fe. Privatizace proběhla formou akvizice podílu na místní společnosti „APSF“, která má s provincií uzavřenou koncesní smlouvu. Součástí dané smlouvy je i ujednání o výhradní jurisdikci místních soudů v Santa Fe.

Argentina se snažila před tribunálem dovolat výhradní jurisdikce sjednané s APSF v dané koncesní smlouvě.⁶⁵² Protiargument žalobce byl, že se ustálila judikatura, která v rámci ICSID arbitráže odmítala dát přednost místním soudům na základě smlouvy proti

⁶⁴⁴ Ibid., para. 39

⁶⁴⁵ Ibid.

⁶⁴⁶ Ibid., para. 42

⁶⁴⁷ Srov. argumentaci Argentiny v čl. 34 a násl. (Ibid.)

⁶⁴⁸ Ibid., paras 80 a 82

⁶⁴⁹ Argentina se v daném případě nesnažila naznačit, že by tribunál měl provést piercing, a místo toho postavila svoji pozici (dle informací z nálezu) toliko na vázanosti doložkou v privatizační smlouvě. Z tohoto dovozují, přes extrémní stručnost daného nálezu, že Argentina musela argumentovat sukcesí.

⁶⁵⁰ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, decision on jurisdiction ze dne 16. května 2006.

⁶⁵¹ Byly tedy iniciálně vzneseny samostatné žaloby na základě dvou BIT s Argentinou, srov. Ibid., para. 25

⁶⁵² Ibid., para. 41

jurisdikci na základě ICSID. Žalobce se v tomto smyslu odvolával na již v této práci zmiňovanou judikaturu *CMS v. Argentina*, *Enron v. Argentina*, *Azurix v. Argentina*, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentina*, jakož i na *as Salini v. Morocco and CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*.⁶⁵³

Ani jedna ze stran se však explicitně nedovolala rozdílu v subjektech sporu dle BIT a koncesní smlouvy. Místo toho, bylo těžiště sporu vedeno kolem rozdílu v právech a povinnostech z, jakož i problematice upravené v, koncesní smlouvě a BIT.⁶⁵⁴ Ani tribunál danou problematiku nelaboroval, konstatuje místo toho, že:

*„Many other international arbitral tribunals have taken the position that a dispute resolution clause in an underlying contract whereby contractual disputes are within the exclusive jurisdiction of local courts or arbitrations does not preclude an investor who is a party to such contract from bringing an arbitration proceeding to enforce its rights under a bilateral investment treaty.”*⁶⁵⁵

*“[...] It follows from the above discussion that, contrary to Argentina’s argument, the execution of a dispute resolution clause in the concession agreement does not mean that the parties have waived ICSID jurisdiction. Certainly, the execution of a dispute settlement clause, like the one in the Santa Fe concession contract, which makes no reference to the BIT or to the treatment that the BIT guarantees investors, cannot support any inference that such dispute resolution clause is a waiver of the investors’ rights under a BIT. The Tribunal concludes that the existence of the dispute resolution clause in the concession contract does not preclude the Claimants from bringing the present action”*⁶⁵⁶

Důvod, proč tribunál nevzal v potaz rozdíl v subjektech není zřejmý. Bylo by asi liché dovozovat, že toto znamená, že by snad měl tendenci ignorovat *corporate veil*. Spíše se zdá být pravděpodobnější varianta, že se tribunál soustředil na diferenciaci předmětu úpravy koncesní smlouvou a předmětu úpravy – a práv dle BIT.⁶⁵⁷

⁶⁵³ Ibid., para. 42

⁶⁵⁴ Ibid., para. 43

⁶⁵⁵ Ibid., para. 44

⁶⁵⁶ Ibid., para. 45

⁶⁵⁷ Zejména z dikce výše citovaného para. 45

Závěr, založený na rozdílu předmětů úpravy (a tedy případných předmětů sporu) je bezpochyby správný. Nicméně, i závěr založený na tolikém rozdílu subjektů by byl správný. V obou případech se totiž jedná o rozdílné složky tzv. „triple identity test“, tj. posouzení zda je zde důvod pro nedostatek jurisdikce pro *litis pendens*.⁶⁵⁸

Tento argument byl potvrzen SCC tribunálem v případě *Lauder v. Česká republika*.⁶⁵⁹⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ Srov. případ *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, award on jurisdiction ze dne 30. července 2004, para. 75; online: http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining_Egypt.pdf (7.7.2009 15:00:18)

⁶⁵⁹ *Ronald S. Lauder v. Česká republika*, final award ze dne 3. září 2001; online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf> (7.7.2009 15:15:01)

⁶⁶⁰ *Ibid.*:

“171. *The Arbitral Tribunal considers that the Respondent’s recourse to the principle of lis alibi pendens to be of no use, since all the other court and arbitration proceedings involve different parties and different causes of action [...]*

173. *There might exist the possibility of contradictory findings of this Arbitral Tribunal and the one set up to examine the claims of CME against the Czech Republic under the Dutch-Czech Bilateral Investment treaty. Obviously, the claimants in the two proceedings are not identical. However, this Arbitral Tribunal understands that the claim of Mr. Lauder giving rise to the present proceeding was commenced before the claims of CME was raised and, especially, the Respondent itself did not agree to a de facto consolidation of the two proceedings by insisting on a different arbitral tribunal to hear CME’s case.*

174. *Finally, there is no abuse of process in the multiplicity of proceedings initiated by Mr. Lauder and the entities he controls. Even assuming that the doctrine of abuse of process could find application here, the Arbitral Tribunal is the only forum with jurisdiction to hear Mr. Lauder’s claims based on the Treaty. The existence of numerous parallel proceedings does in no way affect the Arbitral Tribunal’s authority and effectiveness, and does not undermine the Parties’ rights. On the contrary, the present proceedings are the only place where the Parties’ rights under the Treaty can be protected.*

175. *Therefore, the Arbitral Tribunal holds that the seeking of the same remedies in a different fora does not preclude it from having jurisdiction in the present proceedings.*“

Utilizace mezinárodní holdingové struktury k ochraně majetku před domácím státem ovládajícího subjektu ve světle arbitrážní judikatury

Je nepochybné, že dvou- a vícestranné smlouvy o ochraně investic mají, ve svém původu, za cíl podpořit přeshraniční tok kapitálu mezi tzv. *capital exporting* a *capital importing countries*.⁶⁶¹ Je dále nepochybné, že zájmem tzv. *capital importing countries* je lákat zahraniční kapitál, zatímco zájmem tzv. *capital exporting countries* je umožňovat rozvoj obchodních aktivit svých státních příslušníků, a tak podporovat hrubý národní produkt, včetně jeho daňových aspektů.⁶⁶²

Soudobé hospodářské aktivity jednotlivých korporátních aktérů jsou však do té míry nadnárodní, že dělit investice za pocházející z jednoho státu do druhého není v praxi možné.

Vezměmež jako teoretický příklad koncernovou skupinu IKEA, která se hypoteticky rozhodne založit novou továrnu v Rusku.⁶⁶³

Není pochyb o tom, že původně se jedná o švédského výrobce nábytku, že zakladatelem je švédský státní občan, avšak ani o tom, že mateřský korporátní subjekt bezprostředně pod svými fyzickými vlastníky je lucemburský subjekt, vlastníci skupinu nizozemských společností.⁶⁶⁴ Řekněmež, že ke své expanzi v Rusku tato skupina použije

⁶⁶¹ Mach, T. *On the Particular Nature of BIT-based Investment Protection Regimes and the Direct Rights of Claimants In Investment Protection Arbitration*. In: Mach, T. et al. (Eds.) *The Prague Yearbook of Comparative Law*. 2009. Prague 2010, s. 95; pro odlišnou klasifikaci srov.: Peters, P. *Some Serendipitous Findings in BITs: the Barcelona Traction Case and the Reach of Bilateral Investment Treaties*. In: Denters, E., Schrijver, N. *Reflections on International Law from the Low Countries*. Liber Amicorum Paul Waart. Amsterdam: Kluwer Law. 1998, s. 28

⁶⁶² Salacuse, J.W., Sullivan, N.P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 *Harvard International Law Journal* 2005, s.67; Neumayer, E. Spess, L. *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?* In: 33 *World Development* 2005, s. 1567

⁶⁶³ Volba zúčastněných států v tomto hypotetickém příkladu je zcela náhodná a vychází ze skutečné investiční struktury za příklad používané koncernové skupiny a vhodných BIT.

⁶⁶⁴ Zdroj: *The Economist* (online edice):

http://www.economist.com/businessfinance/displayStory.cfm?story_id=6919139 (9.7.2009 18:18:55)

vypůjčený kapitál u švýcarské banky, přičemž v rámci dané části holdingu bude přímým vlastníkem ruské dcery nizozemská právnická osoba. Kapitál pocházející z jaké země je tedy v takovém případě investován v Rusku a kdo je investorem (přímým a nepřímým)?

Odpověď na tuto otázku je možno nalézt v syntéze pravidel BITs Ruska, Nizozemí, Lucemburska a Švédska. Pravidla jsou stanovena ve smlouvách jednoznačně, přičemž investor bude v té či oné konkrétní smlouvě ve vztahu k nižším stupňům holdingu (tj. Lucembursko – Nizozemí – Rusko) definován dle principu inkorporace, případně dle principu *siège social* či jejich kombinací. Konkrétně zde, ve vztahu mezi nizozemskou společností a Ruskem, bude investor dle relevantní BIT Nizozemí a SSSR⁶⁶⁵ definován dle čistého principu inkorporace,⁶⁶⁶ což znamená, že vztah výše v hierarchii daného koncernu je irelevantní, a investice s použitím nizozemské společnosti dojde ochrany dle relevantní BIT nehledě na další články koncernu.

Co však v případě, že původní zakladatel daného impéria hypoteticky prodal tuto skupinu fyzické osobě s ruskou státní příslušností? Jinými slovy, v takovém hypotetickém případě by „konečným efektivním investorem“ – tj. ovládajícím subjektem takového koncernu byl státní příslušník státu, kde je investice realizována. Změní se v daném případě nějak šance vlastníka skupiny na vymáhání případné škody způsobené státem, v němž je investováno? Někteří autoři odkazují na výše určený účel BITs a dovozují, že by tomu tak být mělo, tj. že by pak taková ochrana neměla být poskytnuta.⁶⁶⁷

Vzhledem však k principu inkorporace zakotveném v BIT mezi Nizozemím a SSSR,⁶⁶⁸ se tyto šance dle v současné době převládající doktríny v mezinárodní arbitráži nezmění a koncern tak bude moci jednoznačně vymáhat případnou náhradu škody. Toto vyplývá z již diskutovaných judikátů *Tokios Tokéles*,⁶⁶⁹ *ADC v. Maďarsko*,⁶⁷⁰ či *Saluka*,^{671 672}

⁶⁶⁵ Text. Online: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_ussr.pdf (9.7.2009 19:45:49)

⁶⁶⁶ Ibid. Para. I. Odst. a) písm. ii.

⁶⁶⁷ Viz. výše citovaný dissent profesora Weila v případě *Tokios Tokéles*. Online: http://ita.law.uvic.ca/documents/tokios-dissenting_opinion_000.pdf (9.7.2009 20:14:16)

⁶⁶⁸ Ibid.

⁶⁶⁹ *Tokios Tokéles*, supra, (http://ita.law.uvic.ca/documents/tokios-dissenting_opinion_000.pdf) (9.7.2009 20:14:48), s. 15, para. 36

⁶⁷⁰ *ADC v. Maďarsko*, cit. supra, para. 357

⁶⁷¹ *Saluka v. Česká republika*, supra, paras. 240-241

jak výše citovány. Protože navíc BIT mezi Hospodářskou unií Belgicko-lucemburskou a SSSR také upravuje ochranu tzv. nepřímé investice skrze subjekty založené ve třetích zemích,⁶⁷³ bude možno za předpokladu, že lucemburský nadřízený subjekt má *siège social* v Lucembursku,⁶⁷⁴ aby případné hypotetické spory proti Ruské federaci byly vedeny oběma korporátními články daného holdingu.⁶⁷⁵

Zjednodušíme-li pak příkladnou hospodářskou strukturu na fyzickou osobu z jednoho členského státu, ovládající právnickou osobu v druhém členském státě, která investuje v prvním členském státě, pak nalzáme nejjednodušší variantu holdingové struktury, kdy je existence právnické osoby z druhého členského státu použita k ochraně investice v domovském státě ovládající fyzické osoby. V případě, že partikulární režim relevantní BIT volí bezvýjimečně⁶⁷⁶ princip inkorporační jakožto test státní příslušnosti dané právnické osoby, pak i taková ochrana je dle soudobé judikatury (srov. zejm. *Tokios Tokéles*⁶⁷⁷, *Saluka*,⁶⁷⁸ jakož i potvrzení správnosti závěru v *Tokios Tokéles* v judikátu *ADC v. Maďarsko*⁶⁷⁹) platná.

6.1. Podmínky utilizace mezinárodní holdingové struktury k ochraně majetku před domácím státem

Pokud by autor měl v této kapitole uvést praktický návod k vytvoření holdingové struktury k ochraně majetku ovládajícího subjektu proti jeho domovskému státu, pak by tento návod byl postaven na sumáři následujících bodů:

⁶⁷² Zde se jednalo o spor na bázi BIT Nizozemí a Č(SS)R, se stejnou definicí investora-právnické osoby dle principu inkorporace.

⁶⁷³ Srov. přísl. Ust. BIT mezi Hospodářskou unií Belgicko-lucemburskou a SSSR (dnes Ruskem), čl. I odst. 1.2.4 věta druhá, online na: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/belg_lux_ussr_fr.pdf (9.7.2009 20:00:11)

⁶⁷⁴ Neboť BIT mezi Hospodářskou unií belgickou-lucemburskou a SSSR určuje jako rozhodný pro danou právnickou osobu kombinaci testu inkorporace a sídla: Ibid., čl. odst. 1.1.2.

⁶⁷⁵ Srov. diskuzi judikátů *Lauder v. Česká republika* či *CME v. Česká republika* či *diskuze tzv. Barcelona Traction-clause*.

⁶⁷⁶ srov. Výše diskutované výjimky např. ve vzorové BIT USA (viz. kap. 5.1.1.2.1.1.)

⁶⁷⁷ Cit. supra.

⁶⁷⁸ *Saluka v. Česká republika*, cit. supra., para. 241

⁶⁷⁹ *ADC v. Maďarsko*, cit. supra., para. 360.

- a) volba státu, majícího s domovským státem BIT, kde právnická osoba je určena čistě podle principu inkorporace, a to bez výjimek (výjimek jako např. ve prospěch principu kontroly v případě zacyklení domů)⁶⁸⁰,
- b) volba druhého státu, jehož BIT má s domovským státem též definici investora právnické osoby, bez výjimek ve prospěch jiného testu, a s ochranou i nepřímého investora,
- c) ujištění se, že BIT dle bodu a) kryje definicí investice ten majetek či práva, která mají být chráněna,
- d) ujištění se, že ani BIT dle bodu a) ani dle bodu b) neobsahují tzv. *Barcelona Traction-clause*,
- e) ujištění se, že relevantní BIT umožňují přímé diagonální vznesení žaloby,
- f) postavení holdingové struktury tak, že právnická osoba založená ve státě dle čl. a) bude přímým investorem v domovském státě a bude vlastněna další právnickou osobou založenou ve státě dle čl. b) – tj. dle čl. b) investorem nepřímým (tj. vytvoření struktury, která umožní vést dvě samostatné žaloby, tj. dva pokusy dosažení prakticky stejného výsledku),
- g) ideálně zajištění, aby případný nepřímý investor vyvíjel nějakou samostatnou obchodní aktivitu či vlastnil majetek (nemovitosti), aby se tak zabránilo, i když tribunály zatím jednoznačně odmítané, snaze o piercing na bázi analogie amerických doktrín instrumentality, resp. *alter ego*.⁶⁸¹

Při dodržení výše uvedených bodů, dle současného stavu rozhodčí judikatury, lze konstatovat, že případná žaloba takto postaveného koncernového uskupení (resp. jeho jednotlivých nižších článků) by měla být schopna překonat jurisdikční námitky žalovaného státu a dostat se tak k meritornímu řešení konkrétního sporu z investice a nakládání s ní, kterážto oblast práva ochrany investic je mimo rámec zkoumání touto prací.

⁶⁸⁰ Př. BIT mezi USA a ČR diskutována výše.

⁶⁸¹ Viz diskuze v kapitole čtvrté.

Závěr

Účelem této práce bylo analyzovat oblast ochrany zahraničních investic napříč pomyslnými hranicemi oblastí mezinárodního práva a práva obchodního, s důrazem na praktické aspekty mezinárodního práva v rámci tzv. diagonálních vztahů.

V oblasti čisté mezinárodně právní teorie, domnívám se, že argumenty presentované v první části práce, a publikované v anglickém jazyce,⁶⁸² by mohly, v případě, že obstojí teoretické kritice čtenářově, přispět ke klarifikaci teoretického vnímání režimů založených rozhodčími doložkami v některých dvou- (a více-) stranných smlouvách o (podpoře a) ochraně investic a finálnímu ukončení již několik let starých diskuzí na téma podstaty „práv investorů“ z těchto smluvních ujednání.

Co do problematiky státní příslušnosti v mezinárodním právu, diskuzí klíčové relevantní judikatury, domnívám se, že se podařilo vyvrátit mýtus *efektivní státní příslušnosti* založený judikátem *Nottebohm* a tradovaný - oproti obecné⁶⁸³ aplikační praxi - zejména v učebnicích. Ve vztahu k právnickým osobám pak je tento závěr jednoznačný.

Velká část práce byla věnována analýze principu corporate veil, respektive zejména otázce jeho *piercingu*. Srovnáním relevantních doktrín v hospodářsky nejvýznamnějších západních právních řádech (USA, Anglie a Walesu, Německa a Francie) bylo konkludováno, že neexistuje jednotný teoretický koncept pro *piercing the corporate veil*. Z tohoto plyne závěr, že tato doktrína, nemaje alespoň zásadně jednotných kontur, se nemohla stát institutem, který by bylo možno považovat za obecnou zásadu právní uznávanou (civilizovanými) národy. Jako taková se tedy nemohla stát součástí mezinárodního práva, přesto, že je občasně naznačena v judikatuře mezinárodních soudů, jakož i rozhodčích tribunálů.

V kontextu analyzované judikatury bylo dále dovozeno, že přesto, že koncept *piercingu* je občasně v judikatuře naznačen, neexistuje mezinárodní judikatura, která by podpořila jeho akceptaci a aplikaci, nemluvě o naprosté absenci jakýchkoliv náznaků teoretických mantinelů toho, kdy by se tak mělo dít. Z tohoto dohromady s výše vyřčeným

⁶⁸² Mach, T. *On the Particular Nature of BIT-based Investment Protection Regimes and the Direct Rights of Claimants In Investment Protection Arbitration*. In: Mach, T. et al. (Eds.) *The Prague Yearbook of Comparative Law*. 2009. Prague 2010, s. 95.

⁶⁸³ Obecné proto, že v některých specifických forech, zejm. Iran-US tribunál byla tato doktrína přijata.

teoretickým závěrem o neexistenci tohoto principu jako součásti soudobého pozitivního mezinárodního práva plyne, že ani v praktické rovině nelze o daném konceptu hovořit jako o relevantním pro mezinárodní judikaturu.

Vedle výše uvedeného závěru o principu *corporate veil* bylo konstatováno, že pro partikulární definice státní příslušnosti investorů v jednolivých dvoustranných smlouvách o ochraně investic, tam, kde tyto smlouvy volí jako rozhodný princip pro určení státní příslušnosti právnické osoby, jsou efektivním nástrojem pro tvorbu nadnárodních investičních koncernů.

Existence těchto koncernů má několik dimenzí, některé z nichž nebyly předmětem zkoumání této práce (zejména aspekty daňové). Ty aspekty, které však předmětem zkoumání byly, jsou jednak otázka možnosti řešení *de facto* stejného skutku před více fory, jakož i možnost zacyklení takových koncernů do státu původu investice.

Co do možnosti znásobení počtu případných ofenzivních pokusů v mezinárodní arbitráži proti konkrétnímu státu (v rovině jurisdikční), jakož i pohled na problematiku tzv. *double-recovery* v případě jejich meritorních úspěchů lze konstatovat, že judikatura zatím nenašla jednoznačného ustálení. V současné době však zejména ty případy, kde žalovaná byla Česká republika, indikují, že tribunály v rovině jurisdikční odmítají argument tzv. *double-recovery* jako relevantní námitku nepřípustnosti předmětné žaloby, přičemž by muselo být konstituování takového koncernu extrémně do očí bijícím zneužitím corporate veil, aby se takovou námitkou relevantně zabývaly.⁶⁸⁴ Vedle daňových aspektů lze tedy konstatovat, že mezinárodní holdingové plánování má i svůj ochranný rozměr, který se stává relevantní v situacích, kdy dojde k ohrožení vlastnických či dalších práv.

Co do zacyklení do státu efektivního původu investice, analýza soudobé judikatury ukazuje, že v případě, že se efektivní vlastník vyvaruje do očí bijícího chování, které by přimělo změnu v soudobé praxi praktického odmítání principu *piercing the corporate veil* v mezinárodním rozhodčím řízení o ochraně investic, lze vhodně zvolené koncernové struktury s korporátními články založenými tak, aby splňovaly relevantní smlouvy o ochraně investic aplikujícími čistý princip inkorporace, použít i k ochraně majetku primárně pocházejícího ze státu, vůči němuž takové ochranné opatření směřuje.

⁶⁸⁴ Srov. např. *CME v. Česká republika*; Partial award ze dne 13. září 2001, para. 412; online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf> (21.6.2009 18:41:04), citováno v této práci.

Tento závěr je zejména relevantní v oblastech s nízkou úrovní stability politicko-ekonomického prostředí a ustálenou praxí skutečného efektivního respektování lidských práv v jednání společnosti, resp. státních orgánů z ní pocházejících, samozřejmě včetně tzv. východní Evropy. Lze proto doufat, že výstup analýzy této práce zpracované v dané geografické oblasti přesahuje rovinu práce teoretické a přestože se primárně jedná o práci akademickou, může analýza v ní obsažená přispět v praxi k ochraně majetkových práv v tomto regionu.

Abstrakt

Tato disertační práce se zabývá mezinárodní ochranou investic. Jejím cílem je pomocí analýzy dostupné národní a mezinárodní judikatury odpovědět na otázku, jakým způsobem se predominantně v soudobném mezinárodním právu určuje státní příslušnost „investora“ a jaký je vliv této okolnosti na investice v situacích řetězení vlastnických vztahů subjektů jsoucích státními příslušníky různých států; jinými slovy, tato disertační práce se zabývá ochranou investic holdingových struktur, struktur vlastních jak nadnárodním společnostem tak dnes i menším investorům. Cílem této práce dále je v tomto kontextu odpovědět na otázku, jakou roli hraje či nehraje institut *corporate veil* na efektivnost ochrany subjektů jsoucích součástí těchto struktur.

Práce je dělena do několika kapitol, pro něž je charakteristická jak definiční interakce, tak relevantní samostatnost diskusivních okruhů.

První kapitola má za úkol úvod do problematiky ochrany investic, jakož i historický přehled a diskuzi vývoje mezinárodního práva, od obecné ochrany investic v režimu diplomatické ochrany tak, jak byla definována v roce 1759 E. de Vattel⁶⁸⁵ až po současné partikulární režimy dvou- a vícestranných smluv o ochraně investic (BITs a MITs).

Tato kapitola dále diskutuje rozdíly mezi těmito režimy, jakož i postavení fyzické a právnické osoby jakožto dotčeného aktéra ochrany investic. Vedle historického úvodu do oblasti ochrany investic a diskuze dostupných režimů a diskuze postavení jednotlivce při hledání ochrany je akcent směřován na diskuzi otázky vzájemných vztahů těchto režimů, tj. zejména obecného mezinárodního práva a jeho nástroje – diplomatické ochrany, a partikulárních režimů založených dvou- a vícestrannými smlouvami o ochraně investic.

Druhá kapitola diskutuje institut státní příslušnosti fyzických, jakož i právnických osob, zejména pak soukromoprávních korporací. V této části práce jsou definičně diskutovány základní způsoby určování státní příslušnosti v národních právních řádech; následně je analyzován posun na úrovni mezinárodního práva, v jehož rámci od poloviny 20. století mezinárodní právo absorbuje oblast státní příslušnosti částečně mezi sebou upravované oblasti. Zejména je zde diskutován institut tzv. *efektivní státní příslušnosti* a otázka, zda tento

⁶⁸⁵ Vattel de, E. *The Law of Nations; or the principles of the law of nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*. London: Newbery, 1759.

je či není platnou součástí obyčejového mezinárodního práva, ať již ve vztahu k osobám fyzickým, či právnickým.

U právnických osob je pak zejména diskutován vývoj od relativně nesystematické aplikace pravidel *siège social*, principu kontroly, inkorporace, a jejich kombinací, až po současně převládající princip inkorporace tak, jak shrnut MSD v případě *Barcelona Traction*. V tomto kontextu obecně se pak diskutuje otázka, do jaké míry má obecné mezinárodní právo svá vlastní autonomní pravidla pro určování či uznávání státní příslušnosti. "

Analýza obyčejového mezinárodního práva je v této kapitole doplněna pohledem do jeho partikulárních režimů, ať již se jedná o v zásadě „*self-contained*“ judikaturu Iran/USA Tribunálu, či – z pohledu teorie mezinárodního práva – Evropského soudního dvora – tj. práva ES.

Závěry této kapitoly jsou ty, že princip inkorporace je v současné době obyčejovým testem pro určení státní příslušnosti právnické osoby, že princip *efektivní státní příslušnosti* není dle převládajícího názoru součástí obyčejového práva ve vztahu k právnickým osobám, jakož i to, že princip *efektivní státní příslušnosti* nelze jednoznačně považovat za součást obyčejového mezinárodního práva ve vztahu k osobám fyzickým; toto dokazuje nejmladší judikatura MSD, např. judikát *Diallo*.

Třetí kapitola této práce se zabývá definicí holdingových struktur. Předmětem definice je zde zejména definice koncernu a definice holdingu, jakož i otázka toho, zda je rozdíl mezi těmito dvěma instituty a do jaké míry je jednotlivé právní řády mají teoreticky vykrystalizované.

Čtvrtá kapitola se zabývá institutem *corporate veil* jako takovým. Předmětný institut je v této části práce definován a dále pak analyzován v kontextu nejvýznamnějších světových právních řádů. Těmito právními řády jsou Spojené státy americké (resp. průřez jejich jednotlivými padesáti právními řády), Anglie a Wales, Německá spolková republika a Francie.

V kontextu institutu *corporate veil* je zejména diskutováno *piercing the corporate veil* ve výše uvedených právních rádech.

Závěr z dané diskuze relevantní judikatury je, že zatímco v USA je do jisté míry rozvinutá judikatura určující více-či méně (v závislosti na judikatuře toho či onoho státu) ustálená pravidla pro *piercing the corporate veil*), například v Anglii, přesto, že teoreticky tento institut je, vzhledem k vzájemnému kulturnímu vlivu obou právních sub-kultur, znám,

judikatura je v zásadě odmítá aplikovat a přidržuje se zásady určující nezávislost právnické osoby tak, jak byla stanovena Sněmovnou lordů v případě *Salomon v. Salomon*. V Německu existuje analogický teoretický, jakož i praktický přístup judikatury k prolomování *corporate veil*, postavený nicméně na tomto civilním právnímu řádu vlastních maximách, odlišných od amerického *common law*. Francie pak tuto doktrínu prakticky nezná.

Na popis jednotlivých národních právních řádů navazuje diskuze nad otázkou zda a případně v jaké podobě přešel tento institut do mezinárodního práva, přičemž zde je zásadně třeba rozlišovat mezi prokázanou existencí tohoto institutu jakožto obecné zásady právní uznávané (civilizovanými) národy a mezi pouhou aplikací faktu existence tohoto institutu rozhodčími tribunály, jejichž praxe je vždy logicky ovlivněna právními řády, z nichž ti či oni rozhodci pocházejí. Z výše uvedené analýzy národní judikatury jednoznačně vyplývá, že zatímco uznávání faktického principu *corporate veil* je všem analyzovaným právním řádům vlastní, co do institutu *piercing the corporate veil* nelze hovořit o jednoznačně shodných zásadách, které by daly možnost reálně uvažovat o tom, že se tento institut stal obecnou zásadou právní uznávanou civilizovanými národy.

Na tuto diskuzi navazuje samostatná diskuze režimů založených dvou- a vícestrannými smlouvami o ochraně investic, tedy kapitola pátá.

V dané části je jednak diskutována definice investora – určení státní příslušnosti investora v těchto smlouvách, jakož i rozsah pojmu investice. Za vzorek k diskuzi je použita množina smluv uzavřených Českou republikou (a jejími právními předchůdci).

Následuje samotná analýza rozhodčí judikatury, jejíž jednoznačný výstup je, že rozhodci mají jednoznačnou tendenci k respektování principu *corporate veil*, zejména tam, kde princip inkorporace je tím, který je zvolen v dané smlouvě o ochraně investic. Ve všech analyzovaných případech tribunál odmítl snahu žalovaného státu o *piercing the corporate veil*.

Závěrem následovaná šestá kapitola, navazující na předchozí části této práce, diskutuje ve stručnosti možnosti aplikace holdingové struktury mezi několika subjekty založenými v různých státech – v návaznosti na relevantní dvoustranné smlouvy o ochraně investic za situace, kdy je účelem chránit majetek pocházející ze státu, vůči němuž takto nastavená ochranná struktura směřuje.

Tato kapitola dovozuje na hypotetickém případě, že při vhodně zvolené struktuře lze skutečně dle stavu soudobé judikatury s velkou pravděpodobností úspěchu dovést, že oproti

původnímu motivu států vyjednávajících smlouvy o ochraně investic, jejich souboru lze využít k efektivní ochraně majetku, který může pocházet z území, resp. z vlastnictví státního příslušníka státu, vůči němuž daná ochrana směřuje.

Summary

The current thesis focuses its attention on the arena of international investment protection. Using available case-law, it aims at answering the question as to in what way the nationality of an investor is being determined under international law – in particular in arbitration. Moreover, it aims at determining the impact a chaining of investors from different states into a holding structure potentially has on the arbiters' view when determining an investor's (or an investment's) nationality.

The objective of this thesis is to determine to what extent the institution of *corporate veil* influences the nationality of persons participating on above described holding structures, in terms of how these are viewed in international arbitration and to what extent piercing a corporate veil exists in the arbitral case law.

The dissertation is divided into several chapters which, although relatively independent interrelate in the covered subject matter with one another as follows:

The first chapter's objective is to introduce the reader into the arena of investment protection and to provide him/her with a historic overview and discussion of international law. In doing so, the discussion starts with the customary regime of diplomatic protection – as defined by E. de Vattel⁶⁸⁶ in 1759. Then, then the discussion moves on to the contemporary particular regimes created by bi- and multilateral treaties on investment protection.

This chapter also discusses the difference between these two categories of regimes (that is the customary regime of diplomatic protection and the particular category regimes pursuant to the various bi- and multilateral treaties), as well as the difference in the position of an individual pursuant to these regimes. Besides a historic introduction into the arena of investment protection and the discussion of the role of an individual in the various regimes, it in particular focuses on the mutual relationships of these regimes – that is of the customary diplomatic protection and regimes created by the treaties.

The second chapter discusses nationality as an institution of international law, both in regard to natural as well as juristic persons. In regard to legal persons, in particular corporations are discussed. The chapter contains the analysis of the basic approaches adopted

⁶⁸⁶ Vattel de, E. *The Law of Nations; or the principles of the law of nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*. London: Newbery, 1759.

by municipal laws in determining one's nationality; subsequent to that, the 20th Century development of international law that rests in its absorption of rules determining nationality within the scope of subject matter regulated by international law is discussed. In particular the institution of *effective nationality* (and that of *genuine link*) is subject to an analysis – with the particular accent on the question as to whether these institutions constitute valid parts of customary international law, be it vis-à-vis natural or juridical persons.

Regarding juridical (legal) persons another area of focus of this dissertation is the development of the customary rules of the determination of nationality of such an entity. The analysis starts with the discussion of the principle of *siège social* and some rather less systematic applications of this principle in older case law. Subsequent to that the discussion turns to the control test and in particular to incorporation test of corporate nationality, the latter being the prevailing customary rule as summarized by the ICJ in *Barcelona Traction*. In this context the question, already touched upon in the previous part of this chapter, namely to what extent and in what way international law contains its own rules of determination and recognition of a person's or an entity's nationality is discussed. The analysis of existing customary international law is complemented in this chapter by a discussion of two particular regimes of rather “self-contained” nature, namely the case law of the Iran/USA Tribunal and – as far as public international law is concerned yet another international court - namely the European Court of Justice (ECJ) .

The conclusions of the discussions within this chapter are as follows: The rule of incorporation The rule of incorporation is under contemporary customary international law “the” rule of determination of nationality of corporations; the principle of *effective nationality* cannot be considered for a valid part of customary international law vis-à-vis juridical persons; the latter is clearly shown by recent case law of the ICJ, such as the *Diallo case*.

The third chapter focuses on holding structures. Within this term, the subject of discussion here is the definition of a “concern” as a group of companies, the definition of a holding as well as the question whether there exists a difference between these terms and if so, what that is. Moreover, the chapter discusses to what extent selected legal orders do have a theoretically defined doctrine covering this subject matter.

The fourth chapter discusses the institution of *corporate veil*. The term is first defined and subsequently analyzed in the light of the world's major legal orders. The discussed legal orders are that of the United States (or to be precise, a summary of overlapping doctrines

within the fifty orders systems within this federation), the laws of England and Wales, Germany and France.

In the context of *corporate veil* in particular the doctrine of *piercing the corporate veil* and its (non)existence in the above identified legal orders is discussed and analyzed.

Based on the analysis of relevant case law, the relevant conclusion of this chapter says that while in the United States the case law on *piercing the corporate veil* has developed and has more less (depending on the case law of each relevant federal state) settled, for instance English courts, although the concept is known to the local legal environment due to the closeness of the two legal sub-cultures, generally refuse to apply it and keeps to the principles of a separate entity of a legal persons (corporate veil) as set by the House of Lords in *Salomon v. Salomon*. Germany has got a comparable theoretical as well as practical approach of the case law vis-à-vis *piercing the corporate veil*. Yet this approach is based on the fundamentals of Germany's civil legal system with its own maxima, different from those of the American common law. As regards France, its practice is basically not familiar with this doctrine at all.

The description of the national legal orders is followed by the discussion of the question whether, and if to what extent, this institution has become part of customary international law. When discussing this, one has to substantially differentiate between a proven existence of this principle as a general principle of law recognized by (civilized) nations and between a mere fact of this institution being applied by arbitration tribunals as this practice is always influenced by those legal orders from where the very arbitrators come from. The above analysis of the case law shows rather substantially that while the principle of corporate veil is generally accepted by all analyzed legal orders, as far as the principle of *piercing the corporate veil* is concerned, one cannot really talk of concrete rules and maxima that could indicate that the institution of *piercing the corporate veil* would have become a general principle of law recognized by civilized nations.

Subsequently follows a separate discussion of the regimes based on bi- and multi-lateral treaties on investment protection - that is chapter five.

This part focuses on the definition of an investor – with the use of the determination of nationality in these particular treaties and, second, defines an investment. The set of treaties concluded by the Czech Republic (and its legal predecessors) served here as an analytic sample. This discussion is followed by an analysis of available arbitral case law, with the result being that the arbitrators clearly tend to respect the principle of corporate veil, in

particular in situations, where the incorporation test is “the test” chosen by the relevant bilateral investment treaty. In all analyzed cases, the tribunal refused the attempts of the defendant state to have the corporate veil around the investor pierced.

The last, sixth, chapter, follows the previous discussion in questioning whether all the discussed subject matter can be used for creating such holding structures (with members based in different states) that by making use of various bilateral investment treaties could serve for protection of assets vis-à-vis the country of the origin of the capital.

By elaborating a hypothetical example the current writer argues in this chapter that by correctly choosing such a holding structure, under existing case law, with a high level of likelihood, one can indeed conclude that this is possible. This is despite the fact that original intentions of the states negotiating the various bilateral investment treaties may have been different.

Literatura

Monografie:

- Adkins, C.C. *Unraveling the Veil: The Concepts of Limited Liability and Disregard of Corporate Entity*. Oklahoma City: Oklahoma City University. 2006, online: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=4541&context=expresso> (3.6.2009 15:49:50)
- Amerasinghe, C.F. *Diplomatic Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008
- Ballantine, H.W. *Ballantine on Corporations*. Chicago: Callaghan and Company. 1946
- Blumberg, P.I. *Law of Corporate Groups: Substantive Law*. New York: Wolters Kluwer. 2000
- Borchard, E. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. New York: The Banks Law Publishing Co. 1915
- Brownlie, I. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press. 2003
- Capitant, H. *Vocabulaire Juridique*. Paris: Les Presses universitaires de France. 1936
- Crawford, J. *The Creation of States in International Law*. 1st Ed. Oxford: Clarendon Press. 1979
- Crawford, J.R. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text, and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press. 2002
- Cink, P. *Koncernové právo – smluvní koncern a jeho právní regulace*. Diplomová práce. Plzeň: Západočeská univerzita v Plzni. 2006
- David, V et al. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: Linde. 2004
- Dědič, J. et al. *Obchodní zákoník. Komentář*. Díl I. Praha: Polygon 2002
- Dědič, J. Kříž, R., Štenglová, I. *Akciové společnosti*, 5. vyd. Praha: C.H. Beck. 1997
- Cogordan, G. *Droit des gens: la nationalité au point de vue des rapports internationaux*. 2nd ed. Paris: L. Larose et Forcel. 1890
- Černá, S. *Faktický koncern, ovládací smlouva a smlouva o převodu zisku*. 2vyd., Praha: Linde. 2004
- Ebenroth, C.T. – Reiner, G. *Der Schutz der abhängigen Kapitalgesellschaft vor nachteiligen Vermögensverlagerungen in Frankreich*. Online:

http://www.gunterreiner.de/ebenroth-reiner1992_bb-beilage13.pdf (7.6.2009 17:20:22)

- Eliáš, K et. al. *Kurs obchodního práva. Právnícké osoby jako podnikatelé*. 4 vyd. Praha: C.H.Beck.2003
- Emmer, F. *Dvojitý občanství jako důsledek průniku německého občanství do českých zemí v letech 1938-1945*. Bakalářská práce. Masarykova Univerzita v Brně. 2008. Online: http://is.muni.cz/th/52227/pravf_b/Bakalarska_prace.pdf (9.6.2009 16:39:04)
- Emmerich, V. Sonnenschein, J. *Konzernrecht*. München: CH BECK 1993
- Griffin, S. *Company Law. Fundamental Principles*. Essex: Pearson Education Limited. 2001
- Hachenburg, M. – Ulmer, P. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung(GmbHG): Grosskommentar*. Berlin: Walter de Gruyter. 1997
- Hänisch, D. *The Liability of shareholders for obligations of the company in Germany and the People's Republic of China*. LLM Dissertation No. LW 6537E. City University of Hong Kong. Hong Kong: 2007,Online: <http://lbms03.cityu.edu.hk/oaps/sl2007-6537-hd976.pdf> (6.6.2009 17:25:56)
- Hobbes, T. *Leviathan*. Online: <http://publicliterature.org/pdf/lvthn10.pdf> (2.2.2009 23:14)
- Horn, N. Kötz, Leser, H. G., Weir, T. *German Private and Commercial Law: An Introduction*. Oxford: Clarendon Press. 1982
- (Kolektiv autorů z The City Law School). *Company Law in Practice*. 7.ed. Oxford: Oxford University Press. 2008
- Locke, J. *Two Treatises of Government*, kniha druhá. Online: <http://www.gutenberg.org/etext/7370> (20.5.2009 17:14:09)
-
- , T. *Diplomatic Protection of Corporate Nationals*. LL.M. Dissertation, University of Cambridge, 2008
- Mapp, S. *The Iran-United States Claims Tribunal. The first ten years 1981-1991*. Manchester: Manchester University Press. 1993
- Mesnooh, C.J.: *Law and business in France: a guide to French commercial and corporate law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. 1994
- Moore, J.B. *.Digets of International Law*. Washington: Government Printing Office. 1906.
- Moore, J.B.. *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been A party*. Vol.2. Washington: G Verment Printing Office. 1898

- Osunbor, S. A. *The Agent-Only Subsidiary Company and the Control of Multinational Groups*. In: 38 ICQL 1989, s. 377
- Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C.H.Beck. 2008
- Presser, S.B. *Piercing the Corporate Veil*. Eagan: Thomson West. 2004
- Redfern, A. Hunter, M. et al. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4th Ed. Sweet and Maxwell, London 2004, s. 98
- Seidl-Hohenveldern, I. *Mezinárodní právo veřejné*. 2nd Ed. Prague: ASPI. 2001
- Shaw, M. N. *International Law*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2003
- Schneider, J. *Erfolgsfaktoren der Unternehmensüberwachung: Corporate Governance aktienrechtlicher Aufsichtsorgane im internationalen Vergleich*. Berlin: Erich Smidt Verlag. 2000
- Schwarzenberger, G. *International Law*. Vol. I. 3rd Ed. London: Steven & Sons Ltd. 1957
- Solomon, E.D. et al. *Corporations, Law and Policy. Materials and Problems*. 3rd ed. St Paul: West Publishing Co. 1994
- Sornarajah, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. The Hague: Kluwer Law International. 2000
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2. Ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2004
- Vattel de, E. *The Law of Nations; or the principles of the law of nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*. London: Newbery, 1759. (použit anglický překlad, reprint z roku 1920).
- Vandekerckhove, K. *Piercing the Corporate Veil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 2007
- Toope, S. *Mixed International Arbitration*. Cambridge: Grotius Publications Ltd., 1990.
- Triska, J.F., Slusser, R.M. *The Theory of Law and Policy of Soviet Treaties*. Stanford: Stanford University Press, 1962
- Wazlawik, T. *Die Konzernhaftung der deutschen Muttergesellschaft für die Schulden ihrer US-amerikanischen Tochtergesellschaft: eine Rechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr Siebeck. 2004

Články a příspěvky:

- Bederman, D.J. *Nationality of Individual Claimants before Iran-United States Claims Tribunal*. In: 42 ICLQ 1993, s. 123
- Beygo, O. *Nationality of Corporations in International Claims Arising out of Foreign Investment Disputes*. In: Revue Hellenique de Droit International. 46/1993, s. 51
- Blumberg, P.I. *Accountability of multinational corporations: the barriers presented by concepts of the corporate juridical entity*. In: 24 Hastings International and Comparative Law Review. 2001, s. 307
- Blutman, L. *Union Citizens, Free Movement and Self-Sufficiency*. In: Acta Jur. et Pol. Szeged, Tomus LXIX., Fasciculus, No. 6, s. 96-114, 2007. (elektronicky na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1327747) (31/03/2009 17:35)
- Broches, A. *Bilateral Investment Treaties and Arbitration of Investment Disputes*. In: Schultz, J and van den Berg, A. J. (Eds) *The Art of Arbitration: Liber Amicorum Pieter Sanders* (1982), s. 67
- Bronckers, M. *The Relationship of the EC Courts with Other International Tribunals: Non-Committal, Respectful, or Submissive?* In: 44 Common Market Law Review 2007, s. 601
- Caron, D. D. *The Nature of the Iran-US Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution*. In: 84 ASIL 1990, s. 104
- Cohn, E.J., Simitis, C. *"Lifting the Veil" in the Company laws of the European Continent*. In: 12 ICQL 1963, s. 196
- Deen-Racsmány, Z. *Diplomatic Protection and International Criminal Law: Can the Gap be Bridged?* In: 20 Leiden Journal of International Law, 2007, s. 909
- Dobson, J.M. *"Lifting the Veil" in Four Countries: The Law of Argentine, England, France and the United States*. 35 ICLQ 1986, s. 839
- Douglas, Z. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*. 74 BYIL 2003, 151 ff
- G.G.O. *Trading with the Enemy: Corporations: Test of Enemy Character*. In: 14 California Law Review 1926, s. 497
- Gill, J- Gearing, M.-Birt, G. *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. A Comparative Review of the SGS Cases*. In: 21 Journal of International Arbitration 5. 2004, s. 397
- Ginther, K. *Nationality of Corporations*. In: Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht. Band XVI/1966, s. 61

- Hadari, Y. *The Choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprise and the Nationality of Such Enterprises*. In: Duke Law Journal. 1/1974, s. 22
- Harris, D. *The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case*. In: 18 ICLQ 1969, s. 284
- Hofstetter, K. *Parent Responsibility for Subsidiary Corporations: Evaluating European Trends*. In: 39 ICQL 39 1990, s. 577
- Keil, T. BGH, *Durchgriffshaftung des GmbH-Gesellschafters wegen Vermögenvermischung*. In: DZWIR 2006, s. 370
- Kishoiyian, B. *The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law*. In: 14 Nw. J. Int'l. L & Bus 1994, s. 327
- Koessler, M. "Subject", "Citizen", "National", and "Permanent Allegiance". In: The Yale Law Journal, 1/1946, s. 62
- Lasák, J. *Soumrak formální samostatnosti osob tvořících podnikatelská seskupení v otázce jurisdikční*. In: Právní rozhledy. 18/2008, s. 604
- Leebron, D.W. *Limited Liability, Tort Victims, and Creditors*. In: 91 Columbia Law Review. 1991, s. 1566
- Leich, M.N. *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*. In: 76 AJIL. 1982, s. 836
- Leigh, G.I.F. *Nationality and Diplomatic Protection*. In: 20 ICLQ 1971, s. 456
- Mach, T. *A Legal Dispute between States: On the conditions of the ICJ's jurisdiction in contentious cases*. Aplikované Právo. 1/ 2008, s. 69
- Mach, T. *Nad rolí ustanovení ochrany investic v českém právním řádu*. In: Podnikatel a rekonstrukce obchodního práva. Praha: VŠAP. 2009, s. 105
- Mach, T. *On the Particular Nature of BIT-based Investment Protection Regimes and the Direct Rights of Claimants In Investment Protection Arbitration*. In: Mach, T. et al. (Eds.) The Prague Yearbook of Comparative Law. 2009. Prague. 2010, s. 95
- (nepodepsáno). *Liability of a Corporation for Acts of A Subsidiary or Affiliate*. In: Harvard Law Review 71 (1958), s. 1125
- Neumayer, E. Spess, L. *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?* In: 33 World Development 2005, s. 1567
- Nicol, A. *Outflanking Protective Legislation. Shams and beyond*. In: 44 MLR 1981, s. 26
- Ottolenghi, S. *From peeping behind the corporate veil to ignoring it completely* 53 MLR 1990, s.338

- Parker, E. B. *Mixed Claims Commission – United states and Germany: Opinion Dealing With Germany’s Obligations and the Jurisdiction of the Commission as Determined by the Nationality of Claims and Administrative Decision No. V*. In: 19 ASIL 1925, s. 614
- Pauknerová, M. *Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle rozhodnutí ESD*. In: Právník 12/2004, s. 1165
- Peters, P. *Some Serendipitous Findings in BITs: the Barcelona Traction Case and the Reach of Bilateral Investment Treaties*. In: Denters, E. , Schrijver, N. *Reflections on International Law from the Low Countries. Liber Amicorum Paul Waart*. Amsterdam: Kluwer Law. 1998, s. 28
- Pickering, M.A. *The Company as a Seperate Legal Entity*. In: 31 MLR 1968, s. 482
- Pokorná, J. *K některým otázkám úpravy seskupení podnikatelů*. In: Právní rozhledy 2/2004, s. 70
- Powles, D. *The “See-Through” Corporate Veil*. In: 40 MLR 1970, s. 339
- Ralston, J. H., Doyle, W.T.S. *Venezuelan Arbitrations of 1903*. Washington, DC: Government Printing Office. 1904. s. 507 Online dostupné na: <http://books.google.com/books?id=2nkCAAAAYAAJ&dq=Venezuelan%20Arbitrations&hl=cs&pg=PA507&output=text> (19.5.2009 18:07:59).
- Rixon, F.G. *Lifting the veil between holding and subsidiary companies*. 102 ICQL 1986, s. 423
- Rubins, N. Nazarov, A. *Investment Treaties and the Russian Federation: Baiting the Bear?* In: 9 Business Law International 2/2008, s. 101
- Říha, P. *K některým problémům nového koncernového práva*. In: Právní rozhledy 8/2002, s. 75
- Salacuse, J.W. *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*. In: 24 International Lawyer 1990, s. 655
- Salacuse, J.W., Sullivan, N.P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 Harvard International Law Journal 2005, s. 67
- Sands, P. *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, In: 1 Yale Human Rights and Development Law Journal. 1998, s. 85
- Silving, H. *Nationality in Comparative Law*. In: The American Journal of Comparative Law. 3/1956, s. 410

- Sornarajah, M. *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*. 1986
JoWorldTrade 20, s. 79
- Van Harten, G. *The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State*. In: 56 ICLQ 2007, s. 371.
- Warbrick, C. *Protection of Nationals Abroad*. In: 104 ICLQ 1988 s. 1006
- Weidenbaum, P. *Corporate Nationality and the Neutrality Law*. In: 36 Michigan Law Review 1938, s. 881.
- Willoughby, W. *Citizenship and Allegiance in Constitutional and International Law*. In: 1 AJIL 1907, s. 914
- Wong, J. *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*. In: George Mason Law Review, 1/2006, s. 136
- Wormser, I.M. *Piercing the Veil of Corporate Entity*. In: 12 Columbia Law Review 1912, s. 496
- Zumbansen, P. *Liability Within Corporate Groups (Bremer Vulkan) - Federal Court of Justice Attempts the Overhaul*. In: 3 German Law Journal 2002 Online:
<http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=124> (6.6.2009 17:13:28)

Judikatura – mezinárodní:

- *ADC Affiliate Limited and ADC &ADMC Management Limited v. Maďarská republika*, ICSID Case No. ARB/03/16, award of the tribunal;
(<http://ita.law.uvic.ca/documents/ADCvHungaryAward.pdf>) (24.6.2009 19:15:23)
- *Agency of Canadian Car and Foundry Co. Ltd*, 8 U.N.R.I.A.A., s. 460
- *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3.
- *Amco Asia Corp. et al. v. The Republic of Indonesia*. award on jurisdiction ze dne 25. září 1983., publikováno v 23 ILM 1984, s. 352
- *Anglo-Iranian Oil Co. (UK v. Iran)*, rozsudek ze dne 22. července 1952,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf> (10/26/2007 4:44 PM)
- *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda). Rozsudek ze dne 3. Února 2006, (<http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>) (21.7.2009 14:23:35)
- *Asghar v. Islamic Republic of Iran*, 20 Iran-US CTR 1990, s. 238

- *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, *decision on jurisdiction* z 8. prosince 2003, online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azurix-Jurisdiction.pdf> (19.6.2009 16:30:18)
- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, new application, 1962, (Belgium v. Spain), second phase, rozsudek ze dne 5. Února 1970, ICJ Rep 1970, s. 3. Online: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (25.7.2009 18:13:52); Separate opinion of Judge Tanaka in: 46 ILR, s. 316, online : <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5399.pdf> (25.7.2009 18:16:14)
- *Canavero claim* (Italy v. Peru) PCA, award ze dne 3. května 1912. Online: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Canevaro%20claim%20English%20Award.pdf> (21.7.2009 13:51:01), 6 ASIL 1912, s. 709
- *CME v. Česká republika* (partial award: <http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>), (final award: (http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf) (14.6.2009 14:58:43)
- *Compania de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic* (“Vivendi” or “Vivendi Annulment”), Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment of 3 July 2002) http://ita.law.uvic.ca/documents/vivendi_annulEN.pdf (30.3.2009 22:37:42)
- *C-369/90 Mario Vicente Micheletti a další v. Delegation del Gobierno en Cantabria* [1992] ECR I-4239
- *C-122/96 Stephen Austin Saldanha a MTS Securities Corporation v Hiross Holding AG* [1997] ECR I-5325
- *C-200/02 Kunquian Catherine Zhu a Man Lavette Chen v. Secretary of State for Home Department* [2004] ECR I-9925
- *Cases C-402/05 P and C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*
- *Daley v. Islamic Republic of Iran*, 18 Iran-US CTR 1988, s. 232 na s. 236
- *Diallo – (Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo))*, decision on preliminary objections ze dne 24. května 2007, online: <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf> (14.7.2009 16:48:29)
- *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)* (USA v. Italy) rozsudek ze dne 20. července 1989. 1989 ICJ Rep, s. 15.

- *Emilio Agustín Maffezini v. Španělské království*, ICSID case No. ARB/97/07, *decision* of the tribunal on objections to jurisdiction ze dne 25. ledna 2000. online: http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf (19.6.2009 18:07:03)
- *Enron Corporation and Panderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, *decision* on jurisdiction ze dne 14. ledna 2004; online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Jurisdiction.pdf> (7.7.2009 11:01:15)
- *Esphanian v. Bank Tejarat*; abstrakt na 77 AJIL 1983, s. 646
- *Finland v. Great Britain (Claim of Finnish Shipowners)* 3 RIIAA 1934
- *Flegenheimer* case. United Nations Reports of International Arbitral Awards, vol. XIV, s 327 ff; dále dostupno v 25 ILR 1958, s. 91. Online: <http://www.uniset.ca/naty/maternity/flegenheimer.htm> (20.5.2009 18:19:37)
- *GAMI Investments, Inc. v. The United Mexican States*, Final Award, para. 29. (<http://ita.law.uvic.ca/documents/Gami.pdf>) (24.9.2008 19:53)
- *Greece v. United Kingdom (the Ambatielos case)* 12 RIAA 1956, 118-19
- *Greenstreet*, 4 U.N.R.I.A.A., s. 462
- *Heathrow Airport User Charges*, 102 ILR, s. 276
- *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, *decision* on jurisdiction ze dne 21. října 2003; online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/champion-decision.pdf> (25.6.2009 15:28:16)
- *Chorzów Factory* (PCIJ, Series A, No. 17, 1928)
- *Interhandel*, Judgment, 1959 ICJ Rep, s. 27
- *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. EUROPEAN FOOD S.A., S.C. STARMILL S.R.L. and S.C. MULTIPACK S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20; Online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Miculav.RomaniaJurisdiction.pdf> (10.6.2009 19:21:30)
- *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, *award* on jurisdiction ze dne 30. července 2004, para. 75; online: http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining_Egypt.pdf (7.7.2009 15:00:18)
- *Loewen (The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America Award)*, art. 165 (ICSID case No. ARB(AF)/98/3)

- *Mavrommatis Palestine Concession* (PCIJ, Series A, No. 2, 1924) dostupné Online: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf (17.6.2009 2:47:37)
- *MONDEV INTERNATIONAL LTD. v The United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, award. (<http://ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf>) (24.9.2008 20:36)
- *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco* (PCIJ, Series B, No.4, 1923);
- *North American Dredging Company of Texas v. United Mexican States* (RIAA, vol. IV, Hague ICJ Register, s. 26)
- *Oil Platforms. Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Preliminary Objections. Rozsudek ze dne 12. 12. 1996* <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/7287.pdf?PHPSESSID=d284e4ec5770f70d46ad81e23e706126> (13.9.2008 18:32)
- *Olguín v. Republic of Paraguay, Decision o Jurisdiction z 8. Srpna 2000. ICSID Case No. ARB/98/5; online: www.wolrdbank.org/icsid/cases/paraguay-decision.pdf, anglický překlad: <http://ita.law.uvic.ca/documents/OlguinParaguay.pdf> (24.6.2009 21:07:18*
- *PLAMA CONSORTIUM LIMITED v. Bulharsko*, ICSID Case No. ARB/03/24, decision on jurisdiction ze dne 8. února 2005 – online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/plamavbulgaria.pdf> (19.6.2009 18:06:11)
- *Panevezys-Saldutiskis Railway* (PCIJ, Series A/B, No. 76, 1939)
- *Republic of Iran v. United States of America* (Case A/18) 5 Iran-US CTR 1984, s. 252;
- *Ronald S. Lauder v. Česká republika*, final award ze dne 3. září 2001; online: <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf> (7.7.2009 15:15:01)
- *Saluka Investments BV v. Česká republika* (PCA), partial award, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf> (10/30/2007 9:57 AM)
- *SAIPEM S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case. No. ARB/05/07
- *S.D. Meyers, Inc. v. Government of Canada*, partial award, ze dne 13. listopadu 2000., 2001 ILM 40, 1408, online: http://ita.law.uvic.ca/documents/PartialAward_Myers_000.pdf (14.09.2008 16:36)
- *SEMPRA Investment Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16

- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* CASE No. ARB/01/13, rozhodnutí ze dne 3. srpna 2003,
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Case No. ARB/02/6, rozhodnutí ze dne 29. ledna 2004:
http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPhil-final_001.pdf (30.3.2009 23:08)
- http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPakistan-decision_000.pdf (30.3.2009 22:37:42)
- *Siemens AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. případ č. ARB/02/8
- *Starret Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Bellat, Bank Markazi*. (Case No. 24) [1983]; 4 Iran-US CTR, s. 122
- *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, decision on jurisdiction ze dne 16. května 2006
- *The Estate of William E. Willet v. Venezuela Case* (No. 21, United States and Venezuela Claims Commission, dle smlouvy z 5. prosince 1885); Moore's International Arbitration sv. III s. 1885 a sv. IV. 3743.
- *Tokios Tokelés v. Ukraine; ICSID case no. ARB/02/18*
<http://www.worldbank.org/icsid/cases/tokios-decision.pdf> (30.10.2007 11:49);
dissenting opinion prof. Weila na: http://ita.law.uvic.ca/documents/tokios-dissenting_opinion_000.pdf (9.7.2009 20:12:53)
- *Total S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/01, decision on objections to jurisdiction, (<http://ita.law.uvic.ca/documents/TotalSAv.Argentina.pdf>)(19.6.2009 0:30:05)
- *Uiterwyk Corp. v. Islamic Republic of Iran* 19 Iran-US CTR 1988, s. 107 na s. 118
- *Woodruff v. Venezuela* (RIAA, vol. IX, Hague ICJ Register, s. 213
- *Youang Chi Oo Trading Pte Ltd. v. Government of the Union of Myamar*, ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, nález ze dne 31. března 2001. publikováno v. 42 ILM 2003, s. 540.
- *Yukos Renta 4 S.V.S.A., AHORRO CORPORACIÓN EMERGENTES F.I., AHORRO CORPORACIÓN EUROFONDO F.I., ROVIME AINVERSIONES SICA V S.A., QUASAR DE VALORES SICA V S.A, ORDOR DE VALORES SICA V S.A. GBI 9000 SICA V. S.A. v. The Russian Federation*. Sp.zn. V (024/2007). Award on preliminary objections ze dne 20. března 2009, při Stockholském centru SCC

Judikatura – národní:

- *Adams v. Cape Industries plc* [1990] 2 WLR 748
- *Albercht v. Sussman* [1813] 2 Ves & B 323
- *Angelo Tomas Inc. v. Armor Const.*, 447 A. 2d 406 (1982)
- *Arnold v. Phillips*. 117 F.2d 497 (5th Cir.) certiorari zamítnuto U.S. 583 (1941)
- *Automotriz del Golfo de Cal. S.A. v. Resnick*, 47 Cal. 2d 792, 796, 306 P. 2d I, 3 (1957)
- *Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon* [1986] 3 WLR 414
- *Berger v. COLUMBIA BROADCASTING SYSTEMS, INC.* (1972) 453 F.2d 991
- *Berkley v. Third Avenue Railway Co.*, 244 NY 84 (1925)
- *Bremer Vulkan (BGH, NJW 2001, 3622)*
- *Canada v. SD Meyers*, 2004 FC 38, též:
<http://ita.law.uvic.ca/documents/ReasonsforOrder.pdf> (25.9.2008 18:56)
- *Cannon (Cannon Manufacturing Co. V. Cudahy Packing Co., 267 US 333 (1925))*
- *Comercial F SA v. Council of Ministers* (Case No. 516, Supreme Court of Spain), ILR 88, s. 691
- *Daimler Co v. Continental Tyre & Rubber Co* [1916] 2 A.C. 307
- *DHN Food Distributors v. Towler Hamlets London Borough Council* [1976] 1 WLR 852; 3 All ER 462, <http://www.uniset.ca/other/pollypeck/19761WLR852.html> (2.6.2009 10:57:20)
- *First National Bank of Chicago v. Trebein Company*, (1898) 59 Oh. St. 316.
- *Fletcher v. Atex, Inc.*, 68 F.3d 1451 (2d Cir. 1995), online:
<http://laws.findlaw.com/2nd/9490801.html> (3.6.2009 23:37:52)
- *Gilford Motor Co. v. Horne* [1933] Ch. 935
- *Hakim v. Minister of Interior* [1952], 6 Piskei Din 642
- *Hess* (7. července 1975), 90 ILR 1992, s. 387 (Bundesverfassungsgericht)
- *Hedley C. Williams and International Growth Resources Limited v. American Softworks Corporation, American Softworks International Corporation, William S. Kosovitch and Steven Grossman /Williams v. Grossman/* Online:
<http://www.nycourts.gov/comdiv/Law%20Report%20Files/July%201999/williams2.htm> (2.6.2009 22:45:59)
- *Hibernia Insurance Company v. St. Luis & New Orleans Trans. Co.* (1882) 13 Fed. 516
- *International Aircraft Trading Co. v Manufacturers Trust Co.*, 297 NY 285, 292

- *International Customs Assocs. v. Ford Motor Co.*, 893 F.Supp. 1251 (SDNY 1995)
- *Jacobs Vehicle Systems, Inc. et al. v. Pacific Diesel Brake, Co. et al.*(US DC Conn) Case No. 3: 93-CV-1093. Online:
<http://www.ctd.uscourts.gov/Opinions/032806.RNC.Jacobs.pdf> (4.6.2009 10:50:29)
- *Johnson v. Warnaco, Inc.*, 426 F.Supp. 44, 48 (S.D.Miss.1976).
- *Joseph Morris v. New York State Department of Taxation and Finance et al.*, 82 N.Y.2d 135, 623 N.E.2d 1157, 603 N.Y.S.2d 807 (1993), online:
http://www.law.cornell.edu/nyctap/I93_0201.htm (6/2/2009 9:59:40 PM)
- *Joseph R. Foard Co. v. Maryland ex rel. Goralski*, 219 Fed. 827.
- *King v. Modern Music Co.*, 33 P.3d 947, 953 (Okla. Civ. App. 2001)
- *Kinney Shoe Corp. v. Poland* 939 F.2d 209, 313 (4th Cir. 1991)
- *LF and HMHK v. Federal Republic of Germany* (the Court of Appeal of the Hague), ILR 94, 343
- *Littlewoods Mail Order Securities Ltd. v. I.R.C. [1963] A.C. 135*
- *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. V. McGregor [1969] All ER 855*
- *Lubrizol Corp. v. Cardinal Construction Co et. Al.* 868 F.2d 767 (1989), online:
<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/868/868.F2d.767.88-2204.html> (4.6.2009 11:12:57)
- *McConnell v. Hector* [1802] 3 B&P 113, 127 Eng. Rep. 61
- *Mexico v. Karpa*, [2005] O.J. No. 16 (C.A.). – Ontario Superior Court of Justice
- *Mexico v. Metalclad*, 2001 BCSC 664 – British Columbia Supreme Court
- *Meyer and Company v. Miller*, 266 US 457, 69, 45 Sup. Ct Rep 165
- *Minifie v. Rowley*, 187 Cal. 481(1921)
- *Minton v. Cavaney*, 364 P.2d 473, 475 (Cal. 1961)
- *Montgomery Web Company v. Dienelt.*, (1890) 133 Pa. St. 585
- *Ostverträge* (16. prosince 1980), 78 ILR 1988, s. 177
- *Parker v. Bell Asbestos Mines Ltd.* (607 F. Supp. 1397)
- *Phelps, Assignee v. McDonald et al.* (1879), 99 U.S. (9 Otto) 298
- Rozhodnutí sp. zn. II ZR 16/93 z 13.4. 1994 nalezitelné: BGHZ 125, 366; NJW 1994, 1801; BB 1994, 1095
- Rozhodnutí sp.zn. II ZR 178/03 ze dne 14. 11. 2005, K nalezení: 59 NJW 2006, s. 1344, online: <http://lexetius.com/2005,3441> (5.6.2009 15:27:14)
- Rozsudek ze dne 14. prosince 1959 publikovaný v NJW 1960, s. 286;
- Rozsudek BGH ze dne 16. září 1989, 95 BGHZ, 330

- Rozsudek BGH ze dne 20. února 1989, 107 BGHZ, 7
- Rozsudek BGH ze dne 23. září 1991, 115 BGHZ, 187
- Rozsudek BGH ze dne 29. března 1992, 122 BGHZ, 123
- Rozsudek ze dne 24. června 2000, sp. Zn. II ZR 300/00. NJW (2000), 3024, online:
<http://lexetius.com/2002,1279> (6.6.2009 18:21:05) či
<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a2a354b10d9327b931996e46c3b4ae22&nr=21766&pos=0&anz=1> (6.6.2009 22:14:05)
- Rozsudek BGH ze dne 17. září 2001, sp.zn. II ZR 178/99; (2001) NJW, 3622,
online:<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=23416&pos=0&anz=1>
(6.6.2009 22:17:33)
- Rozsudek BGH ze dne 13. prosince.2007, sp. zn. IX ZR 116/06; DB 2008, 520
- Rozsudek ze dne 13. prosince 2004, sp.zn. II ZR 206/02, online:
<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e4c15216181b0054eb4393bd715fbee6&nr=31384&pos=0&anz=2> (6.6.2009 22:45:55)
- *Walkovsky v Carlton*, 18 NY 2.d 414 (1966)
- *Wells v. Williams* [1697] I Salk. 46
- *Woolfson v. Strathclyde Regional Council* [1978] SLT 159,
<http://www.uniset.ca/other/cs5/1978SLT159.html> (2.6.2009 11:15:23)
- *Salomon v. Salomon & Co.* (1896), [1897] A.C. 22 (H.L.)
- *Smith, Stone and Knight Ltd. V. Birmingham Corp.* [1939] 4 All ER 116
- T 8735-01 (případ č.), Svea Court of Appeal, rozsudek,
http://ita.law.uvic.ca/documents/CME2003-SveaCourtofAppeal_000.pdf (25.9.2008
18:56)
- *The Liesbet Van den Toll* [1804] 5 C.Rob. 283, 165 Eng. Rep. R. 777
- *Thirty Hogheads of Sugar. v. Boyle* (1815) 13 US (9 Cranch) 191, 3 L. Ed. 701
- *Zaist v Olson*, 227 A.2d. 552, 573 (Conn. 1967)

Vědecké zprávy, zprávy a literatura mezinárodních organizací či zájmových sdružení:

- Bennouna, M. *PRELIMINARY REPORT ON DIPLOMATIC PROTECTION*, ILC 15th Session, A/CN.4/484,
<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/027/90/PDF/N9802790.pdf>
(10/21/2007 7:30)
- Dugard, J. *Fourth report on diplomatic Protection*. International Law Commission. Fifty-fifth session. Geneva: 2003. UN Doc No: A/CN.4/530
- International Law Association. *Berlin Conference (2004) Report*. 71 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 826 (2004), s. 826 a násl
- ICSID *Addictonal Facitlity*, s vlatními pravidly pro vedení sporů
(http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf,
(11.6.2009 17:31:28)),
- Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006:
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf
(18.7.2009 16:52:16)
- First Report on State Succession and its impact on the nationality of natural and legal persons, by Mr. Vaclav Mikulka, Special Rapporteur (UN Doc Nr. A/CN.4/467). In: *The Yearbook of the International Law Commision*. 1995, vol. II(1), s. 163
- Muchlinski, P. (et al.) *Draft of the Final Report on International Law on Foreign Investment*. International Law Association Rio de Janeiro Conference (2008) Online: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/93B50EA9-5609-4501-915629DBEE9FDAA7>(21.6.2009 20:17:06)
- *OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 1967*, Article 7(b) and Commentary (OECD Publication No. 23081 (1967) pp 36-41
- Second Report on State Succession and its Impact on the Nationality of Natural and Legal Person by Václav Mikulka, Special Rapporteur (UN Doc. Nr. A/CN.4/474)
- Sheppard, A. (et al.) *Final Report on Lis Pendens and Arbitration*. International Law Association Toronto Conference In: 72 ILA Rep. Conf. (2006), s. 145
- Sheppard, A. (et al.) *Interim Report on "Res Juditacata" and Arbitration*. International Law Association berlin Conference In: 71 ILA Rep. Conf. (2004), s. 828
- Valk-Schwab, D. Cross Reference Iran-US Claims Tribunal Reports Awards and Decisions. Online: <http://www.iusct.org/iusctr-cross-reference.pdf> (16.6.2009 16:04:46)

Smlouvy o ochraně investic jichž je Česká republika stranou:

- ČR a Albánie (183/1995 Sb.);
- ČR a Argentina (297/1998 Sb.);
- ČR a Austrálie (162/1994 Sb.);
- ČR a Hospodářská unie Belgicko-lucemburská (574/1992 Sb.);
- ČR a Bělorusko (213/1998 Sb.);
- ČR a Bosna-Herzegovina (74/2004 Sb.m.s.);
- ČR a Bulharskem (103/2000 Sb.m.s.);
- ČR a ČLR (89/2006 Sb.m.s);
- ČR a Nizozemí (569/1992 Sb.)
- ČR a Dánsko (575/1992 Sb.),
- ČR a Dánsko (575/1992 Sb.);
- ČR a Egypt (128/1994 Sb.);
- ČR a Estonsko (203/1995 Sb.);
- ČR a Filipíny (141/1996 Sb);
- ČR a Finsko (478/1991 Sb.);
- ČR a Francie (453/1991 Sb.);
- ČR a Chile (41/1997 Sb.);
- ČR a Chorvatsko (155/1997 Sb.);
- ČR a Indie (43/1998 Sb.);
- ČR a Indonésie (156/1999 Sb.);
- ČR a Irsko (226/1997 Sb.);
- ČR a Izrael (73/1999 Sb.);
- ČR a JAR (294/1999 Sb.);
- ČR a Jordánsko (62/2001 Sb.m.s.);
- ČR a Jugoslávie (dnes Srbsko, jakož i Černá Hora) (23/2001 Sb.m.s.);
- ČR a Kanada (333/1992 Sb.)
- ČR a Kazachstán (217/1999 Sb.);
- ČR a Jižní Korea (125/1995 Sb.);
- ČR a KLTR (250/1999 Sb.);
- ČR a Kostarika (68/2001 Sb.m.s.);
- ČR a Kuvajt (42/1997 Sb.);
- ČR a Kypr (115/2002 Sb.m.s);

- ČR a Libanon (106/2001 Sb.m.s.);
- ČR a Litva (185/1995 Sb.);
- ČR a Lotyšsko (204/1995 Sb.);
- ČR a Maďarsko (200/1995 Sb.);
- ČR a Makedonie (116/2002 Sb.m.s.);
- ČR a Malajsie (296/1998 Sb.);
- ČR a Malta (115/2003 Sb.m.s.);
- ČR a Maroko (15/2003 Sb.m.s.);
- ČR a Maricius (62/2000 Sb.m.s.);
- ČR a Mexico (45/2004 Sb.m.s.);
- ČR a Moldavsko (128/2000 Sb.m.s.);
- ČR a Mongolsko (104/1999 Sb.);
- ČR a Německo (573/1992 Sb.);
- ČR a Nicaragua (51/2004 Sb.m.s.);
- ČR a Nizozemí (569/1992 Sb.);
- ČR a Norsko (530/1992 Sb.);
- ČR a Panama (96/2005 Sb.m.s.);
- ČR a Paraguay (38/2000 Sb.m.s.);
- ČR a Peru (181/1995 Sb.);
- ČR a Polsko (181/1994 Sb.);
- ČR a Portugalsko (96/1995 Sb.);
- ČR a Rakousko (454/1991 Sb.);
- ČR a Rumunsko (198/1994 Sb.);
- ČR a Rusko (201/1996 Sb.);
- ČR a Řecko (102/1993 Sb.);
- ČR a El Salvador (34/2001 Sb.m.s.);
- ČR a Singapur (57/1996 Sb.);
- ČR a Slovinsko (159/1994 Sb.);
- ČR a SAE (69/1996 Sb.);
- ČR a USA (187/1993 Sb.), ve znění dodatkového protokolu pub. pod č. 102/2004 Sb.m.s);
- ČR a Španělsko (479/1991 Sb.);
- ČR a Švýcarskou (459/1991 Sb.);
- ČR a Tádžikistán (48/1996 Sb.);

- ČR a Thajsko (180/1995 Sb.);
- ČR a Tunis (203/1998 Sb.);
- ČR a Turecko (187/1997 Sb.);
- ČR a Ukrajina (23/1996 Sb.);
- ČR a Uruguay (10/2001 Sb.m.s.);
- ČR a Uzbekistán (202/1998 Sb.);
- ČR a UK (646/1992 Sb.);
- ČR a Vietnam (212/1998 Sb.)

Další mezinárodní smlouvy:

- Agreement for the Promotion and Protection of Investments ze dne 15. prosince 1987 (tzv. 1987 ASEAN Agreement)
- BIT mezi Francií a Argentinou, vyhlášená ve Francouzské republice v JORF n°128 du 5 juin 1993, s. 8164. ,Online:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000164896&dateTexte=#> (19.6.2009 15:03:08)
- BIT mezi Hospodářskou unií belgickou-lucemburskou a SSSR; online:
http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/belg_lux_ussr_fr.pdf (9.7.2009 20:00:11)
- BIT mezi Itálií a Bangladéš ze dne 20. března 1990, online:
http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_bangladesh.pdf (28.7.2009 16:30:46)
- BIT mezi Nizozemím a SSSR, online:
http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_ussr.pdf (9.7.2009 19:45:49)
- BIT mezi Spolkovou republikou Německo a Argentinou ze dne 9. dubna 1991, online:
http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_argentina_sp.pdf (28.7.2009 16:29:28)
- BIT mezi USA a Argentinou; online: http://www.bilaterals.org/IMG/html/US-AR_BIT.html (19.6.2009 16:32:09)
- BIT mezi Západním Německem a Pakistánem ze dne 25. listopadu 1959, West 457 UNTS, s. 23
- Bruselská úmluva (*OJ L 299, 31.12.1972, s. 32–42* (angl)).

- Convention on International Civil Aviation ze dne 7 prosince 1944. Online: http://www.icao.int/icaonet/dcs/7300_cons.pdf (6.7.2009 18:27:35). V ČR vyhlášena jako Úmluva o mezinárodním civilním letectví pod č. 147/1947 Sb.
- Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects ze dne 29. března 1972.
- Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space ze dne 4 října 1978. Online: <http://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11E.pdf> (6.7.2009 18:50:46). V ČR vyhlášena pod č. 130/1978 Sb.
- Convention on Rights and Duties of States (Montevideo Convention) of 1933, 165 LNTS, s. 19
- Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of The United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran; <http://www.iusct.org/claims-settlement.pdf> (16.6.2009 15:29:18)
- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - the "New York" Convention of 1958. (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf) (24/09/2008 22:01). V ČR publikována jako „Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů uzavřená 10. července 1958 v New Yorku“ pod č.74/1958 Sb.
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States - Washigtonská úmluva, v ČR publikována jako Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (420/1992 Sb.)
- Smlouva o založení Evropského společenství, OJ C 321 E/1 29.12. 2006, online: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:CS:pdf> (28.7.2009 16:02:14)
- Haagská úmluva o některých otázkách střetů zákonů o státním občanství (179 LNTS 89) z roku 1930
- Evropská úmluva o občanství z roku 1997
- Statut Mezinárodního soudního dvora; online: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> (28.7.2009 16:06:32)
- Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights of 15. August 1955 (USA a Irán)
- Treaty of Berlin z listopadu 1921

- Úmluva o omezení případů několikerého státního občanství a vojenských povinností v případech několikerého státního občanství z roku 1963
- United Nations Convention on the Law of the Sea - Úmluva Organizace spojených národů o mořském právu ze dne 10. prosince 1982, vyhlášená v českém jazyce pod 240/1996 Sb. Autentické znění online:
http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf
(6.7.2009 17:40:22)
- Vienna convention on the Law of Treaty - Vídeňská úmluva o smluvním právu, UNTS 1155, s. 331, online:
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf
(14/09/2008 11:54), v ČR vyhlášená pod. 15/1988 Sb.
- The Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (1930)
- Treaty of Versailles, text online: <http://www.firstworldwar.com/source/versailles.htm>
(28.7.2009 16:48:38)

Národní právní předpisy a sekundární předpisy ES:

- Československý zákon č. 165/1968 Sb.
- Česká Listina základních práv a svobod 2/1993 Sb.
- Český zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon.
- Český zákon č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů
- Český zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník.
- Český zákon 40/1993 Sb., o nabytí a pozbytí státního občanství České republiky
- Český zákon č. 219/1995 Sb., devizový zákon.
- Český zákon č. 128/2000 Sb., obecní zřízení
- Český zákon č. 129/2000 Sb., krajské zřízení.
- Český Zákon č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování.
- Executive Order Presidenta USA č. 12543
(<http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/legal/eo/12543.pdf>) (14.6.2009 22:17:22) zrušen v září 2004:
<http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/programs/libya/libya.pdf> (14.6.2009 22:18:34)
- Floridský Limited Liability Companies Act (FL Sec. 608.401 a násl, 2003)

- Izraelský zákon o státní příslušnosti
(<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,ISR,4562d8cf2,3ae6b4ec20,0.html>) (2.11.2008 16:56)
- Kanadský zákon o státní příslušnosti – (Citizenship Act R.S., 1985, c. C-29),
<http://laws.justice.gc.ca/en/ShowFullDoc/cs/C-29///en> (02/11/2008 16:18)
- Nařízení Rady (ES)č. 44/2001 (*Úřední věstník L 012 , 16/01/2001 s. 0001 – 0023*)
- Nařízení Rady (ES) č. 2157/2001 o statutu evropské společnosti (SE), (*Úřední věstník, L 294, 10.11.2001, s. 1*)
- Německý zákon o státní příslušnosti, StAG, BGBl. I S. 158. (<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/rustag/gesamt.pdf>) (1.11.2008 23:16)
- Německý trestní zákoník StGB
- Německý Aktiengesetz (AktG). BGBl. I S. 1089; § 18
- Německý GmbH-Gesetz (GmbHG) RGBl.Nr. 58/1906
- Německý StAG RGBl. S. 583
- Norský zákon o státní příslušnosti
(<http://www.unhcr.org/refworld/category,LEGAL,NATLEGBOD,,NOR,3ae6b4f920,0.html>)
- Aktiengesetz (AktG) BGBl.Nr. 98/1965
- Rakouský trestní zákoník (StGB), BGBl. Nr. 60/1974
- Seychelsý International Business Companies Act 1994, čl. 38
- Ústavy Svobodného státu Bavorsko, ze dne 2. 12. 1246
- UK Constitutional Reform Act 2005
- UK Companies Act 2006 (ch 46, section 16) Těž online:
http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/pdf/ukpga_20060046_en.pdf
- UK Insolvency Act 1986
- US Trading with the Enemy Act 1917, (TWEA) 12 U.S.C. § 95a
- US Cuba Democracy Act (US Code TITLE 22. FOREIGN RELATIONS AND INTERCOURSE CHAPTER 69.):
(<http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/legal/statutes/cda.pdf>) (14.6.2009 22:21:16)
- US Internal Revenue Code (IRC),
- Zákon ČNR č. 39/1969 Sb.
- Zákon SNR č. 206/1968 Z.z.

Zpravodajský tisk:

- Weisbrot, M. *LE CIRDI EN LIGNE DE MIRE : LA BOLIVIE, LE VENEZUELA ET LE NICARAGUA CLAQUENT LA PORTE. ONLINE* (10. 7. 2007):
http://risal.collectifs.net/article.php3?id_article=2298#nh1 (28.8.2008 21:27)
- http://www.economist.com/businessfinance/displayStory.cfm?story_id=6919139
(9.7.2009 18:18:55)
- (The Economist) *Flap-pack accounting. Online:*
http://www.economist.com/businessfinance/displayStory.cfm?story_id=6919139
(25.7.2009 16:59:27)

Další - internet:

- <http://de.wikipedia.org/wiki/Holding> (21.4.2009 20:27:38)
- http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sme2chance/doc/report_fra.pdf
(8.6.2009 11:52:21)
- http://en.wikipedia.org/wiki/Jus_soli (2.11.2008 17:54)
- http://en.wikipedia.org/wiki/Panama_Private_Interest_Foundation
(26.4.2009 14:48:46);
- http://en.wikipedia.org/wiki/Parliamentary_sovereignty (10.6.2009 12:20:39)
- http://en.wikipedia.org/wiki/Salomon_v_Salomon (29/10/2007 17:54)
- <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (11.6.2009 17:34:01)
- <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/intro.htm> (18.6.2009 18:28:11)
- <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/partA-article.htm#a03>
(18.6.2009 18:28:11)
- <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA-chap02.htm> (14.6.2009 18:35:18)
- <http://law.jrank.org/pages/4973/Calvo-Clause.html> (30.3.2009 20:23:41)
- http://search.opsi.gov.uk/search?q=insolvency+act+1986&btnG=Search&output=xml_no_dtd&client=opsisearch_semaphore&proxystylesheet=opsisearch_semaphore&site=opsi_collection (1.6.2009 20:07)
- http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_002809.asp
(14.6.2009 18:22:46),
- http://tcc.export.gov/static/TGA.Czech_protocol.pdf (14.6.2009 18:27:10)

- http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf (13/09/2008 23:20)
- <http://www.aroninvest.cz/?id=foundation> (26.4.2009 14:47:48)
- <http://www.enotes.com/wests-law-encyclopedia/calvo-clause> ((30.3.2009 20:23:41)
- <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/> (9.6.2009 17:17:45)
- <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1945/450928a.html> (6.7.2009 17:43:39)
- http://www.lcia.org/ARB_folder/arb_main.htm (24.9.2008 21:33)
- <http://www.lcia-arbitration.com/> (9.6.2009 17:19:10)
- <https://www.lpoffshore.com/eng/pif.html> (26.4.2009 14:52:01)
- http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ochrana_investic_7570.html (11.06.2009 19:16:27)
- http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf (16.6.2009 15:29:18)
- <http://www.sccinstitute.se/skiljeforfarande-2.aspx> (9.6.2009 17:16:45)
- http://www.seefeld.de/rechtsprechung/gmbh_recht/gmbh_recht_durchgriffshaftung.php (6.6.2009 17:36:15)
- <http://www.un.org/law/ilc/> (10/15/2007 1:54 PM)