

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Klaudie Doubová

**Specifika zahraničních investic
v rozvojových zemích**

Diplomová práce

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

Katedra Mezinárodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 24.3.2024

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou prací vypracoval/a samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 182 978 znaků včetně mezer.

V Praze dne

Kludie Doubová

Poděkování

Na tomto místě bych ráda poděkovala prof. JUDr. Vladimíru Balašovi, CSc. za vedení mé diplomové práce, cenné rady, ochotu a podporu při jejím vypracování. Dále bych ráda poděkovala své rodině za výjimečnou podporu, kterou mi věnovali po celou dobu mého studia.

| | |
|----------------------------------------------------------------------------|-----------|
| ÚVOD | 6 |
| HISTORIE OCHRANY INVESTIC | 8 |
| 1.1 OBDOBÍ DO DRUHÉ SVĚTOVÉ VÁLKY | 8 |
| 1.2 OBDOBÍ PO DRUHÉ SVĚTOVÉ VÁLCE | 8 |
| 1.2.1 VŠEOBECNÁ DOHODA O CLECH A OBCHODU GATT 1947 | 8 |
| 1.2.2 VZNIK REŽIMU DVOUSTRANNÝCH INVESTIČNÍCH DOHOD, SOFT LAW A ICSID | 9 |
| 1.2.3 MULTILATERÁLNÍ PŘÍSTUP K INVESTIČNÍMU PRÁVU A OBCHODU | 12 |
| 2.2.2.1 Otázky investic ve WTO: služby | 12 |
| 1.2.2.2 Otázky investic ve WTO: TRIMs | 14 |
| 1.2.2.3 Otázky investic ve WTO: WGTI | 15 |
| VYMEZENÍ ZÁKLADNÍCH POJMŮ | 18 |
| 2.1 MEZINÁRODNÍ INVESTICE | 19 |
| 2.2 EKONOMICKÝ POJEM – INVESTICE | 20 |
| 2.3 PRÁVNÍ DEFINICE | 20 |
| 2.4 INVESTICE | 22 |
| 2.4.1 PŘÍMÉ INVESTICE | 23 |
| 2.4.2 NEPŘÍMÉ INVESTICE | 24 |
| 2.5 INVESTOR | 24 |
| 2.6 VÝNOS Z INVESTICE | 26 |
| 2.7 KONTROLA ZAHRANIČNÍCH INVESTIC | 27 |
| PRAVIDLA PRO ZACHÁZENÍ S INVESTICEMI | 29 |
| 3.1 NÁRODNÍ REŽIM ZACHÁZENÍ | 29 |
| 3.2 DOLOŽKA NEJVYŠŠÍCH VÝHOD | 31 |
| 3.3 SPRÁVEDLIVÉ A ROVNOPRÁVNÉ ZACHÁZENÍ | 33 |
| 3.4 PLNÁ OCHRANA A BEZPEČNOST | 39 |
| 3.5 UMBRELLA CLAUSES | 40 |
| 3.6 VYVLASTNĚNÍ A NÁHRADA | 42 |
| 3.7 NUTNOST | 44 |
| ČÍNSKO-AFRICKÉ INVESTIČNÍ SMLOUVY | 45 |
| 4.1 SPECIFIKA SMLUV | 46 |
| 4.1.1 ČÍNSKO-AFRICKÉ BIT 1989-1999 | 47 |
| 4.1.2 ČÍNSKO-AFRICKÉ BIT OD ROKU 1999 | 48 |
| 4.1.3 PROBLÉMY ČÍNSKO-AFRICKÝCH BIT | 49 |
| 4.1.3.1 BIT mezi Čínou a Tanzanií – smlouva nové generace | 50 |
| 4.1.4 ČÍNSKO-AFRICKÉ BIT, JAKO SMLOUVY JIH-JIH | 51 |
| 4.1.4.1 Další BIT (jih-jih) uzavírané s Afrikou a jejich komparace s Čínou | 52 |
| 4.2 KLÍČOVÉ RYSY SOUČASNÝCH ČÍNSKÝCH DVOUSTRANNÝCH OBCHODNÍCH DOHOD | 54 |
| 4.2.1 ČÍNSKO-KANADSKÁ BIT | 55 |
| 4.2.1.1 Hmotněprávní úprava | 55 |
| 4.2.1.2 Způsob řešení sporů | 60 |
| 4.2.1.3 Shrnutí | 63 |
| 4.2.2.1 ČÍNSKO-TANZANSKÁ BIT | 63 |
| 4.2.2.2 Hmotněprávní úprava | 64 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 4.2.2.3 Způsob řešení sporů | 67 |
| 4.2.2.4 Shrnutí | 68 |
| 4.3 DŮSLEDKY PRO AFRIKU | 69 |
| 4.3.1 OCHRANA ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ | 70 |
| 4.3.2 PRACOVNĚPRÁVNÍ STANDARDY | 70 |
| 4.3.3 KORPORÁTNÍ ODPOVĚDNOST | 70 |
| 4.3.4 KORUPCE | 70 |
| 4.3.5 ŘEŠENÍ SPORŮ A POSTAVENÍ HOSTITELSKÉHO STÁTU | 71 |
| <u>ZÁVĚR</u> | 73 |
| <u>SEZNAM ZKRATEK</u> | 75 |
| <u>SEZNAM POUŽITÝCH ZDROJŮ</u> | 76 |
| <u>NÁZEV DIPLOMOVÉ PRÁCE V ČESKÉM JAZYCE, ABSTRAKT V ČESKÉM JAZYCE A TŘI KLÍČOVÁ SLOVA V ČESKÉM JAZYCE</u> | 82 |
| <u>NÁZEV DIPLOMOVÉ PRÁCE V ANGLICKÉM JAZYCE, ABSTRAKT V ANGLICKÉM JAZYCE A TŘI KLÍČOVÁ SLOVA V ANGLICKÉM JAZYCE</u> | 83 |

Úvod

Diplomová práce na téma „Specifika zahraničních investic v rozvojových zemích“ se skládá ze dvou hlavních částí dělených do čtyř kapitol. V práci jsou využity metody analýzy primárních a sekundárních zdrojů, syntézy a komparace. Diplomová práce vychází především ze zahraniční, ale i domácí odborné literatury, zahraniční právní úpravy, dokumentů a údajů mezinárodních organizací a odborných článků.

V prvních dvou kapitolách se práce zabývá problematikou právní úpravy investic a vymezením základních pojmů. První kapitola je jakýmsi historickým exkurzem do vývoje právní úpravy investičního práva.

V minulém století došlo vlivem historického, ekonomického a politického vývoje k rapidnímu nárůstu objemu zahraničních investic. Tato skutečnost se promítla i do právní úpravy, zahraniční investoři s cílem proniknout na nové trhy, typicky do trhů rozvojových zemí s méně stabilní politickou situací, vyžadovali záruky, že o své investice nepřijdou. Státy na tuto nově vzniklou situaci reagovaly a začaly hojně uzavírat první dvoustranné dohody o ochraně investic (dále jen „BIT“). Zahraniční investice a jejich ochrana jsou v současnosti jedním z hlavních témat mezinárodního obchodu. Tato kapitola skrze historický vývoj vypichuje ty nejzásadnější smlouvy upravující investice a jejich ochranu.

Druhá kapitola vysvětluje pojem investice, a to jak z právního, tak z ekonomického hlediska, dále stručně nastiňuje problematiku přímých a nepřímých investic, pojem investora a mechanismy kontroly zahraničních investic.

Druhá část této práce je tvořena třetí a čtvrtou kapitolou a je jádrem celé práce. Třetí kapitola představuje pravidla pro zacházení s investicemi, a to skrze judikaturu. Čtvrtá kapitola popisuje Čínsko-afričké investiční smlouvy. Kapitola je členěna do dvou podkapitol. První podkapitola popisuje historický vývoj, specifika smluv BIT mezi Čínou a Afrikou. Druhá podkapitola je podrobná případová studie, jež se zaměřuje na BIT uzavřenou mezi Čínou a Kanadou a BIT uzavřenou mezi Čínou a Tanzanií, tyto dohody byly uzavřeny v rozmezí pouhého roku.

Africký kontinent byl jako příklad zvolen, jelikož ještě před dvěma desetiletími byly BIT uzavírány mezi rozvinutými a rozvojovými zeměmi, avšak měnící se geografie obchodu a investic přinesla stále více BIT uzavíraných mezi rozvojovými státy. Samotná Čína je poměrně specifickým případem, jelikož se jedná o jednu z nejsilnějších ekonomik světa, tak je v mnoha ohledech stále ještě rozvojovou zemí. V souvislosti s obchodem mezi Čínou a africkými státy se zvýšil počet BIT uzavíraných v tomto regionu.

Tato práce zkoumá vývoj a rysy BIT uzavíraných mezi Čínou a Afrikou. Tato kapitola dále popisuje investiční vztahy mezi státy jih-jih a dále komparuje BIT mezi Kanadou a Čínou, tedy vztah jih-sever.

Práce přináší řadu otázek:

- Jaké jsou rysy africko-čínských, jih-jih BIT?
- Jsou BIT jih-jih uzavírané s Africkými státy srovnatelné se smlouvami, jež Čína uzavírá s rozvinutými státy, tedy jih-sever?
- Jaké důsledky mají tyto africko-čínské smlouvy pro Afriku?

Ačkoliv jsou dvoustranné investiční dohody pravděpodobně nejdůležitějším právním nástrojem pro řízení globálních toků přímých zahraničních investic, rostoucímu počtu BIT uzavřených mezi rozvojovými zeměmi v souvislosti s rozšiřováním a prohlubováním hospodářské spolupráce jih-jih byla věnována jen malá pozornost.

BIT jih-jih jsou často uzavírány bez větších diskusí a debat, pravděpodobně kvůli mylné představě, že obchod a investice jih-jih jsou neškodné a vzájemně prospěšné.

Pro země dovážející kapitál by se tato iluze bezpečí mohla ukázat jako velmi nákladná. Vzhledem k některým asymetriím ve vztazích jih-jih je důležité studovat a pochopit způsoby, jakými mohou dvoustranné investiční dohody zvýhodňovat některé rozvojové země na úkor jiných. Příliv přímých zahraničních investic z Číny do Afriky se v posledním desetiletí výrazně zvýšil a předpokládá se, že v příštích letech ještě poroste, tyto BIT tedy vyžadují pozornost.

Čína je velmi aktivní ve sjednávání dvoustranných investičních dohod a na seznamu nejaktivnějších smluvních stran dvoustranných investičních dohod na světě zaujímá k roku 2024¹ první místo. Vzhledem k historii čínských dvoustranných investičních dohod lze s jistotou usoudit, že Peking bude usilovat o uzavření dvoustranných investičních dohod s většinou afrických zemí, s nimiž má vztahy. Nárůst hospodářské spolupráce jih-jih a rostoucí přítomnost rozvíjejících se ekonomik, jako je např. Brazílie, pravděpodobně zapříčiní, že se v Africe zvýší tlak afrických vlád na uzavírání dvoustranných investičních dohod s dalšími jižními partnery.

Cílem této práce je problematiku zahraničních investic v rozvojových zemích představit a poskytnout odpovědi na výše uvedené otázky.

¹ Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator (UNCTAD, 2024) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>> zprístupněno 22. března 2024.

Historie ochrany investic

Tato kapitola stručně nastíní vývoj ochrany investic. Investice byly vždy úzce spjaty s obchodem, tento vztah je v současné době silnější než kdykoliv dříve. Zahraniční investoři a obchodníci požadují konkrétní podmínky pro přístup na zahraniční trhy, a to ve spojení s určitou úrovní zacházení. Pro účely této práce ochranu investic rozdělíme do dvou fází – úprava končící druhou světovou válkou a období po druhé světové válce.²

1.1 Období do druhé světové války

Jako první úpravu ochrany investic můžeme zmínit výsady a privilegia pro zahraniční obchodníky. Počátkem novověku dostávaly smlouvy o ochraně investic jasnější konturu a mezi panovníky jednotlivých států byly hojně uzavírány smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě.³ Smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě založily základní rámec fungování mezinárodních investic a obchodu, tyto smlouvy typicky upravovaly fungování zahraničního subjektu v hostitelském státu. Smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě založily právní ochranu fyzickým a právnickým osobám a fungovaly na principech nediskriminace a volného přístupu. Tyto principy později převzaly další generace investičních smluv.

1.2 Období po druhé světové válce

Druhá světová válka vytvořila příznivé podmínky pro mezinárodní investice, jejichž cílem bylo znovu nastartovat hospodářství. Roku 1944 došlo k založení Mezinárodního měnového fondu (dále jen „IMF“) a Světové banky (dále jen „WB“).

1.2.1 Všeobecná dohoda o clech a obchodu GATT 1947

Vztah mezi mezinárodními investicemi a obchodem se až do sedmdesátých let příliš nerozvíjel. Přelom nadešel v roce 1981, kdy se širší pracovní skupina Všeobecné dohody o clech a obchodu (dále jen „GATT“), známá jako Poradní skupina osmnácti zemí, začala zabývat požadavky na výkonnost investic a pobídkami spjatými s požadavky na nahrazení vývozu a

² Freya Baetens, *Investment Law within International Law* (2013, Cambridge University Press) 259.

³ *Ibid* 260.

dovozu.⁴ Přestože tato iniciativa nebyla schopna dosáhnout konsenzu, GATT se zabýval v první řadě redukcí cel a odstraněním netarifních překážek než toky zahraničních investic.

Důkazem toho může být rozhodnutí ve věci Canada-Foreign Investment Review Agreement (dále jen „FIRA“) z roku 1984. Rozhodnutí se týkalo stížnosti Spojených států na kanadský zákon o kontrole zahraničních investic. Tento zákon vyžadoval, aby zahraniční investoři poskytli písemné závazky slibující, že budou upřednostňovat nákup kanadského zboží před zbožím dováženým. Zahraniční investoři byli navíc zavázáni vše plnit v předem stanovém rozsahu, což bylo v rozporu s články III a XI GATT z roku 1947.⁵

V době, kdy Rada GATT zřídila komisi, mělo několik delegátů pochybnosti o její způsobilosti zabývat se touto záležitostí, jelikož se týkala investic. Spojené státy a Kanada se jako strany sporu shodly, že se záležitost netýká ani zákona FIRA, ani práva Kanady regulovat vstup a expanzi přímých zahraničních investic, ale souhlasu požadovaných nákupních a vývozních závazků podle zákona FIRA. Panel neshledal, že by Kanada jednala v rozporu se svými závazky podle GATT, když umožnila, aby určité zahraniční investice byly podmíněny vývozem určitého množství v poměru k výrobě, tj. mandatorním vývozem výrobků. Ve Všeobecné dohodě jednoduše neexistuje žádné ustanovení, které by požadavky na prodej zboží na zahraničních trzích upřednostňovalo před domácím trhem. Panel FIRA se soustředil pouze na dvě investiční opatření související s obchodem.⁶

1.2.2 Vznik režimu dvoustranných investičních dohod, Soft law a ICSID

Vztah mezi investicemi a obchodem nebyl definován, proto se od padesátých let vyvíjelo mezistátní investiční právo prostřednictvím řady recipročních, vzájemně vymahatelných dvoustranných dohod typu smluv o přátelství, obchodu a plavbě. Současně s tímto trendem byla přijata řada mezinárodních investičních smluv mezi zahraničními investory a vládami hostitelských států, často ve formě koncesních smluv o těžbě ropy, plynu a nerostných surovin, kdy vznikly nástroje soft law pro oblast investičního práva. Další vývoj probíhal v rámci Organizace pro mezinárodní hospodářskou spolupráci a rozvoj (dále jen „OECD“), a to prostřednictvím rezolucí Valného shromáždění Organizace spojených národů (dále jen „OSN“). Pravděpodobně se však jednalo až o práci Konference OSN o obchodu a rozvoji (dále jen „UNCTAD“), která nejvíce podpořila doktrínu „žijeme spolu odděleně“⁷ (dále jen „LAT“). LAT

⁴ Ibid 265.

⁵ Ibid 266.

⁶ Ibid 266.

⁷ Ibid 264.

jinými slovy představoval obě tyto oblasti – mezinárodní investice a obchod spolu souvisely, ale každá z těchto oblastí si zachovala svou vlastní sféru.

Konec kolonialismu dal vzniknout velkému počtu nově nezávislých států. Tyto nově vzniklé ekonomiky byly hospodářsky málo rozvinuté a pro vyspělé ekonomiky vytvořily jakýsi impuls. Došlo tedy k masivním investicím, které byly zpravidla upraveny prostřednictvím nové generace smluv o přátelství obchodu a plavbě. Investiční smlouvy vycházely z předpokladu, že investice vyspělých ekonomik přinesou investorovi návratnost a hostitelský stát získá finanční pomoc, know-how, lidské zdroje a přístup k technologiím. Tyto smlouvy byly založeny na několika principech, např. na zásadě standardu zacházení s investicemi. Tyto zásady budou předmětem samostatné kapitoly této práce.

Spolková republika Německo byla jedním z prvních investorů v rozvojových státech. Roku 1959 uzavřela bilaterální smlouvu s Pákistánem.⁸ Smlouva chránila poskytnuté investice a německé státní příslušníky v souladu s právním řádem Pákistánu. Další evropské státy tento trend následovaly a daly vzniknout éře uzavírání bilaterálních smluv. Tato smlouva však nebyla moderní formou BIT. Přestože obsahovala obvyklé záruky ochrany investorů, úprava týkající se řešení sporů pracovala pouze s mezistátním řešením investičního sporu.⁹ V případě, že by toto řešení nebylo možné, tak smlouva stanovila dvě alternativy řešení – předložení sporu Mezinárodnímu soudnímu dvoru (dále jen „ICJ“), či arbitráž. Jednotliví investoři jsou však odkázáni na stát, jehož jsou státním příslušníkem, aby mohli podpořit návrh diplomatickou ochranou. Německý bankéř Herman J. Abs se koncem 50. let pokusil o vytvoření mnohostranné smlouvy známé pod názvem Magma Charta na ochranu zahraničního majetku. Smlouva by založila konkrétní normy pro zahraniční investice a dále předpokládala vznik stálého rozhodčího soudu. Tento pokus však cílenou úpravu nepřinesl a změnu přinesla až OECD.

OECD přijala v roce 1967 nástroj soft law – Úmluvu o ochraně zahraničního majetku.¹⁰ Tato úmluva OECD byla novým nástrojem. Dávala investorům z členských států OECD právo podat jakoukoli stížnost týkající se přímých zahraničních investic proti hostitelskému státu u mezinárodního rozhodčího soudu, aniž by se museli obracet na diplomatickou ochranu svého domovského státu.¹¹ OECD vydala další nástroje, které měly za cíl liberalizovat pohyb kapitálu a

⁸ Dohoda mezi Pákistánem a Spolkovou republikou Německo o podpoře a vzájemné ochraně investic, číslo 6575 ze dne 25.11.1959 < <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-English.pdf>> zpřístupněno 7. února 2024.

⁹ Ibid 31-32.

¹⁰ Draft Úmluvy o ochraně zahraničního majetku, 189/77 ze dne 12. října 1967 < https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Claimants%27%20Amended%20Memorial/Legal%20Authorities/CL-0020.PDF> zpřístupněno 7. února 2024.

¹¹ Freya Baetens, Investment Law within International Law (2013, Cambridge University Press) 269.

příjmy či výnosy ze služeb, práv duševního vlastnictví, licencí a směnných transakcí. Tyto nástroje zároveň cílily i na regulaci investičních pobídek. OECD vztah mezi právem a obchodem do jisté míry upravila, přestože se nejednalo o vypracování mnohostranných pravidel pro investice.

Na Valném shromáždění OSN vývoj kopíroval aktivity v OECD. Shromáždění se zaměřilo na roli rozvojových zemí v kontextu investic a obchodu. Zahájení Rozvojového desetiletí OSN, které v odstavci 2 písm. b) podpůrné rezoluce Valného shromáždění OSN vyzvalo státy "*provádět politiku, která by rozvojovým zemím zajistila spravedlivý podíl na výnosech z těžby a prodeje jejich přírodních zdrojů zahraničním kapitálem v souladu s obecně uznávanými přiměřenými výnosy z investovaného kapitálu*".¹² Následovalo svolání mezinárodní konference, která nakonec vedla k vytvoření UNCTAD, jež dodnes podporuje vztah mezi mezinárodními investicemi a obchodem.

Další rezoluce Valného shromáždění OSN č. 1803 o trvalé svrchovanosti nad přírodními zdroji byla rovněž klíčová.¹³ Tato rezoluce uznávala právo států na trvalé panství nad jejich přírodním bohatstvím a zdroji, a to v zájmu národního rozvoje a blahobytu jejich obyvatel. Stanovila společné chápání toho, že vnitřní kapitálové investice by měly být v souladu s pravidly a podmínkami hostitelského státu a mezinárodním právem, přičemž by mělo dojít ke spravedlivému rozdělení prospěchu mezi investora a přijímající hostitelský stát.¹⁴

Ve stejnou dobu se myšlenka arbitráže mezi investorem a státem objevila jako jedno z nejdůležitějších ustanovení při přijímání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států z roku 1965 (dále jen „Úmluva ICSID“),¹⁵ která vstoupila v platnost v roce 1966. Poprvé v historii přímých zahraničních investic měli investoři k dispozici nástroj účinné nápravy proti protiprávnímu jednání hostitelského státu, nemuseli se již v investičních sporech spoléhat na místní soudy v hostitelském státě nebo na diplomatickou ochranu svého domovského státu. Přijetím Úmluvy OECD o ochraně zahraničního majetku z roku 1967 byly státy stále více motivovány uzavírat dvoustranné investiční smlouvy, které předem stanovovaly souhlas hostitelského státu s rozhodčím řízením investičních sporů mezi investorem a státem. Tato možnost rozhodčího řízení v mnoha dvoustranných investičních smlouvách (i v některých zákonech hostitelského státu o zahraničních investicích) znamenala, že investorovi stačilo nabídku přijmout, tj. zahájit řízení, aby byl dán souhlas s rozhodčím řízením. Volba alternativních fór pro řešení investičních sporů pomocí ICSID, rozhodčích pravidel Mezinárodní obchodní komory (dále

¹² UNGA RES 1710 (XVI) (19. prosince 1961).

¹³ UNGA RES 1803 (XVII) (8. prosince 1962).

¹⁴ Ibid 15.

¹⁵ UNTS 8359 (17. října 1966) Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States.

jen „ICC“) nebo rozhodčího řízení ad hoc, založeného na rozhodčích pravidlech Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (dále jen „UNCITRAL“), se stala běžnou součástí mnoha dvoustranných investičních dohod.

Následovalo období 70. a 80. let 20. století, kdy došlo k vzestupu nadnárodních korporací nebo nadnárodních podniků, které se staly prominentními hráči investičních a obchodních vztahů. Rozvojové země na půdě Valného shromáždění OSN volaly po novém mezinárodním hospodářském řádu, „*regulace a dohled nad činností nadnárodních společností přijetím opatření v zájmu národních ekonomik zemí, v nichž tyto nadnárodní společnosti působí, na základě plné suverenity těchto zemí.*“¹⁶ Centrum OSN pro nadnárodní společnosti se pokusilo, i když neúspěšně, zprostředkovat a zajistit mezinárodní dohodu o kodexu chování nadnárodních společností. OECD roku 1976 přijala svůj první soubor Směrnic pro nadnárodní společnosti, který v roce 2011 dokončil svou pátou revizi. Všechny tyto nezávazné nebo soft law pokyny přispěly nepřímo k podpoře LAT vztahu mezi mezinárodním investičním právem a obchodem.

1.2.3 Multilaterální přístup k investičnímu právu a obchodu

Až v polovině 90. let byl na multilaterální úrovni znovu diskutován vztah mezi právem investic a obchodu. Jedním z důvodů přezkumu bylo založení Světové obchodní organizace (dále jen „WTO“). Druhým důvodem byla neúspěšná snaha OECD vyjednat multilaterální dohodu upravující přímé zahraniční investice.

2.2.2.1 Otázky investic ve WTO: služby

Zřízením WTO byla do mnohostranného obchodního systému zavedena významná dohoda o obchodu se službami. Vlády obvykle zaznamenávaly svůj mezinárodní obchod se službami v rámci statistiky platební bilance, v níž byly transakce se službami mezi rezidenty a nerezidenty uváděny vedle jiných devizových pohledávek, jako jsou výnosy ze zahraničních investic, licenční poplatky a další nerezidentské transakce nebo takzvané „invisibles.“¹⁷

Během vyjednávání dohody o obchodu se službami v rámci Uruguayského kola, jako základ úpravy poskytování služeb z hlediska rezidentských/nerezidentských transakcí byly také podniky, které poskytují služby na mezinárodní úrovni prostřednictvím zahraniční pobočky nebo z obchodní přítomnosti v zahraničí. Další alternativou je Všeobecná dohoda o obchodu službami (dále jen „GATS“) definuje tento způsob poskytování služeb jako poskytování služby -

¹⁶ UNGA RES 3201 (S-VI) (1. května 1974).

¹⁷ Freya Baetens, *Investment Law within International Law* (2013, Cambridge University Press) 272.

„poskytovatelem služeb jednoho člena prostřednictvím obchodní přítomnosti na území kteréhokoli jiného člena.“¹⁸

Pojem obchodní přítomnost zahrnuje kterýkoliv druh obchodní nebo profesní provozovny, jedná se tedy o založení, akvizice nebo udržování právnické osoby, a to včetně zřízení a udržování pobočky na území člena za účelem poskytování služeb. Obchodní přítomnost je novotou, jež přinesla GATS a jež vyžaduje proximitu poskytovatele a spotřebitele. Z perspektivy platební bilance je takové poskytování služby subjektem, který je rezidentem na území spotřebitele, transakcí mezi rezidenty, a proto se nezaznamenává jako obchodní transakce. Naopak ji charakterizuje spíše jako investici. Není proto divu, že poskytování služeb v zahraničí obvykle vyžaduje určitý druh obchodní přítomnosti. Ať už má tato obchodní přítomnost jakoukoli formu, buď prostřednictvím dceřiné společnosti nebo pobočky společnosti, či prostřednictvím agentury, jedná se o formu přímých zahraničních investic v členském státě WTO, který je fakticky hostitelským státem.

Úzký vztah mezi investicemi a obchodem je ve skutečnosti ještě zřetelnější, když se podíváme na ta ustanovení GATS, podle nichž členové přijali konkrétní závazky týkající se přístupu na trh a národního zacházení,¹⁹ tak je učiněno za účelem liberalizace přístupu na trh. Současně s tím se zaručuje, že se bude zacházet se všemi opatřeními, která ovlivňují poskytování služeb v odvětvích, jež jsou uvedena v jejich listinách závazků v oblasti služeb. Jediným limitem tohoto přístupu mohou být podmínky nebo výhrady, které jsou v těchto listinách stanoveny. Kromě toho se některé obecné závazky podle GATS, jako je zásada nejvyšších výhod a zásada transparentnosti, vztahující se na zacházení poskytované členem WTO v jakémkoli odvětví služeb bez ohledu na to, co se rozhodl uvést ve své individuální dohodě závazků v oblasti služeb.

Můžeme konstatovat, že podmínky, za kterých je přístup na určitý trh poskytován, a způsob zacházení, který je zaručen, jsou naprosto totožné s těmi, na které se vztahují doložky o ochraně investorů v řadě dvoustranných investičních dohod. Dokonce by bylo možné tvrdit, že se jedná o stejný typ doložek, které se vztahují na ochranu investorů v rámci mnoha dvoustranných investičních dohod. Mnoho členů WTO se rozhodlo uvést ve svých listinách závazků v oblasti služeb konkrétní odvětvové závazky s omezeními v souladu se svými stávajícími vnitrostátními právními předpisy o zahraničních investicích či se svými dvoustrannými a mnohostrannými smluvními závazky.

¹⁸GATS Training Module: chapter I, Art.1.3c

<https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/cbt_course_e/c1s3p1_e.htm> zpřístupněno 9.února 2024.

¹⁹ Ibid článek XVI (market access) a článek XVII (national treatment).

V mnoha případech se členové WTO zavázali ke stávajícímu smluvnímu závazku o přístupu na trh, a to na základě svých vnitrostátních právních předpisů o zahraničních investicích (tzv. „standstill“), nebo odstranili některá stávající omezení přístupu na trh (tzv. „rollback“). Někteří členové WTO tak činili a zároveň zachovávali povolená omezení, která nebyla v souladu s článkem XVI:2 GATS – omezení přístupu na trh.²⁰ Ta zahrnovala např. omezení formy právnické osoby, jejímž prostřednictvím může být služba poskytována, nebo omezení kapitálové účasti v právnické nebo obchodní společnosti. Člen WTO mohl rovněž uvést další územní omezení a omezení na základě státní příslušnosti jak pro služby, tak pro poskytovatele služeb. Oba tyto typy omezení se obvykle vyskytují v souvislosti s modelem řízeného vstupu při přijímání a usazování zahraničních investic a investorů, který je společný většině dvoustranných investičních dohod, a v některých regionálních dohodách o volném obchodu, které jsou souhrnně označovány jako mezinárodní investiční dohody nebo „IIA“²¹ (dále jen „IIA“).

1.2.2.2 Otázky investic ve WTO: TRIMs

Další vazbou mezi investicemi a obchodem je Dohoda o investičních opatřeních souvisejících s obchodem (dále jen „TRIMs“), která byla sjednána v rámci Uruguayského kola. Cílem této dohody je předcházet restriktivním a narušujícím dopadům, jež mohou mít některá investiční opatření na obchod se zbožím. Článek 2.1 dohody TRIMs,²² který byl ve své koncepci silně ovlivněn rozhodnutím panelu GATT ve věci FIRA,²³ zakazuje jakákoli TRIM, která jsou v rozporu se standardem národního zacházení podle článku III dohody GATT 1994 nebo zákazem množstevních omezení podle článku XI dohody GATT 1994. Podle této dohody se pro vymezení pojmu TRIMs používá přístup demonstrativního výčtu. Ve stručnosti pojem zahrnuje tzv. požadavky na výkonnost, tj. požadavky na místní nákupy a místní obsah, požadavky na vyrovnání obchodu, devizová omezení a požadavky na výkonnost vývozu.²⁴

Některé státy, jako jsou například Spojené státy a Kanada, upřednostňují přijímání a zakládání přímých zahraničních investic na základě standardu národního zacházení nebo doložky nejvyšších výhod, a to i před a po založení zahraniční investice. Právo na přijímání, i když s omezeným rozsahem, však může být podmíněno právem každé smluvní strany bilaterální dohody

²⁰ The General Agreement on Trade and Services (GATS) (31. ledna 2013) článek XVI 5-6
<https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gsintr_e.pdf> zpřístupněno 15. února 2024.

²¹ UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: KEY ISSUES, Volume I (United Nations Publications 2004), 6-14.

²² Agreement on Trade Related Investment Measures TRIMs (World Trade Organization, 1995) 139.

²³ WTO, Agreement on Trade Related Investment Measures (WTO, 2024)

<https://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/invest_info_e.htm#top> zpřístupněno 15. února 2024.

²⁴ Agreement on Trade Related Investment Measures TRIMs (World Trade Organization, 1995) 139.

přijmout nebo zachovat určité výjimky, které spadají do určitých odvětví, pododvětví nebo činností a které jsou uvedeny v samostatné příloze.

1.2.2.3 Otázky investic ve WTO: WGTI

Na počátku existence WTO byl vztah mezi mezinárodním investičním právem a obchodem opětovně posouzen, když bylo na první ministerské konferenci v Singapuru v roce 1996 rozhodnuto o zřízení pracovní skupiny pro zkoumání vztahu mezi obchodem a investicemi.²⁵ Úkol pracovní skupiny pro vztah mezi obchodem a investicemi (WGTI) se však omezil na pouhý analytický a průzkumný rozměr. Žádná nová pravidla ani závazky neměly být sjednány bez souhlasu členů WTO. Ministři obchodu zároveň konstatovali, že v rámci UNCTAD a dalších mezinárodních organizací, jako je například OECD, probíhají práce, které by mohly přispět k prozkoumání tohoto vztahu.

Vyjednávání o Multilaterálních dohodách o investicích (MAI)

Souběžně s tímto vývojem zahájila skupina členů OECD, motivovaná událostmi Uruguayského kola a přijetím třístranné Dohody o volném obchodu (dále jen „NAFTA“)²⁶ s oddílem o investicích, jednání o mnohostranné dohodě o investicích (dále jen „MAI“).²⁷ Cílem bylo vytvoření komplexního mnohostranného systému pro všechny typy mezinárodních investic se standardy pro liberalizaci ochrany investic. Dohoda se rovněž zaměřila na zavedení účinných postupů pro řešení sporů, a to jak v rámci řízení mezi státy po vzoru WTO a systému obchodních panelů NAFTA, tak i v rámci arbitráže mezi investorem a státem. Panely MAI v rámci mezistátního řešení investičních sporů by však na rozdíl od panelů WTO mohly přiznávat přímé peněžní kompenzace nebo naturální restituce. Počátkem roku 2017 probíhala jednání o dohodě, jež by dohodu NAFTA nahradila a rok později došlo k revizi NAFTA. Dohoda byla přejmenována na United States-Mexico-Canada Agreement²⁸ (dále jen „NAFTA 2.0“), známá též pod názvem NAFTA 2.0, úprava hmotněprávní úpravy zahraničních investic odpovídá stavu v NAFTA, NAFTA 2.0 razantně změnila rozsah řešení sporů mezi investorem a státem.

²⁵WTO, Singapore Ministerial Declaration (World Trade Organization, 1996) 7

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=48267,32665&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=1&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True> zpřístupněno 15. února 2024.

²⁶ Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (2020).

²⁷Multilateral Agreement on investment (20. dubna 1998) DAF/MAI (98)9/FINAL
<<https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng989fe.pdf>> zpřístupněno 16. února 2024.

²⁸ Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (2020) Chapter 14 Investment
<<https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>> zpřístupněno 23. března 2024.

V souladu s praxí při uzavírání dvoustranných investičních smluv by urovnávání sporů mezi investorem a státem podle MAI umožňovalo investiční arbitráž za použití ICSID, rozhodčích pravidel UNCITRAL nebo pravidel ICC.²⁹ Do jednání o MAI byly zapojeny pouze členské země OECD, přičemž všechny tyto státy byly v té době vyspělé. Bylo však záměrem, aby konečná dohoda byla otevřena k ratifikaci a přijetí všemi státy bez ohledu na to, zda byly členskými zeměmi OECD.

Přestože byla vypracována řada návrhů, jednání o MAI se zastavila, jakmile francouzská vláda, která hostila jednání v OECD, v roce 1998 stáhla svou podporu a veškeré pokusy o další jednání byly ukončeny. Stalo se tak na základě zprávy francouzské poslankyně Evropského parlamentu Catherine Lalumièreové, která jednání kritizovala za narušení státní suverenity, zejména v kulturním a audiovizuálním sektoru, za jejich tajnost a nezohlednění veřejného mínění v oblasti sociálních a environmentálních otázek. Poslední dva body zmíněné stály v popředí hlasitého hnutí občanské společnosti, které bylo podníceno rychlým šířením uniklých textů z jednání prostřednictvím internetu. Francouzská vláda se rovněž postavila proti potenciálnímu dosahu extrateritoriální legislativy ze strany domovských států investorů, proti potenciální ekonomické nerovnováze, které by členské státy EU čelily vůči Spojeným státům, a proti navrhovaným ustanovením o řešení sporů mezi investorem a státem. Zásadní neshody panovaly i mezi ostatními členy OECD v otázkách, jako jsou příliš široké definice pojmů investor a investice a ochrana proti vyvlastnění.³⁰

Dalším aspektem jednání o MAI byla jeho nesourodá podstata. Členské státy OECD podpořily vytvoření silných proinvestorských pravidel pro přímé zahraniční investice. O těchto pravidlech se vyjednávalo převážně bez náležitého zohlednění hostitelských států, přičemž mnohé z nich nebyly členy OECD a často se jednalo o rozvojové země. Ty měly důvod se domnívat, že budou nakonec nuceny dodržovat pravidla pro zahraniční investice, na jejichž tvorbě se nijak nepodílely. Cítily se povinny účastnit se jednání jako pozorovatelé, nicméně se nemohly aktivně účastnit a ani nemohly ovlivnit průběh jednání.

Neúspěch jednání o MAI: návrat k investicím ve WTO

Neúspěch návrhu MAI, který byl z velké části způsoben povahou mezinárodně koordinované kampaně proti němu, způsobil, že se vyjednávání o mnohostranných pravidlech pro investice dočasně přesunulo z OECD do centra mnohostranného obchodního systému, jak navrhla Francie. Vyjednávání se přesunulo na půdu WTO. Na ministerské konferenci v Dauhá v roce 2001

²⁹ UNCTAD, Lesson from MAI, UNCTAD/ITE/IIT/MISC. 22, 17.

³⁰ Freya Baetens, Investment Law within International Law (2013, Cambridge University Press) 277.

ministři uznali, že je třeba vytvořit mnohostranný systém pro obchod a investice. Tento systém by zajistil „transparentní, stabilní a předvídatelné podmínky pro dlouhodobé přeshraniční investice, zejména přímé zahraniční investice.“³¹ Bylo tedy dohodnuto, že jednání se uskuteční po páté ministerské konferenci „na základě rozhodnutí, které bude na tomto zasedání přijato na základě výslovného konsensu o způsobech jednání.“³²

Po ministerské konferenci v Dauhá se však WGTI nedokázala dohodnout, jak řešit výhrady členů z rozvojových zemí, kteří nechtěli, aby bylo omezeno jejich právo upravovat investice. Výtky se týkaly i práva uplatňovat TRIM a dalších opatření zaměřených na efektivitu, která tito členové považovali za zásadní pro naplnění svých rozvojových potřeb. Skupina členů z rozvojových zemí, která rezolutně odmítla zahájení jednání o investicích a dalších takzvaných „singapurských otázkách“, částečně způsobila, že se na ministerské konferenci v Cancúnu tato záležitost polarizovala.³³ Zasedání skončilo bez dosažení konsensu ohledně pokračování práce WGTI v podobě mnohostranné dohody o obchodu a investicích.

Začlenění investičních ustanovení do regionálních obchodních a odvětvových dohod

Vztah mezi mezinárodním investičním právem a obchodem na multilaterální úrovni prošel šokem. Užší vztah se vyvinul nikoliv díky multilateralismu, ale navzdory němu.

Od konce 80. let 20. století se mezi řadou států objevovala hnutí, která opustila klasické dvoustranné investiční dohody, které se zabývají pouze otázkami zahraničních investic, ve prospěch sjednávání investičních ustanovení v rámci dohod o volném obchodu. První z nich byla dohoda o volném obchodu mezi USA a Kanadou z roku 1988,³⁴ která se stala základem pro uzavření dohody NAFTA a vyznačovala se vlastním investičním režimem a systémem investičního rozhodčího řízení.

Tento trend pokračoval počínaje Spojenými státy, které uzavřely řadu dohod o volném obchodu s Izraelem,³⁵ Jordánskem,³⁶ Bahrajnem,³⁷ Chile³⁸ a Singapurem,³⁹ jež všechny obsahují kapitoly o smlouvách o investicích. Podobný politický kurz zaujalo Japonsko, které uzavřelo řadu

³¹ WTO, Ministerial Conference Fourth Session, WT/MIN (01) DEC/1 (20. listopadu 2001), bod 20 <
https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=37246&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch=> zpřístupněno 16. února 2024.

³² Ibid bod 20.

³³ WTO, The Fifth Ministerial Conference, Briefing notes (2003) <
https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min03_e/brief_e/brief07_e.htm> zpřístupněno 16. února 2024.

³⁴ Free Trade Agreement between Canada and the United States of America 27 ILM 281 (4. října 1988).

³⁵ Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the United States and Israel (19. října 1985).

³⁶ Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the United States and Jordan (17. prosince 2001).

³⁷ Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the United States and Bahrain (1. října 2006).

³⁸ Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the United States and Chile (1. ledna 2004).

³⁹ Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the United States and Singapore (1. ledna 2004).

dohod o hospodářském partnerství (dále jen „EPA“), a další asijské země následovaly jeho příkladu. Starší formy regionální hospodářské integrace, jako je Sdružení národů jihovýchodní Asie známé pod zkratkou ASEAN, mimo jiné vytvořily plnohodnotné mnohostranné investiční nástroje na regionální úrovni.⁴⁰

Další multilaterální dohodou, jež obsahuje důležité pasáže týkající se investic i obchodu, je Dohoda o energetické chartě (ECT),⁴¹ která je zaměřena spíše odvětvově než regionálně. Tvoří právní rámec, jehož cílem je podpořit rozvoj bezpečných mezinárodních dodávek energie prostřednictvím liberalizovaného obchodu a investic mezi členskými státy. Třetí část ECT, nazvaná „Podpora a ochrana investic“, je ve své podstatě investičním nástrojem v rámci širšího režimu Východo-západní energetické smlouvy. Je třeba uvést, že ačkoli smlouva o ECT zahrnuje pravidla WTO prostřednictvím odkazu, pokud jde o obchod se zbožím v odvětví energetiky, tato pravidla se vztahují pouze na obchod mezi smluvními stranami ECT, z nichž alespoň jedna strana je členem WTO.

Vazba mezi investičním právem a obchodem se tedy zdánlivě začíná uzavírat. Zatímco na multilaterální úrovni se vztah LAT možná oslabil, v některých regionech se posílil vzhledem k hlubší ekonomické integraci nebo ekonomickému funkcionalismu. V průběhu času byl tento vztah sám o sobě poučný: od snahy začlenit kapitolu o investicích do Havanské charty, přes úpravu investic v GATT 1947 (a později v rámci GATS), až po neúspěšný pokus zahájit jednání o mnohostranné dohodě o obchodu a investicích na ministerské konferenci WTO v Cancúnu. Hlavní rozpor spočívá v tvrzení, že suverénní státy jsou i nadále odhodlány uplatňovat své právo regulovat zahraniční investice podle svých vlastních podmínek, a to na základě vzájemných a oboustranně výhodných dvoustranných dohod.

Vymezení základních pojmů

Tato kapitola je zpracována za účelem vymezení základních pojmů, které budou v průběhu této práce dále využívány. Pojmy, které jsou upřesněny, jsou užívány poměrně frekventovaně, avšak jejich význam v kontextu mezinárodního ekonomického práva může být od běžného užití značně rozdílný. Nutno podotknout, že tyto pojmy mají jen velmi zřídka definici ve smluvních nástrojích, jež je užívají. Zásadní roli tedy hrají rozhodnutí arbitrážních tribunálů, jež rozhodují spory mezi aktéry mezinárodního investičního práva a publikace předních odborníků oboru

⁴⁰ Freya Baetens, *Investment Law within International Law* (2013, Cambridge University Press) 279.

⁴¹ Energy Charter Treaty AF/EECH 34 ILM 373 (12. prosince 1994).

mezinárodního práva. Arbitrážní rozhodnutí a akademická tvorba upřesňují a dále vymezují obsah pojmů obsažených v mezinárodních investičních smlouvách.

2.1 Mezinárodní investice

Mezinárodní investice tvoří jednu z hlavních oblastí mezinárodního ekonomického práva. Mezinárodní ekonomické právo profesor Peter Malanczuk charakterizoval následovně: *“Právo upravující mezinárodní ekonomické vztahy je jednou z nejdůležitějších sfér, v níž působí mezinárodní právní normy a principy a mezinárodních institucí. Tento vývoj odráží pozoruhodný růst vzájemné ekonomické provázanosti světa od konce druhé světové války a zpochybňuje tradiční pojetí vnitrostátního práva.”*⁴² První IIA byly uzavírány již od druhé poloviny 50. let 20. století.⁴³ Od 90. let počet IIA stále roste, a to v důsledku tlaku na rozvojové země, které se čím dál tím častěji začaly orientovat na rozvoj tržního hospodářství, kde by se bez zahraničního kapitálu neobešly.⁴⁴

Zahraniční investice jsou hlavním tahounem pro udržitelný rozvoj v rozvojových zemích.⁴⁵ Dle zprávy organizace spojených národů o obchodu a rozvoji bylo k roku 2022 v platnosti 3,288 IIA.⁴⁶

V právu mezinárodních investic se střetávají dvě strany – investor na straně jedné a příjemce této investice na straně druhé. Právní úprava této oblasti mezinárodního ekonomického práva je velmi rozsáhlá a značně roztržštěná.⁴⁷ Mezinárodní investice se neřídí žádnou ucelenou komplexní úpravou, koexistují zde pravidla různého původu, která se z dvoustranné úrovně dostávají až na úroveň univerzální. Úprava je tvořena především dvoustrannými dohodami upravujícími podporu a ochranu investic a dále obyčejovými normami. Pravidla se tak mohou doplňovat, či tvořit alternativu. V praxi často dochází k překrývání pravidel, jelikož zde chybí mezinárodní zastřešující organizace a nelze tedy hovořit o uceleném systému.⁴⁸

Pravidla vznikají jako prostředek sbližování dvou rozdílných entit. Na straně jedné stojí investor, jehož cílem je maximalizace profitu, čehož docílí využitím místních zdrojů a lidského

⁴² Peter Malanczuk, *AKEHURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW* (sedmé vydání 1997, Routledge) 222.

⁴³ United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999* (Geneva, 2000) UNCTAD/ITE/IIA/2 1.

⁴⁴ Pavel Šturma, Vladimír Balaš, *Mezinárodní ekonomické právo* (druhé vydání 2013, C.H.BECK) 307.

⁴⁵ Matthias Herdegen, *Principles of International Economic Law* (první vydání 2013, OXFORD university press) 353.

⁴⁶ United Nations Conference On Trade And Development UNCTAD, *World Investment Report 2022* (Geneva, 2022) UNCTAD/WIR/2022 (Overview) 15.

⁴⁷ Pavel Šturma, Vladimír Balaš, *Mezinárodní ekonomické právo* (druhé vydání 2013, C.H.BECK) 306.

⁴⁸ *Ibid*, 306.

kapitálu, a na straně druhé příjemce usilující o zlepšení rozvoje. Investice tedy teoreticky mohou přinést prospěch oběma stranám.

2.2 Ekonomický pojem – Investice

Investice je především pojmem ekonomickým. Z ekonomického hlediska musí být kumulativně naplněna tři kritéria, aby ekonomická aktivita byla označena za investici. Investice musí přinášet určitý ekonomický přínos, který je poskytnut na určité časové období, a dále podnikatelské riziko.⁴⁹

2.3 Právní definice

Všeobecně uznávaná právní definice investice neexistuje. Potřeba definovat investice získala na významu především v kontextu stanovení pravomoci či příslušnosti rozhodčích tribunálů v investičních sporech. Rozhodčí senáty se v praxi s definováním investice musí vypořádat s příslušnou mezinárodní smlouvou a článkem 25 Úmluvy Mezinárodního střediska pro ICSID.⁵⁰ Článek 25 Úmluvy ICSID vymezuje jurisdikci ICSID a stanovuje, kdy má ICSID pravomoc k řešení sporů vznikajících přímo z investice.⁵¹

Pojem investice je ve většině případech vymezen v souladu s účelem právního pramenu, který s ním pracuje. Přesněji definovat pojem investice v Úmluvě ICSID není nutné zejména s ohledem na mechanismus ICSID, jelikož ICSID se zabývá spory až po souhlasu dotčených stran a smluvního nástroje, jenž zpravidla definici investice sám upravuje.

V procesu tvorby Úmluvy ICSID probíhaly diskuse, zda a jak tento pojem definovat, avšak nebylo dosaženo shody, a to především s ohledem na povahu investice, která je podle Delauma natolik dynamická, že by ji striktní definice mohla limitovat. Naopak Yala považuje Delaumovo zdůvodnění za zjednodušení a v rozporu s realitou konference o vyjednávání textu Úmluvy ICSID. V průběhu jednání o textu Úmluvy ICSID byla zástupci jednotlivých států přítomných na jednání předložena řada návrhů definice investice. Jelikož ale nebylo dosaženo konsenzu, byla tato kompetence definovat investici svěřena rozhodcům. V praxi se tedy některé rozhodčí tribunály

⁴⁹ Vladimír Balaš, Pavel Šturma, Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů (2. vydání 2008, Linde) 21.

⁵⁰ Pavel Šturma, Vladimír Balaš, Mezinárodní ekonomické právo (druhé vydání 2013, C.H.BECK) 345.

⁵¹ Čl. 25 Úmluvy, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID/15, duben 2006)

< <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf> > zpřístupněno 26.května 2023.

ICSID uchýlili k vlastní definici pojmu ve smyslu článku 25 Úmluvy ICSID, činnost rozhodců lze tedy charakterizovat jak objektivním, tak subjektivním přístupem.⁵²

V praxi se rozhodčí tribunály zabývají otázkou, zda byla porušena práva investora a případným dopadem na majetková práva. Určení rozsahu majetkových práv stanovuje, která majetková práva jsou v režimu ochrany a podpory investic chráněna. V případě omezení či odebrání těchto majetkových práv je možné dovodit vyvlastnění ze strany hostitelského státu. Ve své podstatě se rozhodčí tribunály snaží dosahovat rovnováhy mezi právy investora a právy hostitelského státu. Analýzou kazuistiky lze dospět k závěru, že hostitelské státy jsou postupně připravovány o svobodu regulace, jelikož většina sporů nekončí vyvlastněním. Můžeme tedy hovořit o jakési neochotě vypořádání investičních sporů, které by vedlo k vyvlastnění. Absence vypořádání je zesílena současným trendem na poli investičních dohod, které často integrují detailní postupy řešení případných sporů a případného vyvlastnění.⁵³

Tribunály v první řadě přezkoumávají, zda konkrétní investice bude požívat mezinárodněprávní ochranu a do jaké míry tato ochrana byla narušena. Investice musí být učiněna v souladu s právem hostitelského státu. V případě *Salini vs. Maroko*⁵⁴ tribunál ICSID dovodil, že investice, které jsou v rozporu s právem hostitelského státu, nepožívají právní ochrany. Spor vznikl mezi italskou společností, která se zavázala k výstavbě dálnice, a Marokem. Maroko namítalo příslušnost sporu k ICSID, jelikož se nejedná o investici. Tribunál však argumentaci Maroka odmítl. ICSID svým rozhodnutím vytvořil tzv. *Salini test*.

Tento test byl využíván jako kritérium pro určení, zda se v konkrétním případě jedná o investici ve smyslu mezinárodního ekonomického práva. Test obsahuje následující definiční znaky:

- jistá délka trvání
- přijetí rizika
- vynaložení prostředků či vklad
- přínos pro rozvoj hostitelského státu.

⁵² Pavel Šturma, Vladimír Balaš, *Mezinárodní ekonomické právo* (druhé vydání 2013, C.H.BECK) 346.

⁵³ Petr Muchlinski, *The Oxford Handbook of international Investment Law* (2012, Oxford) 356
<https://cuni.primo.exlibrisgroup.com/discovery/fulldisplay?docid=alma990012749610106986&context=L&vid=420CKIS_INST:UKAZ&lang=cs&search_scope=MyInst_and_CI&adaptor=Local%20Search%20Engine&tab=Everything&query=any,contains,the%20handbook%20of%20international%20investment%20law&offset=0> - zpřístupněno 1.2.2024.

⁵⁴ *Salini construction and ItalsTrade S.P.A. v. Kingdom Morocco, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES* (Case No. ARB/00/4), (červen 2001)
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C9734/D%20-%20Statement%20of%20Claim%20-%2006.10.%202022/Legal%20Authorities/CL-0021-ENG%20-%20Salini%20v%20Morocco%20-%20Decision%20on%20Jurisdiction.pdf> zpřístupněno 1.2.2024.

Délka trvání je zpravidla minimálně dva roky, avšak toto kritérium záleží na diskreci tribunálu. Přijetí rizika je fundamentálním aspektem investice, jedná se především o rizika ekonomická a politická, např. nárůst nákladů na odměny pracovníků hostitelského státu v reakci na změnu práva hostitelského státu, nehody či poškození majetku investorů. Pod vynaložením prostředků či vkladem rozumíme know-how, vybavení, personál, financování projektu, zajištění bankovních záruk hostitelským státem. Přínos pro rozvoj hostitelského státu je např. výstavba infrastruktury, předání know-how. Saliniho test je hojně užívaný u řady arbitrážních tribunálů, není však povinný a je využíván rozhodci na základě diskrece. Zároveň je důležité zmínit, že vedle Saliniho testu je dále Schreuerův test, který obsahuje navíc kritérium pravidelnosti zisku a příjmů, a dále test, který byl vytvořen na základě případu Phoenix vs. Česká republika.⁵⁵ Tento poslední test hodnotí navíc investici optikou přínosu pro hostitelský stát, přidává tedy kritérium přínosu pro rozvoj hostitelského státu a prostředky investované v dobré víře. Avšak ani tyto testy nejsou tribunály povinny užívat.

Od roku 2001, kdy byl Saliniho test v různých podobách praktikován. Saliniho test je však stěží bez kontroverzí a trpí dvěma významnými problémy. Zaprvé, jeho kritéria často podléhají různým výkladům, což vede k nejasnostem ohledně toho, jak by měl být test skutečně aplikován. Zadruhé, Saliniho test postupem času ztratil svou právní sílu. Navzdory tomu, že proti Saliniho testu byly vzneseny vážné námitky, tribunály ICSID jej při svých posouzeních nadále uplatňují, a dokonce i ty, které tak nečiní, jej přesto používají jako výchozí bod analýzy, což odráží celkovou platnost Saliniho testu při určování, zda se jedná o investici či nikoli.⁵⁶

2.4 Investice

Pojem investice je obvykle natolik obsáhlý, že zahrnuje téměř jakoukoliv ekonomickou aktivitu investora na území jiného státu.

Investice jsou nejčastěji děleny do dvou skupin – přímých a portfoliových (nepřímých) investic.⁵⁷ Dělicím kritériem je schopnost investice umožnit investorovi kontrolu nad společností.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Darius CHAN, Justin LAI, Two decades after Salini v Morocco: The case for retaining the Salini test with modifications (Research Collection Yong Pung How School Of Law, 2023) <https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=6150&context=sol_research> zpřístupněno 29.2.2024.

⁵⁷ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 354.

2.4.1 Přímé investice

Přímé investice se vyznačují několika znaky, nejvýznamnější z nich jsou – přesun prostředků do společnosti dlouhodobého charakteru, jistá úroveň kontroly nad managementem a jistá míra podnikatelského rizika. Mezinárodní měnový fond (International Monetary Fund, dále jen „IMF“) definuje přímé investice jako: *„Přímé investice jsou kategorií mezinárodních investic, která odráží cíl rezidentního subjektu v jedné ekonomice získat trvalý podíl v podniku, který je rezidentem v jiné ekonomice (rezidentský subjekt je přímý investor a podnik je podnik přímé investice). Trvalý zájem předpokládá existenci dlouhodobého vztahu mezi přímým investorem a podnikem a významný stupeň vlivu investora na řízení podniku. Přímá investice zahrnuje nejen počáteční transakci zakládající vztah mezi investorem a podnikem, ale také všechny následné transakce mezi nimi a mezi přidruženými podniky, a to jak registrovanými, tak neregistrovanými.“*⁵⁸

Definice WB definuje přímé investice následovně:

*„Přímé zahraniční investice se vztahují na toky přímých investic do vlastního kapitálu ve vykazující ekonomice. Jedná se o součet vlastního kapitálu, reinvestic zisků a ostatního kapitálu. Přímé investice jsou kategorií přeshraničních investic spojených s tím, že rezident jedné ekonomiky ovládá nebo má významný vliv na řízení podniku, který je rezidentem jiné ekonomiky. Kritériem pro určení existence vztahu přímé investice je vlastnictví 10 % nebo více kmenových akcií s hlasovacím právem. Údaje jsou uvedeny v běžných amerických dolarech.“*⁵⁹

Z výše uvedených definic lze přímé definice charakterizovat jako investice umožňující investorovi dlouhodobou účast a kontrolu v investované společnosti. Přímá investice je tedy tvořena podílem na základním kapitálu, reinvestovaným ziskem a ostatním kapitálem. Nerezident provede vklad do základního kapitálu společnosti, případně jejích dceřiných společností. Reinvestovaný zisk je podíl/ztráta investora ponížený/á o proplacené dividendy. Ostatní kapitál zahrnuje úvěry, a to jak přijaté, tak poskytnuté mezi přímými investory a společnostmi, kde mají investoři majetkovou účast.⁶⁰ WB účast blíže specifikuje jako takovou účast, kdy investor disponuje alespoň deseti procenty akcií s hlasovacím právem ve společnosti. Pravidlo deseti procent však neslouží jako rozhodující faktor, zda se jedná o přímou investici, či nikoliv. Investice

⁵⁸ WB, Balance of payment manual (1993, International Monetary Fund) 359.

⁵⁹ IMF, „Foreign direct investment, net inflows (BoP, current US dollars)“ (Světová Banka, 2021) <<https://data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD?end=2021&start=1970&view=chart>> zpřístupněno 8. června 2023.

⁶⁰ Hana Kunešová, Světová ekonomika – nové jevy a perspektivy. 3. vydání (vydáno 3.4.2014, C.H.Beck) 63.

může spadat do kategorie přímých investic již při nižší účasti na hlasovacích právech, než uvádí WB.

2.4.2 Nepřímé investice

Nepřímé investice lze definovat jako investice realizované prostřednictvím vyváženého portfolia. Nepřímé neboli portfoliové investice jsou uskutečňovány prostřednictvím akvizice podílů, akcií a dluhopisů zahradničním investorem. Portfoliové investice jsou tedy poměrně snadným přesunem kapitálu do cílové země. Na rozdíl od přímých investic cílem investora není kontrola či jiná forma účasti v cílové společnosti, nýbrž přiměřený návrat na kapitálu.⁶¹

Valná většina portfoliových investic proudí do vyspělých ekonomik, jako jsou například Spojené státy americké, Velká Británie, Lucembursko a Austrálie, zároveň tyto investice proudí i do stále se formujících ekonomik, jako je například Čína, Indie, Brazílie a Mexiko.

Nepřímé investice slouží jako ukazatel ekonomické stability prostředí – otevřenosti ekonomiky, stability a předvídatelnosti práva a stability finančního sektoru.⁶²

Nepřímé investice nemají na hostitelský stát tak významný dopad jako přímé. Tyto investice nepřinášejí pro hostitelský stát výhody, jakými jsou například pracovní místa, nové technologie či zahraniční management. Portfoliové investice mohou pozitivně podpořit účinnost fungování vnitřních finančních trhů, jejich rozšiřování a přispění ke zintenzivnění pravidel zveřejňování a poskytování informací.⁶³

2.5 Investor

Investor je dalším zásadním pojmem v oblasti investic, a to především ve vztahu k jejich ochraně. Investor a investice jsou pojmy neoddělitelně provázené, bez investora nemůže investice proběhnout. Investor může být jak fyzická, tak právnickou osoba. Tato osoba provádí investici na území hostitelského státu, jehož není státním příslušníkem.

V případě fyzické osoby se příslušnost určuje dle státního občanství a v případě právnické osoby je příslušnost určena na základě inkorporačního principu, sídla či podmínky výkonu diplomatické ochrany z důvodu převládajícího kapitálového zájmu. Právnická osoba je tedy příslušníkem toho státu, kde je registrována ve veřejném rejstříku. Vedle inkorporačního principu může být příslušnost určena sídlem právnické osoby, či kritériem rozhodující kontroly. V praxi

⁶¹ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 354.

⁶² Ibid 355.

⁶³ Pavel Šturma, Vladimír Balaš, Mezinárodní ekonomické právo (druhé vydání 2013, C.H.BECK) 349.

příslušnost, ať už fyzické či právnické osoby, hraje významnou roli v souvislosti s případným sporem. Rozhodčí tribunály se opakovaně potýkaly s účelovým vytvořením zahraniční státní příslušnosti, jehož jediným cílem bylo dosáhnout řešení sporu se státem prostřednictvím rozhodčího řízení. Jako příklad uvádím Tokios Tokelés vs. Ukrajina⁶⁴. V tomto rozhodnutí se ICSID potýkal se společností založenou v Litvě, která byla z 99 % ovládána Ukrajinci, a to prostřednictvím državy jejích akcií, a dále dvě třetiny managementu tvořili Ukrajinci. Společnost tedy byla založena dle Litevského práva, ale fakticky byla ovládána Ukrajinci. Společnost se dostala do sporu mezi ukrajinskou správou a chtěla využít arbitráže dle dvoustranné dohody, kterou má Ukrajina s Litvou uzavřenou. Ukrajina namítla, že se materiálně o litevskou společnost nejedná. ICSID uvedl, že *„z údajů předložených samotným státem se dozvídáme, kolik podniků bylo vyšetřováno a postaveno před soud právě kvůli takovému zneužití fiktivních společností, a nezdá se, že by měl být důvod věnovat tak nápadné množství času a prostředků pouze jednomu z nich. Nemůže být, jak se tvrdí, pouhou náhodou, že byrokratické bombardování Taki správy začalo tak brzy po podání dokumentů nepřátelských současnému režimu. A nakonec to musí být něco víc než jen tvrdohlavost úředníků, co vysvětluje, proč trestní stíhání, které nese všechny znaky toho, že nikam nevede, ještě tak dlouho po události opakovaně ožívá.“*⁶⁵ ICSID se ve svém odůvodnění odvolal na ukrajinsko-litevskou dohodu o ochraně investic a dále na Washingtonskou úmluvu, která vychází z principu inkorporace. Jelikož tato kritéria společnost splňovala, tak ICSID dovolil vést arbitráž proti Ukrajině.

Investoři mohou být děleni do dvou hlavních skupin, a to na investory veřejné a soukromé ve skupině první a na suverénní majetkové fondy ve skupině druhé.⁶⁶ Valná většina investorů pochází ze soukromého sektoru, ačkoliv značné množství soukromých investorů je kontrolováno státem, ve kterém byly založeny. Velké množství na první pohled soukromých subjektů je ve své podstatě státní agenturou – např. entity centrálních bank či ministerstev financí. Suverénní majetkové fondy jako zdroj financí pocházejících ze soukromého sektoru nabyly po roce 2008 na významu. Tyto fondy byly pracovní skupinou definovány následovně: *„Suverénní majetkové fondy jsou definovány jako účelové investiční fondy nebo uspořádání, jejichž vlastníkem je veřejná správa. Vládou vytvořené státní fondy pro makroekonomické účely drží, spravují nebo administrují aktiva k dosažení finančních cílů a využívají soubor investičních strategií, které zahrnují investice*

⁶⁴ Tokios Tokelés vs. Ukrajina, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (Case No. ARB/02/18) (červenec 2007) <
http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C220/DC2232_En.pdf> zpřístupněno 2.2.2024.

⁶⁵ Ibid 59.

⁶⁶ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 355.

do zahraničních finančních aktiv. Státní investiční fondy se běžně zakládají z přebytků platební bilance, oficiálních devizových operací, výnosů z privatizace, fiskálních přebytků a/nebo příjmů z vývozu komodit.⁶⁷ Evropská centrální banka nabízí pro majetkové fondy stejnou definici, jedná se tedy o agenturu, která hospodaří s prostředky státu.⁶⁸

Suverénní majetkové fondy jsou děleny do pěti kategorií, a to ve vztahu k jejich účelu; rezervní investiční korporace, penzijní investiční korporace, fiskálně stabilizující fondy, fiskální spořicí fondy dlouhodobého charakteru a fondy určené pro rozvoj. Přestože se na první pohled může jevit, že tyto fondy mají rozmanité účely, značné množství těchto fondů vzniklo za účelem využívání přírodního bohatství. V současné době více než dvacet zemí pracuje s tímto typem fondů – hlavními hráči jsou Norsko, Kanada, Rusko, Trinidad a Tobago. K roku 2012 byl předpoklad hodnoty těchto „investorských hráčů“ odhadován na 10 trilionů amerických dolarů.⁶⁹

Pro úplnost je nutné zmínit i hedgeové fondy, soukromé investiční fondy. Hedgeové fondy jsou specifickou kategorií investičních fondů, je pro ně charakteristická vysoká výnosnost, ale zároveň i vysoká rizikovitost. V současnosti jsou tyto fondy velmi důležitým hráčem, a to hlavně ze dvou důvodů. Prvním důvodem je cílené efektivní řízení a v kombinaci s jejich případným koeficientem zadlužení. Některé hedgeové fondy jsou schopny dosáhnout koeficientu zadlužení 10:1, jsou tedy schopné získat až desetinásobek svého vlastního kapitálu formou půjčky k financování své transakce.⁷⁰ Pro srovnání soukromé investiční fondy v Evropské unii spadají pod úpravu nařízení⁷¹, které upravuje riziko přemrštěného koeficientu zadlužení. Hedgeové fondy tedy mění alokaci kapitálu, což může přinést z hlediska investic negativní dopad, jelikož jsou primárně zřizovány za účelem akumulace kapitálu, což s sebou přináší absenci dlouhodobého záměru, a tedy v kontextu zahraničních investic negativní dopad pro cílovou zemi.

2.6 Výnos z investice

Výnosem investice se rozumí finanční zhodnocení investice. Toto zhodnocení je předmětem ochrany dle dohod na ochranu investic. V konkrétních dohodách je pojem výnos obvykle definován jako částka plynoucí z investice, která zahrnuje především zisky, úroky,

⁶⁷ Sovereign Wealth Funds, Generally Accepted Principles and Practices – Santiago Principles, (October 2008) 27 <https://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf> zpřístupněno 11. července 2023.

⁶⁸ Ibid 355.

⁶⁹ Simon Johnson, „The Rise of Sovereign Wealth Funds“ (Straight talk, září 2007) <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2007/09/pdf/straight.pdf>> zpřístupněno 11. července 2023.

⁷¹ Nařízení 2013/36/EU Evropského Parlamentu a Rady ze dne 26 června 2013 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o obezřetnostním dohledu nad úvěrovými institucemi a investičními podniky, o změně směrnice 2002/87/ES a o zrušení směrnic 2006/48/ES a 2006/49/ES.

přírůstky kapitálu, dividendy, podíly a licenční či jiné poplatky. Konkrétním příkladem může být Dohoda mezi Českou republikou a Argentinskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic. Tato dohoda definuje v 3. bodě výnosy jako „*všechny částky plynoucí z investice a zahrnuje zejména, ne však výlučně, zisky, úroky, přírůstky na kapitálu, dividendy, licenční nebo jiné poplatky.*“⁷²

2.7 Kontrola zahraničních investic

Státy jakožto suverénní aktéři na poli mezinárodního práva přijímají a kontrolují zahraniční investory. Dle reportu Organizace spojených národů z roku 2022 vyplývá, že politická aktivita týkající se investic strmě roste. Počet příznivých opatření dosáhl 102, což činí téměř dvojnásobek oproti předchozímu roku.⁷³

Spojené státy přijaly již v roce 1988 Exon-Florio dodatek, který umožnil přezkum zahraničních investic, které by mohly mít vliv na národní bezpečnost. Přezkum provádí specializovaný výbor pro zahraniční investice (CFIUS), konečné rozhodnutí o povolení zahraniční investice je však v rukou prezidenta Spojených států. V praxi bylo administrativou Spojených států zablokováno jen několik investic. Srovnatelný režim pro přezkum má i Spolková republika Německo, kde na základě zákona o Německých zahraničních ekonomických vztazích zákon umožňuje omezení či vyloučení koupi společností, případně jejich akcií pro investory mimo Evropský hospodářský prostor.⁷⁴

Počet zahraničních investic, které podléhaly „screeningu“, vzrostl. Počet zemí, v nichž zahraniční investice podléhají předběžné kontrole pramenící z práva příslušného státu je v současné době 37. Zavedení nebo zpřísnění vnitrostátních bezpečnostních předpisů ovlivňujících přímé zahraniční investice představovalo téměř polovinu politických opatření méně příznivých pro investice. Většinu těchto opatření zavedly vyspělé země. Celkově se země s úpravou prověřování zahraničních investic podílely na stavu zahraničních v roce 2022 68 %. Počet transakcí v oblasti fúzí a akvizic stažených z důvodu regulačních nebo politických obav se zvýšil o jednu třetinu. Opatření na usnadnění investic se výrazně projevovala jak v rozvinutých, tak v rozvojových zemích. Většina opatření přijatých rozvojovými zeměmi se zaměřila na usnadnění a otevření nových odvětví nebo činností pro přímé zahraniční investice. Poprvé od pandemie se počet

⁷² Dohoda mezi Českou republikou a Argentinskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic 297/1998 ze dne 27.9.1996 <https://www.mfcr.cz/assets/cs/media/Dohoda_DPOI-Argentina-cesky.pdf> zpřístupněno 8.8.2023.

⁷³ UNCTAD, World Investment Report (United Nations Publications 2023), 16.

⁷⁴ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 357.

opatření příznivých pro investice výrazně zvýšil také v rozvinutých zemích. Opatření zahrnovala iniciativy na usnadnění investic a zavedení pobídek na podporu obnovitelných zdrojů energie a dalších investic souvisejících s klimatem.⁷⁵

Země na různých stupních rozvoje zavádějí různá politická opatření na posílení investic do obnovitelných zdrojů energie. Rozvojové země, včetně nejméně rozvinutých zemí, často využívají daňové pobídky, které nevyžadují počáteční výdaje z omezených veřejných prostředků, zatímco vyspělé ekonomiky dávají přednost finančním pobídkám i sofistikovanějším nástrojům, jako jsou výkupní ceny. Využívání aukcí a výběrových řízení pro projekty v oblasti obnovitelných zdrojů energie jako běžných nástrojů k přilákání investic do obnovitelných zdrojů energie se prosadilo ve všech skupinách zemí.⁷⁶

Dotace na fosilní paliva na celém světě dosáhly v roce 2022 výše 1 bilionu dolarů, což je rekordní částka a osminásobek hodnoty dotací poskytovaných na obnovitelné zdroje energie. Dotace na fosilní paliva představují odrazující faktor pro investice do přechodu na energetiku, protože ztěžují konkurenceschopnost obnovitelné energie, zejména pokud se jí nedostává stejné úrovně podpory. I když je jejich postupné zrušení složité, zejména pro rozvojové země, pomohlo by to podpořit investice do obnovitelné energie.⁷⁷

V roce 2022 pokračovala reforma režimu mezinárodních investičních dohod (dále jen „IIA“). Vývoj zahrnoval vznik nových typů dohod souvisejících s investicemi, ukončení platnosti BIT a probíhající mnohostranné diskuse o reformě mechanismů řešení sporů mezi investorem a státem (dále jen „ISDS“). Byla uzavřena jednání o několika nástrojích mezinárodní správy investic s prvky proaktivního usnadňování investic a zvýšeným důrazem na udržitelné investice. V roce 2022 země uzavřely 15 nových IIAs a fakticky ukončily 58 IIAs. Tím se počet IIA zvýšil na 3 265 smluv, z nichž 2 584 je stále v platnosti. V síti IIAs převažují IIAs staré generace. Vyznačují se překrývajícími se závazky a nesouladem s globálním imperativem udržitelnosti. To s sebou nese rizika pro opatření v oblasti klimatu a přechod na energetiku a zároveň zvyšuje naléhavost reformy meziinstitucionálních dohod.⁷⁸

Přibližně 80 % sporů mezi investorem a státem v roce 2022 bylo zahájeno na základě dohod IIA podepsaných v 90. letech 20. století nebo dříve. V roce 2022 žalobci podali 46 nových případů ISDS podle IIAs, včetně 10 případů podle Smlouvy o energetické chartě. K dnešnímu dni je známo

⁷⁵ UNCTAD, World Investment Report (United Nations Publications 2023), 16.

⁷⁶ Ibid 16.

⁷⁷ Ibid 16.

⁷⁸ Ibid 16.

132 zemí a jedno hospodářské seskupení, které byly žalovanými stranami jedné nebo více žalob ISDS. Celkový počet známých případů ISDS dosáhl v roce 2022 počtu 1 257.⁷⁹

Pravidla pro zacházení s investicemi

Mezinárodní investiční smlouvy zpravidla obsahují ustanovení upravující režim zacházení s investorem a jeho majetkem v hostitelském státě. Standard zacházení je tedy soubor pravidel, jenž určuje rámec investice od jejího zřízení až po její likvidaci. Tento soubor pravidel je ovlivněn jak vnitrostátní, tak mezinárodní právní úpravou. Vnitrostátní právo je specifické pro konkrétní stát, podléhá politickým změnám, což může vést k nestabilitě. Mezinárodní právní úprava tedy doplňuje úpravu vnitrostátní a reguluje režimy zacházení s investicemi.⁸⁰

Historicky se se zahraničními investory zacházelo shodně jako s investory domácími, avšak s narůstajícím počtem zahraničních investorů došlo k vytvoření zvláštního režimu zacházení. Mezinárodní právo se k otázce výhodnějšího zacházení se zahraničními investory oproti domácím nevyjadřuje, ale je jím dovoleno.

V praxi není konsenzus o počtu ani povaze standardů upravujících zacházení se zahraničními investicemi. Nejdůležitější standardy budou rozebrány v následujících podkapitolách.

3.1 Národní režim zacházení

Základem principu národního režimu zacházení je shodné zacházení se zahraničními a domácími investory. Tento princip má základ v mezinárodních smlouvách. Většina doložek zakotvujících národní režim zacházení je účinných až po zřízení investice, zatímco jiné upravují samostatný průběh investice. Příkladem takovéto doložky je článek 3 BIT US z roku 2012: „*Každá smluvní strana poskytne investorům druhé smluvní strany zacházení, které není méně příznivé než zacházení, které za obdobných okolností poskytuje svým vlastním investorům, pokud jde o zřizování, nabývání, rozšiřování, řízení, vedení, provoz a prodej nebo jiné nakládání s investicemi na jejím území.*“⁸¹ Kromě toho některé investiční dohody zahrnují pouze ochranu investic, zatímco

⁷⁹ Ibid 16.

⁸⁰ Pavel Šturma, Vladimír Balaš, Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva (2012, C.H.BECK) 49.

⁸¹ Treaty between the government of the United States of America and the government of (country) concerning the encouragement and reciprocal protection investment (US-Country) (2012) <<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>> zpřístupněno 20. února 2024.

jiné poskytují ochranu i investorům. Povinnost národního zacházení rovněž chrání před de iure i de facto diskriminací na základě státní příslušnosti, zatímco většina diskriminujících opatření se týká státní příslušnosti diskriminace de facto. V každém případě je rozhodující pro porušení povinnosti národního zacházení spíše praktický dopad opatření než úmysl hostitelského státu diskriminovat zahraničního investora. V případě Siemens vs. Argentina ICSID „*souhlasí s tím, že úmysl není rozhodující ani zásadní pro zjištění diskriminace a že rozhodujícím faktorem pro zjištění, zda opatření vedlo k nediskriminačnímu zacházení, je dopad opatření na investici.*“⁸²

Rozsah povinnosti národního zacházení se odvíjí od toho, zda se zahraniční investor a domácí investoři nacházejí v „obdobné situaci nebo v obdobných okolnostech“.⁸³ Ve věci Occidental Exploration and Production Co vs. Ekvádorská republika bylo žalobci, který byl ropnou společností zabývající se průzkumem a těžbou ropy na základě smlouvy se státní ropnou společností, odepřeno vrácení daně z přidané hodnoty (dále jen „DPH“) za vývoz ropy. V případě národních společností zabývajících se vývozem jiného zboží (např. květin) však byla DPH vrácena. Rozhodčí soud odmítl přístup GATT k „podobným výrobkům“, který zakládá srovnání na přímé konkurenci a zastupitelnosti, a nepostupoval podle analýzy jednotlivých odvětví. „*Výraz ...v obdobných situacích vykládat v úzkém smyslu, jak uvádí Ekvádor, neboť účelem národního zacházení je chránit investory ve srovnání s místními výrobci, a to nelze považovat za v obdobných situacích vykonávané v daném odvětví.*“⁸⁴ Londýnský mezinárodní arbitrážní soud rozhodl, že vývozci se pro účely vrácení daně nacházejí v „podobných“ podmínkách. Ačkoli tribunál zjistil, že v daňové politice Ekvádoru nebyl diskriminační záměr, dospěl k závěru, že Ekvádor porušil svůj závazek národního zacházení.

V tomto případě diskriminace prokázaná soudem na základě mezioborového přístupu není zjevná. Následně, ve zhoršujícím se investičním prostředí, byla v roce 2008 upravena ekvádorská ústava tak, aby zakazovala postoupení svrchované jurisdikce ve sporech se zahraničními společnostmi, a ekvádorská vláda odstoupila od několika smluv o ochraně investic a řešení investičních sporů. Je diskutabilní otázkou, zda zásada národního zacházení zavazuje hostitelský stát k tomu, aby se zahraničním investorem nezacházel méně příznivě než s národními investory obecně, nebo zda standard národního zacházení vyžaduje nejlepší zacházení poskytované kterémukoliv národnímu investorovi.

⁸² Siemens AG v. The Argentine Republic (2007) ICSID Case No. ARB/02/08 102.

⁸³ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 391.

⁸⁴ Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration, UN 3467, 60 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>> zpřístupněno 21. února 2024.

3.2 Doložka nejvyšších výhod

Moderní BIT zaručují zacházení podle doložky nejvyšších výhod. Příkladem je čl. 4, již dříve zmíněné modelové investiční smlouvy Spojených států, jež zaručují, že „*smluvní strana poskytne investorům druhé smluvní strany zacházení, které není méně příznivé než zacházení, které za obdobných okolností poskytuje investorům kterékoli jiné smluvní strany, pokud jde o zřizování, nabývání, rozšiřování, řízení, vedení, provoz a prodej nebo jiné nakládání s investicemi na jejím území.*“⁸⁵ Tento standard stejně jako Národní režim zacházení nepramení z mezinárodního obyčejového práva. Doložka nejvyšších výhod představuje poměrně relativní standard, jelikož vyžaduje, aby se s investorem smluvního státu zacházelo přinejmenším stejně příznivě jako s investorem třetího nesmluvního státu.

Definici této doložky nalezneme v čl. 4 Draftu Komise pro mezinárodní právo.⁸⁶ Doložka je definována jako smluvní ustanovení, kterým se stát zavazuje vůči jinému státu poskytovat zacházení podle nejvyšších výhod v dohodnuté oblasti vzájemných vztahů. Některé investiční dohody vylučují výhody vyplývající z celních unií nebo dohod o volném obchodu nebo z určitých daňových výsad ze zacházení režimu nejvyšších výhod. Ustanovení o nejvyšších výhodách rozšiřují působnost dohody na výhody poskytované mezi jedním ze smluvních států a třetími zeměmi. Ve věci *Tecmed* rozhodčí soud uvedl, že norma nejvyšších výhod se nevztahuje na dohody se třetími státy, které jsou neodmyslitelně spjaty s danou dvoustrannou vyjednávací situací s konkrétním souborem práv a povinností. Dále výhody vázané na takový rámec není možné uplatnit na jiné investiční dohody.⁸⁷

Režim nejvyšších výhod zpravidla zahrnuje hmotněprávní normy obsažené v investičních dohodách mezi jedním smluvním státem a třetí zemí, jež jsou výhodnější než úprava upravená v základní dvoustranné investiční dohodě. Závazek nejvyšších výhod tedy může zakládat nebo alespoň upřesňovat požadavek na plné odškodnění ve smyslu spravedlivé tržní hodnoty, pokud BIT mezi hostitelským státem a třetí zemí stanoví tento standard odškodnění.

⁸⁵Treaty between the government of the United States of America and the government of (country) concerning the encouragement and reciprocal protection investment (US-Country) (2012), 7
<<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>> zpřístupněno 20. února 2024.

⁸⁶ ILC, Draft Articles on most-favourite-nation clauses with commentaries (1978)
https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf> zpřístupněno 22. února 2024.

⁸⁷ Matthias Herdegen, *Principles of International Economic Law* (první vydání 2013, OXFORD university press) 393.

ICSID se ve své praxi uplatňováním doložky nejvyšších výhod opakovaně zabýval, a to např. ve věci *Salini Construttori SpA a Italstrade SpA vs. Jordánsko*.⁸⁸ Soud v tomto případě zamítl tvrzení žalobce (*Salini Construttori SpA a Italstrade SpA*), že doložka nejvyšších výhod obsažená v BIT mezi Itálií a Jordánskem se vztahuje i na pravidla ustanovení týkajících se sporů. BIT mezi Itálií a Jordánskem neobsahuje žádné ustanovení, které by rozšiřovalo jeho působnost na řešení sporů. Kromě toho žalobci nepředložili nic, z čeho by bylo možné zjistit, že společným záměrem stran by bylo, aby se ustanovení o nejvyšších výhodách vztahovalo na řešení sporů. Naopak, jak je vyjádřeno BIT, úmyslem bylo vyloučit z jurisdikce ICSID smluvní spory mezi investorem a subjektem smluvního státu, aby tyto spory mohly být řešeny v souladu s postupy stanovenými v investičních dohodách.⁸⁹

V případě *Plama vs. Bulharsko*⁹⁰ rozhodčí soud postupoval obdobně – „*ustanovení o doložce nejvyšších výhod v rámci základní smlouvy nezačleňuje prostřednictvím odkazu ujednání o urovnávání sporů, která jsou zcela nebo zčásti obsažena v jiné smlouvě, pokud ustanovení o doložce nejvyšších výhod v základní smlouvě nezanechává pochybnosti o tom, že smluvní strany měly v úmyslu je začlenit.*“⁹¹ Ve výjimečných případech se na ustanovení o řešení sporů může vztahovat doložka nejvyšších výhod, jestliže pouze odstraňují procesní překážky.

V případě *Maffezi vs. Španělsko*⁹² byl ICSID přesvědčen, že doložka nejvyšších výhod obsažená v argentinsko-španělské dvoustranné obchodní dohodě zahrnuje ustanovení o řešení sporů této smlouvy. Soud proto na základě příznivějších ujednání obsažených v chilsko-španělské BIT a právní politiky přijaté Španělskem, týkající se zacházení s vlastními investory v zahraničí, dospěl k závěru, že žalobce měl právo předložit tento spor k rozhodčímu řízení, aniž by se nejprve obrátil na španělské soudy. Podle Tribunálu požadavek předchozího obrácení se na vnitrostátní soud, případně soudy, stanovený v argentinsko-španělské BIT, neodráží zásadní otázku veřejného pořádku posuzovanou v kontextu smlouvy, jednání s ní souvisejících, dalších právních ujednání nebo následné praxe stran. Soud proto potvrzuje příslušnost střediska a jeho vlastní pravomoc v této věci, pokud jde o tento aspekt námitky vznesené Španělským královstvím.⁹³

⁸⁸ *Salini construction and ItalsTrade S.P.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (Case No. ARB/02/13), (listopad 2004) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>> zpřístupněno 23.února 2024.

⁸⁹ *Ibid* 39.

⁹⁰ *Plama Consortium v. Republic of Bulgaria*, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (Case no. ARB/03/24), (září 2005) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>> zpřístupněno 23.února 2024.

⁹¹ *Ibid* 69-70.

⁹² *Emilio Agustín Maffezi v. The Kingdom of Spain*, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (Case no. ARB/97/7), (leden 2000) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>> zpřístupněno 23.února 2024.

⁹³ *Ibid* 24.

V každém případě je rozšíření konkrétního mechanismu řešení sporů stanoveného ve smlouvě s třetím státem obvykle v rozporu se záměrem stran základní smlouvy.

3.3 Spravedlivé a rovnoprávné zacházení

Garance spravedlivého a rovného zacházení se stala jednou z klíčových norem mezinárodní ochrany investic. Interpretace spravedlivého a rovného zacházení, která byla předmětem mnoha diskusí, je sporná. Nastává zde dilema, zda závazek spravedlivého a rovného zacházení odráží pouze minimální standard mezinárodního obyčejového práva, či zda znamená vyšší kvalitu zacházení coby autonomního smluvního standardu. Zájem zemí vyvážejících kapitál na komplexní ochraně investorů spočívá v právní stabilitě, spravedlivém a předvídatelném výkonu správních pravomocí, dodržování formálních i neformálních závazků hostitelského státu a všech jeho subjektů. Zamezení neodůvodněným průtahům a procesní spravedlnost naznačuje širší porozumění spravedlivému a rovnému zacházení, které má výraznou přidanou hodnotu k obyčejovým standardům.

Na druhou stranu rozsáhlý výklad v řadě arbitrážních rozhodnutí vyvolal obavy z nepřiměřeného omezování svobody regulace hostitelských států a z nových demokratických rozhodovacích procesů. Obzvláště zpřísněné environmentální požadavky nebo změny národní politiky, jako v případě radikálního obratu v energetické politice Německa s uzavřením jaderných elektráren provozovaných zahraničními investory, mohou nést riziko rozsáhlých kompenzačních závazků. Tyto následky vyvolávají znepokojení ekologických aktivistů a zastánců svobody regulace v politicky ožehavých oblastech v průmyslově vyspělých i rozvojových zemích.⁹⁴

V případě Neer arbitrážní tribunál vytvořil klasickou definici minimálního standardu. Porušením minimálního standardu tribunál shledal chování hostitelského státu a jeho orgánů, které se projevilo „*pobuřujícím způsobem, zlou vírou, úmyslným zanedbáváním svých povinností nebo výraznou mírou nevhodného jednání.*“⁹⁵

Podle ustanovení čl. 1105 odst. 1 dohody NAFTA byl vztah mezi povinnostmi spravedlivého a rovného zacházení a mezinárodním minimálním standardem spornou otázkou. V roce 2001 proto Komise pro volný obchod NAFTA přijala závazný výklad zásady spravedlivého a rovného zacházení jako odrazu mezinárodního obyčejového práva. Tento článek stanovuje, že „*každá smluvní strana poskytne investorům druhé smluvní strany zacházení v souladu s mezinárodním*

⁹⁴ Matthias Herdegen, *Principles of International Economic Law* (první vydání 2013, OXFORD university press) 396.

⁹⁵ *Ibid* 396.

*právem, včetně spravedlivého a rovného zacházení a plné ochrany a bezpečnosti.*⁹⁶ Pojmy „spravedlivé a rovnocenné zacházení“ a „plná ochrana a bezpečnost“ nevyžadují zacházení převyšující nebo doplňující zacházení, které je požadováno v rámci minimálních standardů zacházení s cizinci podle mezinárodního obyčejového práva. Skutečnost, že došlo k porušení jiného ustanovení dohody NAFTA nebo samostatné mezinárodní dohody, neznamená, že došlo k porušení čl. 1105 odst.1.

Tento přístup se v poslední době uplatňuje v Kanadě a Spojených státech. Modelová BIT Kanady (2021) obsáhle vymezuje, že záruka spravedlivého a rovného zacházení nezakládá žádný závazek nad rámec obvyklého minimálního standardu.

Ustanovení čl. 8 odst. vzorové BIT Kanady uvádí:

*Článek 8: Minimální standard zacházení*⁹⁷

1. Každá smluvní strana poskytne na svém území kryté investici druhé smluvní strany a investorovi, pokud jde o jejich krytou investici, zacházení v souladu s minimálním standardem zacházení s cizinci podle mezinárodního obyčejového práva. Strana poruší tuto povinnost pouze tehdy, pokud opatření představuje:

- (a) odepření spravedlnosti v trestním, občanskoprávním nebo správním řízení;*
- (b) zásadní porušení spravedlivého procesu v soudních a správních řízeních;*
- (c) zjevnou svévoli;*
- (d) cílenou diskriminaci ze zjevně protiprávních důvodů, jako je pohlaví, rasa nebo náboženské přesvědčení;*
- (e) zneužívání investorů, jako je fyzický nátlak, donucování a obtěžování;*
- (f) neposkytnutí plné ochrany a bezpečnosti.*

2. Zjištění, že došlo k porušení jiného ustanovení této dohody nebo samostatné mezinárodní dohody, neznamená, že došlo k porušení tohoto článku.

3. Skutečnost, že opatření porušuje vnitrostátní právo, neprokazuje porušení tohoto článku.

V každém případě je dobře známo, že minimální standard jakožto součást mezinárodního obyčejového práva se v průběhu času vyvíjel. K tomu nepochybně přispěl i výklad spravedlivého a rovného zacházení v bohaté rozhodčí judikatuře posledních desetiletí. Ve věci *Mondev International vs. Spojené státy americké* rozhodčí soud zdůraznil, že „obsah minimálního

⁹⁶ OECD, Fair and Equitable Treatment Standart in International Investment Law, (2004/03, OECD Publishing) 7 <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf> zpřístupněno 24.února 2024.

⁹⁷ Model Agreement between Canada and (other state) for the promotion and protection of investments (2021, Model FIPA) <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=eng#article-8> zpřístupněno 24. února.

*standardu dnes nelze omezit na obsah mezinárodního obyčejového práva, jak byl uznán v rozhodčích rozhodnutích ve 20. letech 20. století.*⁹⁸

Spojené státy ve věci ADF Group Inc. vs. Spojené státy americké⁹⁹ prohlásily, že výklad mezinárodního minimálního standardu není neměnný, ale je v neustálém procesu vývoje.

Rozhodčí soud se přiklonil k názoru, že *„mezinárodní obyčejové právo nepředstavuje nehybnou podobu minimálního standardu zacházení s cizinci, který platil v roce 1927, kdy byl vydán náleze ve věci Neer. Jak mezinárodní obyčejové právo, tak minimální standard zacházení s cizinci, který je v něm obsažen, se totiž neustále vyvíjejí.*“¹⁰⁰

Srovnávání spravedlivého a rovného zacházení s minimálním standardem je možné provést dvěma odlišnými způsoby. Na jedné straně přirovnání znamená, že spravedlivé a rovné zacházení není příznivější než zvykové standardy, a omezuje tak rozsah spravedlivého a rovného zacházení. Na druhou stranu to také znamená, že minimální standard není nižší než spravedlivé a rovné zacházení. Toto pojetí podporuje dynamický vývoj minimálního standardu tím, že jej začleňuje do moderních standardů ochrany investic. Je ovšem stále otevřenou otázkou, zda se minimální standard, včetně základních parametrů „slušného“ zacházení (např. pokud jde o právní jistotu nebo přiměřenost jednání státu), vyvíjel dynamicky, nebo zda se v posledních desetiletích zvýšila pouze citlivost při uplatňování tradičních parametrů. Ve věci *Mondev International vs. Spojené státy americké* rozhodčí soud uznal, že minimální standard se posunul a nechrání pouze před špatným zacházením ve zlé víře *„co je nespravedlivé nebo nespravedlivé, nemusí být pro moderní pohled rovné pobuřujícímu nebo křiklavému. Zejména stát může se zahraničními investicemi zacházet nespravedlivě a nerovně, aniž by nutně jednal ve zlé víře.*“¹⁰¹

Naproti tomu ve věci *Glamis Gold Ltd vs. Spojené státy americké*¹⁰² rozhodčí soud postupoval neměně a vycházel z toho, že tradiční standardy, jak byly formulovány v případě *Neer*, zůstávají v platnosti i dnes a je třeba je pouze konkretizovat z pohledu dnešního pozorovatele. Tribunál však připustil, že ke zjištění porušení spravedlivého a rovného zacházení není nutná zlá

⁹⁸ *Mondev International LTD. v United States of America, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES* (Case no. ARB(AF)/99/2) (říjen 2002) 43 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> zpřístupněno 24. února.

⁹⁹ *ADF Group INC. V United States of America, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES* (Case No. ARB(AF)/00/1) (leden 2003) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>> zpřístupněno 24. února 2024.

¹⁰⁰ *Ibid* 177.

¹⁰¹ *Mondev International LTD. v United States of America, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES* (Case no. ARB(AF)/99/2) (říjen 2002) 40 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> zpřístupněno 24. února 2024.

¹⁰² *Glamis Gold Ltd. v. United States of America, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES* (červenec 2009) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>> zpřístupněno 25. února 2024.

víra „zdá se tedy, že ačkoli jsou dnes situace možná rozmanitější a složitější než ve 20. letech 20. století, úroveň kontroly je stejná. Základy Neerova standardu tedy platí i dnes: aby došlo k porušení minimálního standardu zacházení podle mezinárodního obyčejového práva kodifikovaného v článku 1105 dohody NAFTA, musí být čin dostatečně závažný a šokující.... Soud poznamenává, že jedním z aspektů vývoje z případu Neer, který je obecně uznáván, je to, že zlá víra není nutná k tomu, aby bylo zjištěno porušení standardu spravedlivého a rovného zacházení, ale její přítomnost je jeho přesvědčivým důkazem. O zlé víře tedy může svědčit i čin, který je zavrženíhodný nebo šokující, ale taková zlá víra není pro zjištění porušení nezbytná. Standard pro konstatování porušení minimálního standardu zacházení podle mezinárodního obyčejového práva tedy zůstává stejně přísný jako za Neera; je však zcela pravděpodobné, že jako mezinárodní společenství můžeme být nyní zaskočeni jednáním státu, které nás dříve nijak nepohoršovalo.“¹⁰³

Mimo kontext NAFTA rozhodčí soudy často vykládaly standard spravedlivého a rovného zacházení v příslušných dvoustranných investičních dohodách jako samostatný koncept, aniž by se opíraly pouze o obvyklý standard. Ve věci Desert Line Projects LLC vs. Jemenské republiky¹⁰⁴ rozhodčí tribunál shledal, že vyvíjení nepřiměřeného nátlaku na zahraničního investora prostřednictvím fyzických nebo ekonomických hrozeb či nátlaku za účelem dosažení požadovaného urovnání je v rozporu se zásadou spravedlivého a rovného zacházení. Tribunál zdůraznil, že dohoda o narovnání musí být uzavřena za podmínek spravedlivého a nestranného jednání, aby byla platná.¹⁰⁵ Tribunál dále prohlásil, že dohoda o narovnání, kterou si jemenská vláda vynutila finančním a fyzickým nátlakem, porušuje standard spravedlivého a rovného zacházení: „Po posouzení a zvážení všech předložených skutečností rozhodčí senát dospěl k závěru, že žalobce uzavřel dohodu o narovnání pod finančním a fyzickým nátlakem a že námitky žalovaného v tomto ohledu by měly být zamítnuty... Rozhodčí soud proto prohlašuje, že dohoda o narovnání nemá mezinárodní účinek.“¹⁰⁶

Podle moderní rozhodčí judikatury standard spravedlivého a rovného zacházení chrání legitimní očekávání investora. Navíc tato zásada zavazuje hostitelský stát jednat transparentně a přijímat předvídatelná rozhodnutí v souladu s mezinárodním právem. Arbitrážní rozhodnutí mají sklon vykládat standard spravedlivého a rovnocenného zacházení mimo jiné jako vyjádření zásady

¹⁰³ Ibid 264.

¹⁰⁴ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (Case No. ARB/05/17) (únor 2008) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0248_0.pdf> zpřístupněno 25. února 2024.

¹⁰⁵ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 399.

¹⁰⁶ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (Case No. ARB/05/17) (únor 2008) 48<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0248_0.pdf> zpřístupněno 25. února 2024.

dobré víry a jako ochranu oprávněné důvěry v konzistentnost jednání hostitelského státu. Rozhodčí nález ve věci Tecmed proti Mexiku¹⁰⁷ toto chápání přesvědčivě potvrdil.

V případě Tecmed mexická vláda nahradila předchozí časově neomezenou licenci na provozování skládky novou licenci, která musela být každý rok prodlužována. Vláda nakonec zamítla žádost společnosti Tecmed o prodloužení licence na provozování skládky více kvůli politickému odporu než na základě právních úvah. Společnost Tecmed tvrdila, že odmítnutí obnovené licence zničilo ekonomický základ její investice a porušilo její právo na spravedlivé a rovné zacházení. Podle názoru rozhodčího soudu stojí za závazkem spravedlivého a rovného zacházení ve španělsko-mexické dvoustranné investiční smlouvě zásada dobré víry.

ICSID rozhodl, že zahraniční investor může od hostitelského státu očekávat, že bude jednat konzistentně a transparentně. Z tohoto pohledu standard spravedlivého a rovného zacházení chrání zahraničního investora před neočekávanými změnami právního rámce pro investici, pokud hostitelský stát založil důvěru ve stabilitu a kontinuitu právních podmínek buď smluvními dohodami, nebo jinými závazky.

Ve svém rozhodnutí konstatoval, že *„ustanovení dohody s ohledem na zásadu dobré víry stanovenou mezinárodním právem vyžaduje, aby smluvní strany poskytly mezinárodním investicím zacházení, které neovlivní základní očekávání, jež zahraniční investor vzal v úvahu při uskutečnění investice. Zahraniční investor očekává, že hostitelský stát bude ve vztazích se zahraničním investorem jednat důsledně, bez nejasností a zcela transparentně, aby mohl předem znát všechna pravidla a předpisy, kterými se budou jeho investice řídit, jakož i cíle příslušných politik a správních postupů nebo směrnic, aby mohl svou investici naplánovat a tyto předpisy dodržovat.... Zahraniční investor rovněž očekává, že hostitelský stát bude jednat konzistentně, tj. aniž by svévolně rušil jakákoli dříve vydaná rozhodnutí nebo povolení státu, na něž se investor spoléhal při přijímání svých závazků i při plánování a zahajování svých obchodních a podnikatelských aktivit.“*¹⁰⁸

Ve sporu CMS Gas Transmission Co. proti Argentinské republice rozhodčí soud postupoval v souladu s tímto stanoviskem. V tomto případě získal americký investor 30% podíl v argentinské společnosti pro přepravu plynu. Tato investice byla založena na komplexním licenčním režimu a zákonných předpisech, podle nichž měla plynárenská společnost právo vypočítávat tarify za plyn v amerických dolarech a následně je přepočítávat na argentinská měnu

¹⁰⁷ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (Case No. ARB/05/17) (únor 2008) 48<

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0248_0.pdf> zpřístupněno 25. února 2024.

¹⁰⁸ Ibid 61.

podle aktuálního směnného kurzu. Během argentinské hospodářské krize argentinská vláda tento režim, který zaručoval stabilní výnosy ze zisku, pozastavila. V důsledku toho hodnota podílu investora dramaticky klesla. Americký investor tvrdil, že Argentina porušila povinnost spravedlivého a rovného zacházení, „neboť zásadně změnila stabilitu a předvídatelnost investičního prostředí, což je záruka, která byla klíčová pro jeho rozhodnutí investovat.“¹⁰⁹ Rozhodčí soud tento přístup podpořil a konstatoval, že „stabilní právní podnikání je základním prvkem spravedlivého a rovného zacházení.“¹¹⁰

V případě National Grid PLC proti Argentinské republice rozhodčí soud přijal volnější výklad tohoto standardu v obdobích hospodářské krize, „toto rozhodnutí soudu je však nutné časově omezit. Závěr Soudu..., nemůže ignorovat kontext, v němž byla opatření přijata. Soud musí při svém rozhodnutí zohlednit všechny okolnosti a nemůže přitom opomenout krizi, kterou Argentinská republika v té době prožívala. To, co je spravedlivé a nestranné, není absolutní parametr. To, co by bylo nespravedlivé a neférové za normálních okolností, nemusí být takové v situaci hospodářské a sociální krize. Investor nemusí být zcela izolován od situací, jakými Argentinská republika prošla v prosinci 2001 a v následujících měsících. Z těchto důvodů dospěl Soud k závěru, že k porušení standardu spravedlivého a rovného zacházení nedošlo v okamžiku přijetí opatření dne 6. ledna 2002, ale dne 25. června 2002, kdy Odpůrce požadoval, aby se společnosti, jako je Navrhovatel, vzdaly právních prostředků, které mohou využít, jako podmínku pro opětovné sjednání Koncese.“¹¹¹ Tento přístup jistě odráží ekonomický a sociální kontext investice. Nicméně ani v době krize není zahraniční investor tak vázán solidaritou jako státní příslušníci hostitelského státu. Přizpůsobení spravedlivého a rovného zacházení napjaté situaci hostitelského státu nemusí jít tak dalece, aby se předešlo uplatnění pravidel o nezbytnosti.

Ve věci MTD Equity Sdn Bhd a MTD Chile SA proti Chilské republice rozhodčí soud odvodil povinnost hostitelského státu aktivně podporovat a chránit zahraniční investice ze zásady spravedlivého a rovného zacházení. Povinnost spravedlivého a rovného zacházení získala v souvislosti se soudním řízením značný význam. Ve věci Mondev proti Spojeným státům americkým rozhodčí soud stanovil kritéria, která určují porušení standardu: „Nakonec jde o to, zda na mezinárodní úrovni a s ohledem na obecně přijímané standardy výkonu spravedlnosti může soud na základě všech dostupných skutečností dospět k závěru, že napadené rozhodnutí bylo zjevně

¹⁰⁹ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 401.

¹¹⁰ Ibid 401.

¹¹¹ National Grid P.L.C. v. Argentine Republic, IN THE MATTER OF AN UNCITRAL ARBITRATION (Case no. Case 1:09-cv-00248-RBW) (listopad 2008) 72-73 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>> zpřístupněno 25. února 2024.

*nesprávné a diskreditující, v důsledku čehož byla investice vystavena nespravedlivému a nerovnému zacházení. To je sice poněkud otevřený standard, ale je možné, že v praxi nelze nabídnout přesnější definici, která by pokryla celou škálu možností.*¹¹²

Spornou otázkou je, zda se investor může dovolávat porušení povinnosti spravedlivého a rovnocenného zacházení soudní cestou až po vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků. Vyčerpání opravných prostředků umožňuje soudnímu systému hostitelského státu nápravu nespravedlivého zacházení ze strany soudu nižšího stupně.

Pravidlo místních opravných prostředků se však neuplatní v případě nespravedlivého zacházení ze strany exekutivy a legislativy hostitelského státu, a to ani v případě, že je k dispozici účinná soudní ochrana. V tomto případě může investor přímo zahájit rozhodčí řízení.

Pokud je porušen standard spravedlivého a rovného zacházení, hostitelský stát musí zaplatit náhradu škody.

3.4 Plná ochrana a bezpečnost

Většina investičních smluv zaručuje investicím „plnou ochranu a bezpečnost“. Základní význam tohoto pojmu se vztahuje na opatření přijatá hostitelským státem na ochranu zahraničních investorů a jejich investic proti fyzickému ohrožení a obtěžování v souladu s dostupnými prostředky a nasazením, které lze rozumně očekávat. Rozhodčí soud ve věci Saluka Investments BV proti České republice uvádí: *„Povinnost uložená hostitelskému státu je povinností bdělosti v tom smyslu, že hostitelský stát přijme veškerá opatření nezbytná k zajištění plné ochrany a bezpečnosti svých investic a neměl by mít možnost odvolávat se na své vlastní právní předpisy, aby se této povinnosti zprostil.*“¹¹³

Vztah standardu plné ochrany a bezpečnosti k mezinárodnímu minimálnímu standardu podle zvykového práva je otázkou výkladu příslušné dohody. Několik rozhodčích soudů dospělo k závěru, že minimální standard a povinnost poskytnout plnou ochranu a bezpečnost mají stejný význam. Ve věci Noble Ventures Inc proti Rumunsku rozhodčí soud rozhodl, že *„se zdá být sporné, zda lze toto ustanovení vykládat jako ustanovení širšího rozsahu, než je obecná povinnost zajistit ochranu a bezpečnost cizích státních příslušníků, která je obsažena v mezinárodním*

¹¹² Mondev International LTD. v United States of America, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (Case no. ARB(AF)/99/2) (říjen 2002) 45 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> zpřístupněno 25. února 2024.

¹¹³ Saluka Investments v. The Czech Republic, THE MATTER OF AN ARBITRATION UNDER THE UNCITRAL ARBITRATION RULES 1976 (duben 2006) 98 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>> zpřístupněno 26. února 2024.

obyčejovém právu cizinců. Ta není přísnou normou, ale normou, která vyžaduje, aby stát vynaložil náležitou péči.“¹¹⁴

Na státy se nevztahuje objektivní odpovědnost za všechny násilné činy a výtržnosti. Povinnost plné ochrany a bezpečnosti není absolutní a nelze ji vykládat jako záruku výsledku, jak správně uvádí nález ve věci Asian Agricultural Products Ltd proti Srílanské demokratické socialistické republice. „Rozhodčímu soudu není znám žádný případ, kdy by závazek převzatý hostitelským státem poskytovat státním příslušníkům druhého smluvního státu pevnou ochranu a jistotu byl vykládán jako absolutní závazek, který zaručuje, že nedojde k žádné škodě, v tom smyslu, že jakákoli jeho vidina vytváří automaticky přísnou odpovědnost ze strany hostitelského státu.“¹¹⁵

V případě, že násilí a obtěžování lze přímo přičíst hostitelskému státu, nese za něm plnou odpovědnost. Ve všech ostatních případech však musí hostitelský stát vynaložit náležitou péči, aby škodám zabránil. Rozhodčí soudy mají ve zvyku předpokládat porušení standardu plné ochrany a bezpečnosti pouze v případě, že státy naprosto selhaly při reakci na fyzické hrozby. Není však podstatné, zda stát jednal ve zlé víře.

V mnoha investičních smlouvách je stále nevyřešenou otázkou, zda se zásada plné ochrany a bezpečnosti kromě fyzické ochrany vztahuje i na právní ochranu a bezpečnost ve smyslu právní jistoty a stability jednou nabytého právního postavení. Tato otázka úzce souvisí se ztotožněním plné ochrany a bezpečnosti s mezinárodním minimálním standardem. V míře, v jaké plná ochrana a bezpečnost nepřiznává více práv než obyčejové právo, se zdá být stěžejí sporné, že tento koncept zahrnuje více než svou základní funkci fyzické ochrany.

Při rozšíření plné ochrany a bezpečnosti na právní jistotu a ochranu nabytých práv by hrozilo, že se rozdíl mezi tímto pojmem a standardem spravedlivého a rovného zacházení zcela setře.¹¹⁶

3.5 Umbrella clauses

V současnosti obsahuje řada investičních smluv umbrella clauses (překladem zastřešujících doložek), které obecně odkazují na dodržování závazků smluvních států, které přijaly vůči zahraničnímu investorovi. Podle Smlouvy o založení ECT tedy „každá smluvní strana dodržuje

¹¹⁴ Noble Ventures, Inc. v Romania, International Centre for Settlement of Investment Disputes (Case No. ARB/01/11) (říjen 2005) 105 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>> zpřístupněno 26. února 2024.

¹¹⁵ Asian Agricultural v Republic of Sri Lanka, International Centre for the Settlement of Investment Disputes (Case no. ARB/87/3) (červen 2000) 545 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>> zpřístupněno 26. února 2024.

¹¹⁶ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 405.

*veškeré závazky, které přijala vůči investorovi nebo investici investora kterékoli jiné smluvní strany.*¹¹⁷

Význam umbrella clauses je jasný pouze tehdy, pokud je chápeme jako konstatování zřejmého, tj. že je třeba dodržovat platné smluvní nebo jednostranné závazky. Takový výklad vyčerpává význam zastřešující klauzule, byl by jen pedagogickou připomínkou.¹¹⁸ Není však jasné, zda odkaz na závazky hostitelského státu vůči investorovi do určité míry transformuje závazky podle vnitrostátního práva na závazky podle mezinárodního práva. Při absenci jasné formulace nelze předpokládat, že zastřešující doložka má obecně za cíl přenést jakýkoli závazek tohoto druhu do mezinárodní roviny. Ve věci *Noble Ventures, Inc vs. Rumunsko* se rozhodčí soud pokusil dát umbrella clauses ve dvoustranné investiční smlouvě mezi Rumunskem a Spojenými státy americkými smysluplný výklad. Doložka byla vyložena „*vzhledem k tomu, že čl...BIT používá výraz musí – a že je součástí článku, který stanoví hlavní podstatné závazky smluvních stran, nemůže být pochyb o tom, že tento článek byl určen k vytvoření závazků, a to zjevně závazků nad rámec závazků uvedených v jiných ustanoveních samotné BIT. Vzhledem k tomu, že státy obvykle neuzavírají s odkazem na konkrétní investice zvláštní mezinárodní dohody nad rámec stávajících dvoustranných investičních dohod, je obtížné chápat pojem „závazek“ jako odkaz na závazky přijaté podle jiných „mezinárodních“ dohod. A vzhledem k tomu, že takové dohody, pokud by byly uzavřeny, by rovněž podléhaly obecné zásadě pacta sunt servanda, nebylo by jistě zapotřebí ustanovení tohoto druhu.*“¹¹⁹

Ve věci *SGS Société Générale de Surveillance SA vs. Filipínská republika* tribunál rozhodl, že porušení smluvního závazku hostitelským státem vůči zahraničnímu investorovi může porušit doložku následovně: „*Základní povinností státu je v tomto případě povinnost zaplatit to, co je splatné podle smlouvy, což je povinnost převzatá s ohledem na konkrétní investici... Tato povinnost však neznamená, že určení výše částky, kterou jsou Filipíny povinny zaplatit, se tak stává smluvní věcí. Rozsah závazku se stále řídí smlouvou a lze jej určit pouze s odkazem na podmínky smlouvy.*“¹²⁰

¹¹⁷ Katia Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreement (2008, OECD) 112 <<https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40471535.pdf>> zpřístupněno 26. února 2024.

¹¹⁸ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 406.

¹¹⁹ Noble Ventures, Inc. v Romania, International Centre for Settlement of Investment Disputes (Case No. ARB/01/11) (říjen 2005) 61-62 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>> zpřístupněno 26. února 2024.

¹²⁰ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines, INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (Case No. ARB/02/6) (leden 2004) 48 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>> zpřístupněno 26. února 2024.

Dokonce i v takovém případě může určení rozsahu závazku hostitelského státu podle vnitrostátního práva a případné porušení tohoto závazku podléhat pravomoci vnitrostátních soudů.

Rozsah působnosti umbrella clauses se přitom neomezuje pouze na suverénní zásahy do právního postavení investorů podle vnitrostátního práva, nýbrž se může vztahovat i na pouhé porušení platebních nebo jiných povinností plnění. Nicméně neexistuje široká shoda ohledně podmínek, které do oblasti působnosti umbrella clauses zahrnují povinnosti hostitelského státu podle vnitrostátního práva. Uplatnění doložky by se v každém případě mělo omezit na závazky hostitelského státu, které jsou zásadní pro realizaci investice a její ekonomickou hodnotu.

3.6 Vyvlastnění a náhrada

Základní prvek dvoustranných nebo mnohostranných smluv o ochraně investic se zabývá vyvlastněním a řádnou náhradou. Moderní smluvní praxe se vztahuje jak na přímé vyvlastnění, formální převod vlastnického práva nebo jinou formu zjevného zabránění, tak na nepřímé vyvlastnění nebo opatření rovnající se znárodnění nebo vyvlastnění.

Čl. 1110 odst. 1 dohody NAFTA stanovuje:¹²¹

1. Žádná smluvní strana nesmí přímo ani nepřímo znárodnit nebo vyvlastnit investici investora jiné smluvní strany na svém území nebo přijmout opatření, které se rovná znárodnění nebo vyvlastnění takové investice ("vyvlastnění"), s výjimkou:

- (a) pro veřejné účely;*
- (b) na nediskriminačním základě;*
- (c) v souladu s řádným právním procesem a čl. 1105 odst. 1 a*
- (d) na základě vyplacení náhrady v souladu s odstavci 2 až 6.*

Pojem nepřímého vyvlastnění dosud nebyl obecně definován. Na rozdíl od přímého vyvlastnění se nepřímé vyvlastnění nedotkne vlastnického práva ani se nejedná o přímou konfiskaci. V tomto případě zůstává investorovi víceméně holé vlastnické právo. Moderní přístupy arbitrážní praxe se zaměřují na ekonomický důsledek opatření. Rozhodujícím kritériem je míra, v jaké opatření ovlivňuje ekonomickou hodnotu z hlediska ziskovosti. Běžné formulace odkazují na užívání majetku nebo na podstatné zbavení hospodářského využití a užítku. Regulační opatření v zájmu ochrany životního prostředí nebo veřejného zdraví lze kvalifikovat jako nepřímé vyvlastnění, pokud zkrátí dobu provozu investice nebo výrazně sníží její ziskovost.

¹²¹ Foreign Trade Information System, North American Free Trade Agreement (SICE, 2022)
<<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp>> zpřístupněno 28. února 2024.

Určení, jestli opatření překračuje mez vyvlastnění, je obzvláště obtížné, jestliže si investor ponechá plnou kontrolu a vlastnictví a jestliže investice stále přináší určité zisky. Spornou otázkou je, zda by se při posuzování opatření jako nepřímého vyvlastnění nebo opatření rovnajícího se vyvlastnění měl brát v úvahu pouze nepříznivý účinek státního opatření na investici, nebo také cíl a zájmy sledované hostitelským státem. Je zde silná snaha zaměřit se na rovnováhu mezi zásahem s investicí a veřejným zájmem z hlediska proporcionality. Odpovídající rovnováha může vyžadovat náhradu, aby se stanovila přiměřenost. Podstatné zbavení vlastnictví, pokud není kompenzováno, se bude rovnat úplnému nebo částečnému vyvlastnění. Ani důležité veřejné zájmy nemohou ospravedlnit masivní zbavení vlastnictví, protože zahraniční investor není součástí politického společenství, které stojí za sledovanými veřejnými zájmy. Na tuto skutečnost poukázal rozhodčí tribunál ve věci Tecmed proti Mexiku, „*mezi poplatkem nebo zátěží uloženou zahraničnímu investorovi a cílem, který má být vyvlastňovacím opatřením dosažen, musí existovat přiměřený vztah proporcionality. Pro ocenění takového poplatku nebo váhy je velmi důležité poměřit rozsah vlastnického omezení způsobeného opatřeními státu a to, zda toto omezení bylo kompenzováno, či nikoli. na základě řady právních a praktických faktorů je třeba také vzít v úvahu, že zahraniční investor má omezenou nebo nulovou účast na přijímání rozhodnutí, která se ho týkají, mimo jiné proto, že investoři nejsou oprávněni vykonávat politická práva vyhrazená státním příslušníkům, jako je hlasování do orgánů, které budou vydávat rozhodnutí, jež se těchto investorů týkají.*“¹²²

Modelová BIT USA uvádí řadu kritérií, která určují, zda lze jednání kvalifikovat jako nepřímé vyvlastnění. Tato kritéria ukazují určitou ohleduplnost k výkonu regulační pravomoci v zájmu oprávněných veřejných zájmů.¹²³ Ve výjimečných případech mohou soudní rozhodnutí zakládat nepřímé vyvlastnění nebo se mu rovnat, pokud svévolně zruší platnost rozhodčího nálezu nebo jiného platebního titulu.

Současná smluvní a arbitrážní praxe stanovuje vysoký práh pro kvalifikaci opatření jako vyvlastnění. NAFTA uznává, že smluvní strany mohou přijmout opatření, která jsou jinak v souladu s kapitolou o investicích, aby „*zajistily, že investiční činnost na jejich území bude prováděna způsobem citlivým k zájmům životního prostředí.*“¹²⁴ Kromě toho smluvní strany

¹²² Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (CASE No. ARB (AF)/00/2) (květen 2003) 47 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>> zpřístupněno 25. února 2024.

¹²³ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 408-409.

¹²⁴ Foreign Trade Information System, North American Free Trade Agreement (SICE, 2022) <<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp>> zpřístupněno 28. února 2024.

NAFTA „uznávají, že není vhodné podporovat investice zmírňováním vnitrostátních opatření v oblasti zdraví, bezpečnosti nebo životního prostředí.“¹²⁵

Moderní investiční dohody vyžadují, aby náhrada byla vyplacena bezodkladně, odpovídala reálné tržní hodnotě vyvlastněné investice bezprostředně před vyvlastněním a byla účinná, tj. plně realizovatelná a volně převoditelná. Panují spory o tom, zda a do jaké míry mohou nebo musí být při výpočtu náhrady zohledněny mezinárodně uznávané zájmy, jako je například ochrana životního prostředí a biologické rozmanitosti. Případ Santa Elena vs. Kostarika, kdy americký investor získal nemovitost táhnoucí se v délce více než 30 kilometrů podél pobřeží Tichého oceánu Kostariky za účelem jejího rozvoje jako rekreačního střediska. Později Kostarika vyhlásila tuto zónu za přírodní rezervaci. Ačkoli vlastnické právo k nemovitosti zůstalo zahraničnímu investorovi, projekt rozvoje byl zmařen. Kostarika argumentovala tím, že při určování výše náhrady je třeba zohlednit mezinárodní smlouvy na ochranu životního prostředí, jako je Úmluva o biologické rozmanitosti. Rozhodčí soud tento přístup odmítl: „Ačkoli vyvlastnění nebo zabránění z důvodů ochrany životního prostředí může být klasifikováno jako zabránění pro veřejný účel, a tudíž může být legitimní, skutečnost, že nemovitost byla zabráněna z tohoto důvodu, nemá vliv na povahu ani míru náhrady, která má být za zabránění vyplacena. To znamená, že účel ochrany životního prostředí, pro který byl Majetek zabráněn, nemění právní povahu záboru, za který musí být vyplacena přiměřená náhrada. Mezinárodní zdroj povinnosti chránit životní prostředí na tom nic nemění.“¹²⁶

3.7 Nutnost

V době vážné hospodářské krize nebo ohrožení své bezpečnosti se stát může odvolávat na nutnost jako na ospravedlnění dočasného neplnění závazků. Právní řád spojuje nutnost s přísnými podmínkami a umožňuje pozastavení závazků pouze na dobu, kdy tyto okolnosti převažují. Podle návrhu článků Komise pro mezinárodní právo o odpovědnosti státu se stát může odvolávat na výjimku z nutnosti, aby ospravedlnil jednání, pouze pokud je toto jednání mimo jiné jediným prostředkem, kterým může stát ochránit základní zájem před vážným a bezprostředním nebezpečím, a pokud stát k situaci nutnosti nepřispěl.¹²⁷

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ COMPAÑÍA DEL DESARROLLO DE SANTA ELENA, S.A. v. THE REPUBLIC OF COSTA RICA, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (CASE No. ARB/96/1) (únor 2000) 192 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>> zpřístupněno 28. února 2024.

¹²⁷ Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press) 410.

Čínsko-Africké investiční smlouvy

Tato část diplomové práce nastíní problematiku BIT a jejich specifík, uzavíraných v rozvojových zemích. Konkrétněji se bude jednat o smlouvy uzavírané Čínou, jakožto vývozcem kapitálu, a Africkými státy, jakožto příjemci kapitálu. Cílem této kapitoly je nabídnout nástin těchto smluv v kontextu pravidel zacházení s investicemi a dále poskytnout komparaci s BIT, jež Čína uzavírá s vyspělými ekonomikami.

Mezinárodní právní režim ochrany zahraničních investic, kterému dominují dvoustranné investiční dohody, je v zásadě určen k ochraně investic vyspělých zemí v rozvojovém světě. Politická odpověď na otázku, proč se nepodařilo vytvořit mnohostranný investiční režim podobný obchodnímu, zní: „Vzhledem k asymetrické povaze dvoustranných jednání mezi silnou vyspělou zemí a obvykle mnohem slabší rozvojovou zemí umožňuje dvoustranné prostředí vyspělé zemi využívat svou moc účinněji než mnohostranné prostředí, kde může být tato moc značně oslabena.“¹²⁸ Tato odpověď je v souladu s politickým názorem. V principu to, co zachovává dvoustranná ujednání, je nerovnováha, která zvýhodňuje investory vyspělého světa v rozvojovém světě. Tato nerovnováha vychází z implicitního chápání, že ačkoli jsou sliby a ústupky teoreticky vzájemné, v praxi prakticky žádní investoři rozvojové země neinvestují v rozvinuté zemi. Toto chápání podporuje vyspělé země v uzavírání dvoustranných investičních smluv. Vysvětluje také dvoustranné investiční dohody, jako jsou například dvoustranné investiční dohody mezi USA a Rwandou, které jsou teoreticky, nikoli však prakticky, reciproční. Bez ohledu na své podmínky jsou BIT atraktivní i pro rozvojovou zemi, neboť signalizují ochotu otevřít dveře zahraničním investicím.¹²⁹

Smluvní strany těchto dvoustranných dohod mají téměř vždy odlišné motivy. Proto je v naprosté většině dvoustranných investičních dohod mezi Severem a Jihem téměř vždy obsažen více než jen prvek svévole. Postavení Číny jako významného dovozce i vývozce kapitálu ji staví před vážné teoretické dilema, pokud jde o výše uvedené důvody. Jakožto příjemce kapitálu má všechny motivy rozvojové země k ochranářství, zatímco jako vývozce kapitálu má všechny důvody k tomu, aby se snažila chránit práva svých občanů. Tato část práce sleduje vývoj čínských

¹²⁸ Jeswald W. Salacuse, *The Emerging Global Regime for Investment* (2010) 51 Harv Int'l LJ 427 464 <https://heinonline-org.ezproxy.is.cuni.cz/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/hilj51&id=468&men_tab=srchresults> zpřístupněno 18. března 2024.

¹²⁹ Won Kidane, *China's Bilateral Investment Treaties with African States in Comparative Context* (2016) Cornell International Law Journal, Vol. 49 (2016) 144 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847800> zpřístupněno 18. března 2024.

dvoustranných investičních dohod s africkými státy, aby zjistila, jak se měnily spolu s ekonomickou a ideologickou transformací samotné Číny.

V 60. a 70. letech 20. století Čína zastávala do značné míry odmítavý postoj k investičním smlouvám, což bylo způsobeno její marxistickou ideologií a historickými zkušenostmi s nerovnými smlouvami v době kolonialismu. Po hospodářských reformách na konci 70. let podepsala Čína v roce 1982 první dvoustrannou investiční dohodu se Švédskem. Od 80. let do poloviny 90. let 20. století Čína sjednala dvoustranné investiční dohody s několika státy vyvázejícími kapitál a některé z těchto smluv na počátku roku 2000 opětovně podepsala. Čína od té doby uzavřela přibližně 130 dvoustranných investičních dohod,¹³⁰ což z ní činí významného hráče na poli investičních smluv. První investiční smlouvu s africkou zemí uzavřela Čína v roce 1989 s Ghanou. Čína má v současnosti dvoustranné smlouvy s 38 zeměmi Afriky.¹³¹

Mechanismy o používaných kritériích pro zahájení jednání o smlouvách o investicích nejsou veřejně dostupné. Z pohledu Číny je obvykle předpokladem pro zahájení jednání existence čínských investic, ale někdy jsou dvoustranné investiční dohody podepisovány jako politické gesto. Zdá se, že tento politický rozměr uzavírání investičních smluv umocňuje skutečnost, že bylo podepsáno několik čínsko-afrických dvoustranných investičních dohod, které však nevstoupily v platnost.

4.1 Specifika smluv

Řada čínsko-afrických dvoustranných investičních dohod není veřejně dostupná, což znesnadňuje vyvození obecných závěrů o vzorcích obsahu smluv. Obecně lze říci, že dostupné smlouvy vykazují jak společné rysy, tak rozdíly. Jedním z důležitých společných rysů je to, že až na jednu případnou výjimku (týkající se rozšíření doložky nejvyšších výhod),¹³² jsou všechny zkoumané dvoustranné investiční dohody formulovány v zavedeném pojetí. To znamená, že poskytují ochranu investicím přijatým do země, ale nezakládají povinnost států přijímat zahraniční investice. Ochrana investic je hlavním, ne-li výlučným cílem smluv. Všechny přezkoumávané

¹³⁰Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator (UNCTAD, 2024) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>> zpřístupněno 12. března 2024.

¹³¹ Ibid.

¹³² Agreement between the government of the people's Republic of China and the government of the United Republic of Tanzania concerning the promotion and reciprocal protection of the investments, (2013, China - United Republic of Tanzania BIT) 4 <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5488/download>> zpřístupněno 13. března 2024.

čínsko-afriické dvoustranné investiční dohody mají za cíl podpořit investiční toky zmírněním politického rizika.¹³³

Společné rysy se objevují i v konkrétních smluvních ustanoveních. Čínsko-afriické dvoustranné investiční dohody jsou obecně vzato založeny na ustanoveních, která se běžně používají v investičních smlouvách na celém světě. Pokud jde o konkrétnější vymezení, všechny přezkoumávané smlouvy obsahují široké definice chráněných investic založené na neúplném seznamu aktiv. Obsahují také ustanovení, která vyžadují, aby státy poskytly „spravedlivé a rovné zacházení“ nebo stanovily podmínky pro zákonnost vyvlastnění, přesto jsou v některých ustanoveních smluv významné rozdíly v jejich znění, které patrně částečně vyplývají z doby vyjednávání. Obecně lze zkoumané smlouvy rozdělit do tří fází, které jsou popsány níže.

4.1.1 Čínsko-afriické BIT 1989-1999

Na rozdíl od převládajících mezinárodních trendů při uzavírání investičních smluv omezují starší čínsko-afriické smlouvy ochranu investic, a to jak z věcného, tak z procesního hlediska.

V těchto BIT absentují pravidla pro zacházení se zahraničními investicemi, a to v několika oblastech úpravy. Doložka národního režimu zacházení, jež umožňuje státům zacházet se zahraničními investory méně příznivě než se státními příslušníky, pokud dodržují ostatní ustanovení smlouvy, absentuje v řadě smluv z tohoto období.¹³⁴ Dále jsou pro smlouvy z tohoto období¹³⁵ typické neurčité zmínky ochrany investic namísto doložky plné ochrany a bezpečnosti.

Z procesního hlediska mají tyto starší, restriktivnější smlouvy omezit možnosti investorů v přístupu k rozhodčímu řízení mezi investorem a státem. BIT uzavřená s Ghanou a Etiopií omezuje arbitráž mezi investorem a státem na spory o výši náhrady za vyvlastnění.

¹³³ Cotula L, Weng X, Ma Q and Ren P, China-Africa investment treaties: do they work? (2016) IIED 25 <<https://www.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17588IIED.pdf>> zpřístupněno 13. března 2024.

¹³⁴ Např. Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the republic of Ghana concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (China – Ghana, 1989) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/737/download>> zpřístupněno 13. března 2024.

¹³⁵ Ibid, Agreement between the government of the federal democratic republic of Ethiopia and the government of the people's republic of China concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (China – Ethiopia, 1998) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/732/download>> zpřístupněno 13. března 2024.

4.1.2 Čínsko-afriické BIT od roku 1999

Smlouvy uzavřené od konce 90. let 20. století obsahují obecně příznivější standardy zacházení se zahraničními investicemi. Například ustanovení o národním zacházení jsou v nich nyní běžně obsažena, i když některé smlouvy stále obsahují výhrady, jako například: „*Aniž jsou tímto dotčeny vlastní právní předpisy, poskytne každá smluvní strana investicím a činnostem spojeným s těmito investicemi investorů druhé smluvní strany zacházení, které nebude méně příznivé než zacházení poskytované investicím a souvisejícím činnostem vlastních investorů.*“¹³⁶ Podobně jsou explicitnější doložky o plné ochraně a bezpečnosti, i když se jejich formulace stále značně liší. Z procesního hlediska obsahují novější smlouvy širší rozhodčí doložky, které investorům umožňují přístup k rozhodčímu řízení v případě jakýchkoli investičních sporů.

Detailní analýza čínsko-afriických dvoustranných investičních dohod poukazuje na nutnost opatrnosti při příliš úzké periodizaci politiky investičních smluv. Například ustanovení o vyvlastnění. Novější smlouvy obsahují jasnější formulace, podle kterých musí být náhrada rovnocenná skutečné nebo reálné hodnotě a platba by měla být provedena neprodleně.¹³⁷ Jedná se o posun oproti dřívější smluvní praxi. Starší smlouvy odkazovaly na náhradu „*bez zbytečného odkladu,*“¹³⁸ což ponechávalo státům větší volnost. Existuje však několik odchylek od tohoto trendu: přísnější standard bez prodlení se objevuje v některých smlouvách z poloviny 90. let, zatímco některé novější smlouvy používají velkorysejší standard „*bez nepřiměřeného prodlení*“.¹³⁹

Podobně v některých starších smlouvách chybí umbrella clauses¹⁴⁰ a v novějších smlouvách jsou již běžnou součástí, což je v souladu s převládajícím narativem o zvýšeném zájmu

¹³⁶ Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the the Federal Republic of Nigeria for concerning the reciprocal promotion and protection of investments (China – Nigieria, 2001) 3 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3366/download>> zpřístupněno 13. března 2024.

¹³⁷ Agreement between the government of the Republic of Botswana and the government of the People's Republic of China (China – Botswana, 2000) 5 < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/500/download>> zpřístupněno 14. března 2024.

¹³⁸ Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the republic of Ghana concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (China – Ghana, 1989) 3 < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/737/download>> zpřístupněno 14. března 2024.

¹³⁹ Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the the Federal Republic of Nigeria for concerning the reciprocal promotion and protection of investments (China – Nigieria, 2001) 3 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3366/download>> zpřístupněno 14. března 2024.

¹⁴⁰ Např. Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the republic of Ghana concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (China – Ghana, 1989) < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/737/download>> zpřístupněno 14. března 2024.

o ochranu investic. Některé novější smlouvy však umbrella clauses neobsahují.¹⁴¹ A konečně, ačkoli nedávné smlouvy formálně rozšířily oblast působnosti arbitráže mezi investorem a státem, několik otevřenějších arbitrážních doložek stále obsahuje významné výhrady, které státům umožňují po investorech požadovat následující: „*Spor může požadovat, aby dotčený investor před předložením věci mezinárodnímu rozhodčímu soudu podstoupil vnitrostátní správní přezkumné řízení stanovené zákony a předpisy této smluvní strany.*“¹⁴²

Někteří autoři spojují preferenci přísnějších standardů ochrany investic s přijetím politiky „Going Out“ v roce 1999 a s rostoucí rolí Číny jako vývozce kapitálu. Jiní vysvětlují změny v souvislosti s globalizací politiky, kdy se formulace smluv více přizpůsobují formulacím smluv uzavřených hlavními vývozci kapitálu. Každopádně jsou hranice mezi jednotlivými fázemi uzavírání smluv mezi Čínou a Afrikou neostré.¹⁴³

4.1.3 Problémy čínsko-afrických BIT

Narůstající počet arbitráží, které investoři podávají proti státům na základě dohod o investicích po celém světě, vyvolává obavy, že by tyto dohody mohly nepřiměřeně omezovat možnost států podnikat kroky ve veřejném zájmu. Rovněž se vedou debaty o způsobech, jak do dvoustranných investičních dohod integrovat sociální a environmentální aspekty. Částečně v reakci na tyto obavy se několik států snažilo „přepracovat“ své smlouvy o investicích. Tento posun vedl k novým odchylkám ve formulacích smluv – včetně úžeji formulovaných ustanovení o spravedlivém a rovném zacházení, nových ustanovení o sociálních a environmentálních záležitostech a obecných ustanovení o výjimkách, které mají zachovat právo států na regulaci ve veřejném zájmu. Většina přezkoumávaných čínsko-afrických investičních smluv nevykazuje žádné nebo jen malé známky přeprocování. Čínsko-tanzanská BIT z roku 2013¹⁴⁴ se však významným způsobem odchyloje od dřívější smluvní praxe. Tato smlouva zachovává přísnější standardy ochrany investic zavedené koncem 90. let 20. století, ale zavádí také formulace, které

¹⁴¹ Např. Agreement between the government of the Republic of Botswana and the government of the People's Republic of China (China – Botswana, 2000) 5 < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/500/download> > zpřístupněno 14. března 2024.

¹⁴² Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Benin (China – Benin, 2004) < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/440/download> > zpřístupněno 14. března 2024.

¹⁴³ Cotula L, Weng X, Ma Q and Ren P, China-Africa investment treaties: do they work? (2016) IIED 29 < <https://www.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17588IIED.pdf> > zpřístupněno 14. března 2024.

¹⁴⁴ Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United Republic of Tanzania concerning the promotion and reciprocal protection of investments (China – Tanzania, 2013) < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5488/download> > zpřístupněno 14. března 2024.

mají zabránit nepřiměřenému omezování prostoru pro politiku a zahrnout určité zohlednění sociálních a environmentálních aspektů.

4.1.3.1 BIT mezi Čínou a Tanzanií – smlouva nové generace

Dvoustranná investiční dohoda mezi Čínou a Tanzanií z roku 2013¹⁴⁵ se od ostatních zkoumaných smluv výrazně liší:

- omezuje ustanovení o spravedlivém a rovném zacházení na odepření spravedlnosti nebo na „zjevně diskriminační nebo svévolná opatření“,¹⁴⁶
- začleňuje do ustanovení o vyvlastnění kritéria pro určení, zda došlo k nepřímému vyvlastnění,¹⁴⁷
- obsahuje platební bilanci a další výjimky v doložce o převodech a výjimku pro místní podnikatele z národního zacházení – „...může poskytovat pobídky nebo preference svým státním příslušníkům za účelem rozvoje a stimulace místního podnikání za předpokladu, že tato opatření významně neovlivní investice a činnosti investorů druhé smluvní strany,“¹⁴⁸
- upřesňuje, že normy na ochranu investic nelze vykládat tak, aby bránily regulaci veřejného zájmu v oblasti životního prostředí, zdraví a bezpečnosti a ochrany zdraví při práci – „není vhodné podporovat investice oslabením domácích zdravotních, bezpečnostních nebo environmentálních opatření,“¹⁴⁹
- zahrnuje ustanovení o odepření výhod, které má zabránit využívání ochrany prostřednictvím Shell společností – „smluvní strana může odepřít výhody plynoucí z této dohody investorovi druhé smluvní strany, který je podnikem této druhé smluvní strany, a investicím tohoto investora, pokud podnik nevyvíjí na území druhé smluvní strany žádnou podstatnou podnikatelskou činnost a státní příslušníci nebo podniky odmítající smluvní strany vlastní nebo ovládají tento podnik.“¹⁵⁰

Na základě jedné smlouvy je však příliš brzy na to, aby se dalo hovořit o širším trendu v tomto směru, zejména s ohledem na výše uvedené vzorce. Dvoustranná dohoda o investicích mezi Čínou a Tanzanií rovněž neobsahuje celý soubor „rekalibračních metod“ používaných v mnoha nedávných investičních smlouvách po celém světě. Například dvoustranná dohoda o investicích

¹⁴⁵ Agreement between the government of the people's Republic of China and the government of the United Republic of Tanzania concerning the promotion and reciprocal protection of the investments, (2013, China - United Republic of Tanzania BIT) < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5488/download> > zpřístupněno 15. března 2024.

¹⁴⁶ Ibid 4.

¹⁴⁷ Ibid 5.

¹⁴⁸ Ibid 4.

¹⁴⁹ Ibid 7.

¹⁵⁰ Ibid 8.

mezi Čínou a Tanzanií uznává, že „není vhodné podporovat investice zmírňováním vnitrostátních opatření v oblasti zdraví, bezpečnosti nebo životního prostředí,“¹⁵¹ ale na rozdíl od americké vzorové smlouvy se výslovně nezabývá pracovní právními otázkami nad rámec zdraví a bezpečnosti.¹⁵² Tato BIT bude probrána na následujících stránkách.

4.1.4 Čínsko-africké BIT, jako smlouvy jih-jih

Plány Fóra o spolupráci mezi Čínou a Afrikou (dále jen „FOCAC“) vymezují dvoustranné investiční dohody z hlediska spolupráce jih-jih. Přístup jih-jih není spojen s novým souborem ustanovení dvoustranných investičních dohod. Jedním ze způsobů, jak posoudit jeho uplatňování, je prozkoumat, zda přezkoumávané dvoustranné investiční dohody mezi Čínou a Afrikou odrážejí dostatečně odlišný přístup, který je odlišuje od konvenčních investičních dohod mezi Severem a Jihem. Částečným problémem je, že samotné severojižní dvoustranné investiční dohody jsou značně různorodé. Například evropské státy, USA a Kanada používají výrazně odlišné šablony.

Čínsko-africké dvoustranné investiční dohody mají některé charakteristické rysy. V porovnání s mnoha smlouvami mezi Severem a Jihem se zdá, že jejich formulace umožňuje větší respektování vnitrostátních předpisů. Jak bylo uvedeno výše, týká se to zejména starších čínsko-afrických dvojstranných investičních smluv, ale některé novější smlouvy podřizují ochranu investic vnitrostátním zákonům a obsahují prvky rekalibrace. Dokonce i v rámci vlastních čínských dvoustranných investičních dohod se zdá, že smlouvy s africkými zeměmi jsou vůči vnitrostátním předpisům shovívavější než smlouvy, které Čína uzavřela se zeměmi s výkonnější ekonomikou v posledních letech. Tato okolnost naznačuje, že čínská vláda zaujímá diferencovaný přístup v závislosti na tom, zda vyjednává se zemí s vysokými nebo nízkými příjmy.¹⁵³

Stejně jako severojižní BIT se i čínsko-africké smlouvy soustředí především na ochranu investic jako prostředku ke zmírnění politického rizika. Zdá se, že zásobárna smluvních ustanovení, a nověji i rekalibračních technik, je do značné míry inspirována vzory smluv historicky vyvinutými evropskými a severoamerickými státy. Úzké zaměření na ochranu investic může v kontextu asymetrických vztahů mezi vývozci a dovozci kapitálu, mezi Čínou a Afrikou pravděpodobně vytvářet napětí s logikou vzájemné spolupráce mezi Jihem a Jihem.¹⁵⁴

¹⁵¹ Ibid 7.

¹⁵² Cotula L, Weng X, Ma Q and Ren P, China-Africa investment treaties: do they work? (2016) IIED 30 <<https://www.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17588IIED.pdf>> zpřístupněno 15. března 2024.

¹⁵³ Ibid 31.

¹⁵⁴ Ibid 31.

4.1.4.1 Další BIT (jih-jih) uzavírané s Afrikou a jejich komparace s Čínou

Pro srovnání uvedme, že Brazílie od roku 2015 vyvinula svérázný přístup k uzavírání smluv o investicích, který významně upravuje ochranu investic a řeší další otázky, které nespádají do působnosti běžných smluv. Brazílský přístup klade důraz na spolupráci mezi smluvními stranami, a to například prostřednictvím společných institucí a výměny informací. Tento model nepředstavuje jediný nebo nejlepší model pro uskutečnění logického rámce spolupráce mezi Jihem a Jihem, ale naznačuje, že existuje větší prostor pro odklon od konvenčního přístupu dvoustranných dohod o investicích, než se odráží ve smlouvách mezi Čínou a Afrikou.

Brazílie podepsala v 90. letech 20. století 14 dvoustranných investičních dohod, ale žádnou z nich neratifikovala. Hlavním důvodem neratifikace byl odpor Kongresu. V Kongresu panovaly obavy, že tyto smlouvy by poskytovaly zahraničním investorům preferenční zacházení v rozporu s ústavními ustanoveními. V roce 2015 uzavřela Brazílie nové smlouvy o usnadnění investic a spolupráci – mimo jiné s Angolou¹⁵⁵ a Mosambikem¹⁵⁶, které se výrazně liší od většiny stávajících investičních smluv. Tyto smlouvy kladou velký důraz na usnadnění investic prostřednictvím výměny informací, společných výborů a národních ombudsmanů. Tato ustanovení v běžných dvoustranných investičních smlouvách obvykle chybí.

Pokud jde o ochranu investic, nové brazilské smlouvy obsahují ustanovení o přímém vyvlastnění, ale neobsahují standard spravedlivého a rovného zacházení ani neřeší nepřímé vyvlastnění. Umožňují arbitráž mezi státy, ale ne arbitráž mezi investorem a státem. Smlouvy spíše předpokládají roli národních ombudsmanů, kteří by měli řídit alternativní řešení sporů ve spolupráci s vládou a soukromým sektorem – „*strany zřídí kontaktní místa („ombudsmany“), jejichž hlavním úkolem bude vládní podpora investic druhé strany v její zemi.*“¹⁵⁷

Indie je další rozvíjející se ekonomikou, která si vytvořila osobitý přístup k uzavírání investičních smluv. Po několika arbitrážích mezi investorem a státem indická vláda vydala koncem roku 2015 novou vzorovou BIT.¹⁵⁸ Konečná verze se však v důležitých ohledech odchyluje od konvenčního zavedeného systému. Indická vzorová smlouva například neobsahuje doložku nejvyšších výhod a nahrazuje „spravedlivé a rovné zacházení“ konkrétnějším souborem povinností

¹⁵⁵ Agreement for cooperation and investment facilitation between the Government of the Federal Republic of Brazil and the government of the Republic of Angola (Brazil – Angola, 2015) <<https://edit.wti.org/document/show/e2fc263a-ef8b-47ed-9f86-4f879b12e5d7>> zpřístupněno 15. března 2024.

¹⁵⁶ Agreement for cooperation and investment facilitation between the Government of the Federal Republic of Brazil and the government of the Republic of Mozambique (Brazil – Mozambique, 2015) <<https://edit.wti.org/document/show/c9fd85ab-2190-467a-a063-4ad7c3c98fbd?page=1>> zpřístupněno 15. března 2024.

¹⁵⁷ Ibid 4.

¹⁵⁸ Model text for Indian Bilateral Investment Treaty (India – State, 2015) <<https://edit.wti.org/document/show/d0eac9a8-2de6-44a8-9e9f-2986b8817aa9>> zpřístupněno 15. března 2024.

vázaných na mezinárodní zvykové právo. Také výslovně vyžaduje, aby investoři dodržovali vnitrostátní právo, a vyžaduje vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků před přístupem k arbitráži mezi investorem a státem – „*při posuzování údajného porušení tohoto článku soud přihlédně k tomu, zda investor nebo případně podnik usazený v místě před podáním žaloby podle této smlouvy uplatnil opravné prostředky u vnitrostátních soudů nebo tribunálů.*“¹⁵⁹

V africkém kontextu vypracovalo Jihoafrické rozvojové společenství (dále jen „SADC“) v roce 2012 vzorovou investiční smlouvu,¹⁶⁰ která kvalifikuje konvenční standardy ochrany investic a zavádí nové povinnosti investorů a států včetně: protikorupčních, sociálních a environmentálních standardů, dodržování vnitrostátních právních předpisů, správy a řízení společností, odpovědnosti investorů a transparentnosti smluv a plateb. Model obsahuje také ustanovení o usnadnění investic, a to například prostřednictvím akcí na podporu investic a výměny informací.

Příklady z Brazílie, Indie a SADC dokládají širší vývoj směrem k větší rozmanitosti obsahu investičních smluv po celém světě, což pravděpodobně zvyšuje prostor pro tvorbu inovačních a odlišných postupů při tvorbě dvoustranných investičních dohod. Ukazují, že dvoustranné investiční dohody nemusí být omezeny na ochranu investic a že mohou využívat různé mechanismy – včetně ujednání o spolupráci, povinností investorů a záruk pro prostor politiky – k podpoře investic a zajištění toho, aby tyto investice podporovaly udržitelný rozvoj. Ve srovnání s těmito příklady zahrnují čínsko-africké dvoustranné investiční dohody menší odchylky od základů mnoha severojižních investičních smluv.

Jedním z charakteristických rysů čínských smluv o investicích s africkými zeměmi i mimo ně je jejich rozmanitost. Jak bylo zmíněno výše, částečně to odráží změny v čínské politice v oblasti dvoustranných investičních dohod. Rozdíly ve formulacích smluv by však také naznačovaly, že s výjimkou oblastí, kde se uplatňuje pevná politika (například tradiční odpor k doložkám o národním zacházení před zavedením), čínská vláda přijímá pragmatické, flexibilní strategie vyjednávání, které jsou otevřené přijímání návrhů druhé strany. Tento trend byl zdokumentován u jednání se zeměmi se středními a vysokými příjmy. Ale ačkoliv by společné rysy mezi dvoustrannými investičními dohodami mezi Čínou a Afrikou naznačovaly, že africké státy byly při vyjednávání smluv převážně příjemci pravidel, bližší pohled na smlouvy poskytuje důkazy o zprostředkování i ze strany afrických států.

¹⁵⁹ Ibid 1.

¹⁶⁰ SADC, Model Bilateral Investment treaty Template with Commentary (Southern African Development Community, 2012) <<https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>> zpřístupněno 15. února 2024.

Například čínsko-madagaskarská dvoustranná investiční dohoda z roku 2005 váže standard „spravedlivého a rovného zacházení“ na „zásady mezinárodního práva“ – „v souladu se zásadami mezinárodního práva poskytne každá smluvní strana investorům druhé smluvní strany spravedlivé a rovnocenné zacházení, kterému nebudou bránit právní ani faktické překážky.“¹⁶¹ Tato formulace je běžná ve francouzských dvoustranných investičních dohodách. Čínsko-madagaskarská BIT úzce navazuje na BIT, kterou Madagaskar uzavřel s Francií v roce 2003, což naznačuje, že tato formulace mohla pocházet spíše z Madagaskaru než z Číny. Tato formulace se objevuje také v některých následných čínských dvoustranných investičních dohodách v Africe (se Seychelami v roce 2007) a mimo ni (s Mexikem v roce 2008). Podobně čínsko-jihoafrická dvoustranná investiční dohoda z roku 1997 obsahuje výjimku pro jakékoli „zvláštní výhody“ poskytnuté rozvojovým finančním institucím – „pokud smluvní strana poskytuje zvláštní výhody rozvojovým finančním institucím se zahraniční účastí, které byly založeny výhradně za účelem rozvojové pomoci prostřednictvím převážně neziskových činností, není tato smluvní strana povinna poskytovat tyto výhody rozvojovým finančním institucím nebo jiným investorům druhé smluvní strany.“¹⁶² Tato výjimka se objevuje i v dalších jihoafrických dvoustranných investičních dohodách (například s Dánskem v roce 1996 a s Mosambikem v roce 1997), což naznačuje, že tato doložka může pocházet z Jihoafrické republiky.

Tento flexibilní přístup k vyjednávání smluv o investicích odlišuje Čínu od jiných vývozců kapitálu – zejména od USA, které se od svého modelu smluv odchyľují jen zřídka. V porovnání s jednáními s jinými vývozci kapitálu mohou mít africké státy jednající s Čínou větší prostor pro utváření formulací smluv. To by posílilo důvody pro to, aby africké státy investovaly do připravenosti před jednáním, mimo jiné prostřednictvím vypracování jasných politik a šablon.

4.2 Klíčové rysy současných čínských dvoustranných obchodních dohod

Pro účely analýzy jsem zvolila dvoustrannou dohodu o investicích mezi Čínou a Kanadou,¹⁶³ poněvadž poskytuje pohled na přístup Číny k ochraně investic ve vztahu k vyspělým ekonomikám

¹⁶¹ Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Madagascar for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (China – Madagascar, 2005) 5 <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8018/download>> zpřístupněno 15. března 2024.

¹⁶² Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of South Africa concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (China - South Africa, 1997) 3 <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3359/download>> zpřístupněno 15. března 2024.

¹⁶³ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (China – Kanada, 2012) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3476/download>> zpřístupněno 18. března 2024.

Severu. Analýza také ukazuje, jak čínsko-kanadská BIT informuje či by měla informovat o jejím přístupu k ochraně investic v Africe. Čínsko-tanzanská BIT,¹⁶⁴ jež byla probrána v předcházející kapitole, byla podepsaná v rozmezí několika měsíců po čínsko-kanadské BIT, takže se jedná o stejnou generaci BIT.

4.2.1 Čínsko-kanadská BIT

Čínsko-kanadská BIT vstoupila v platnost 1. října 2014. Tato dohoda je již na první pohled výrazně delší, obsahuje třicet pět článků a šest příloh, které pokrývají mnohem více podstatných oblastí než předchozí čínské vzory dvoustranných obchodních dohod a zahrnují mimořádně podrobnou úpravu řešení sporů.

4.2.1.1 Hmotněprávní úprava

Chráněné investice jsou vymezeny výrazně obsírněji než v předchozích vzorových dvoustranných obchodních dohodách. Definice se ve své podstatě podobá definici obsažené v kapitole 11 NAFTA¹⁶⁵ do té míry, že by se dalo usuzovat, že byla jasně inspirována definicí NAFTA, pokud nebyla zcela převzata:

Článek 1

Definice

Pro účely této dohody

1. "investicí" se rozumí:

(a) podnik;

(b) akcie, podíly a jiné formy majetkové účasti na podniku;

(c) dluhopisy, obligace a jiné dluhové nástroje podniku;

(d) půjčka podniku

(i) pokud je podnik přidruženým podnikem investora, nebo

(ii) pokud je původní splatnost půjčky nejméně tři roky po jejím poskytnutí.

let;

(e) bez ohledu na výše uvedená písmena (c) a (d) je půjčka finanční instituci nebo dluhový cenný papír vydaný finanční institucí investicí pouze v případě, že smluvní strana, na jejímž

¹⁶⁴ Agreement between the government of the people's Republic of China and the government of the United Republic of Tanzania concerning the promotion and reciprocal protection of the investments, (2013, China - United Republic of Tanzania BIT) < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5488/download>> zprístupněno 18. března 2024.

¹⁶⁵ Foreign Trade Information System, North American Free Trade Agreement (SICE, 2022) <<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp>> zprístupněno 18. března 2024.

území se finanční instituce nachází, považuje tuto půjčku nebo dluhový cenný papír za regulatorní kapitál;

(f) podíl v podniku, který opravňuje vlastníka k podílu na příjmech nebo ziscích podniku;

(g) podíl v podniku, který opravňuje vlastníka k podílu na majetku tohoto podniku při jeho zániku;

(h) zájmy vyplývající z vázání kapitálu nebo jiných zdrojů na území smluvní strany na hospodářskou činnost na takovém území, jako například v rámci;

(i) smluv zahrnujících přítomnost majetku investora na území smluvní strany, včetně smluv na klíč nebo stavebních smluv, nebo koncesí na vyhledávání a těžbu ropy a jiných přírodních zdrojů, nebo

(i) smluv, u nichž odměna závisí v podstatné míře na výrobě, příjmech nebo zisku podniku; o i) práv duševního vlastnictví a;

(j) jakýkoli jiný hmotný nebo nehmotný, movitý nebo nemovitý majetek, majetek a související majetková práva nabytá nebo používaná pro účely podnikání.¹⁶⁶

Článek jedna zároveň upřesňuje, co investicí není:

(k) peněžité nároky, které vyplývají výhradně z

(i) obchodních smluv o prodeji zboží nebo služeb, nebo

(ii) poskytnutí úvěru v souvislosti s obchodní transakcí, jako je financování obchodu, s výjimkou úvěru, na který se vztahuje písmeno d);

(l) jakékoli jiné peněžité pohledávky,

kteří nezahrnují druhy zájmů uvedené v písmenech a) až j).

Definice investice je v zásadě rozšířením pojmu obsaženého v předchozích modelech BIT, které spojují nárok na peníze s investicí. V tomto případě se každopádně nejedná o definici, kterou by Čína použila v některé z afrických dvoustranných investičních dohod.

Pojem investor je také vymezen přesněji než v předchozích modelech. Zahrnuje nejen občany, ale také osoby s trvalým pobytem na území smluvních stran. To je obzvláště důležité pro Kanadu, kde je počet obyvatel narozených v zahraničí se statutem trvalého pobytu velmi vysoký. Definice vylučuje osoby, které mohou mít občanství druhého kontraktujícího státu. Vyplývá z toho, že investoři, kteří mají dvojí státní příslušnost, by nebyli považováni za investory, pokud by investor jednoho státu, který má trvalý pobyt v druhém státě, byl považován za investora pro účely BIT. Příkladem může být čínský občan, který má trvalý pobyt v Kanadě. Byl by považován za investora ve smyslu BIT a měl by nárok na veškerou ochranu v rozsahu, v jakém mu trvalý pobyt

¹⁶⁶ Ibid 1-2.

nepřiznává lepší práva. Vyloučením osob s dvojitým občanstvím z ochranného režimu byly občanům odepřeny výhody nebo stimuly, které by hostitelská země měla zájem poskytnout zahraničním investorům. Tato formulace není příliš obvyklá ani v jiných čínských dvoustranných investičních dohodách.¹⁶⁷

Výrazným ustanovením, které BIT mezi Čínou a Kanadou obsahuje, je krátké ustanovení o přijetí. Ustanovení, které se smluvní strany rozhodly vložit, je vzhledem k významu dohody poměrně zajímavé svou stručností – „každá smluvní strana podporuje investory druhé smluvní strany, aby investovali na jejím území, a připouští tyto investice v souladu se svými zákony, předpisy a pravidly.“¹⁶⁸ Z tohoto ustanovení je patrné, že se kontaktující se strany nemohly shodnout na společném standardu přijímání, ale jeho zařazení zřejmě slouží jako místo pro budoucí ústupky ve věčně sporné otázce přijímání. Tak tomu bylo již od první generace BIT, konkrétně ve článku dva BIT mezi Čínou a Ghanou z roku 1989.¹⁶⁹

Čínsko-kanadská BIT obsahuje také samostatné ustanovení o spravedlivém a rovném zacházení, které je spojeno s mezinárodním právem a zejména s praxí států. Vzhledem ke spornosti konkrétních norem dle mezinárodního obyčejového práva svědčí rozhodnutí stran formulovat je tak jednoduchým způsobem o obtížích dohodnout se na konkrétnějších normách, přestože je judikatura v této oblasti stále bohatší. Základní zásady, jako je spravedlivé a rovné zacházení, doložka nejvyšších výhod a národní zacházení, jsou rozpracovány v samostatných ustanoveních dvoustranné obchodní dohody mezi Čínou a Kanadou. Předchozí vzory spojují doložku nejvyšších výhod se spravedlivým a rovným zacházením – jinými slovy s minimálním zacházením.¹⁷⁰ Ustanovení v této BIT jde o něco dále a poskytuje vlastní výhody:

Článek 53

Zacházení podle doložky nejvyšších výhod

1. Každá smluvní strana poskytne investorům druhé smluvní strany zacházení, které není méně příznivé než zacházení, které za obdobných okolností poskytuje investorům nesmluvní

¹⁶⁷ Won Kidane, China's Bilateral Investment Treaties with African States in Comparative Context (2016) Cornell International Law Journal, Vol. 49 (2016) 155 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847800> zpřístupněno 18. března 2024.

¹⁶⁸ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (China – Kanada, 2012) 4 <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3476/download>> zpřístupněno 18. března 2024.

¹⁶⁹ Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the republic of Ghana concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (China – Ghana, 1989) 2 <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/737/download>> zpřístupněno 13. března 2024.

¹⁷⁰ Ibid 2.

strany, pokud jde o zřizování, nabývání, rozšiřování, řízení, vedení, provoz a prodej nebo jiné nakládání s investicemi na jejím území;

2. Každá smluvní strana poskytne zahrnutým investicím zacházení, které není méně příznivé než zacházení, které za obdobných okolností poskytuje investicím investorů nesmluvní strany, pokud jde o zřizování, nabývání, rozšiřování, řízení, vedení, provoz a prodej nebo jiné nakládání s investicemi na jejím území;

3. Pro větší jistotu "zacházení" uvedené v odstavcích 1 a 2 tohoto článku nezahrnuje mechanismy řešení sporů, jako jsou mechanismy uvedené v části C, v jiných mezinárodních investičních smlouvách a jiných obchodních dohodách.¹⁷¹

Uvedené ustanovení upřesňuje povinnosti následovně – zahrnují zacházení s usazením a chování obecně. Jak je uvedeno výše, předchozí generace spojovaly doložku nejvyšších výhod s minimálními standardy zacházení. Je rovněž pozoruhodné, že ustanovení o doložce nejvyšších výhod výslovně vyloučilo ustanovení o řešení sporů. To je zjevně ovlivněno nedávnými spory o to, zda by ustanovení o urovnávání sporů byla přičítána na základě doložky nejvyšších výhod.

Národní režim zacházení je v této BIT zajímavý pro svou přesnost:

Článek 6

Národní režim zacházení

1. Každá smluvní strana poskytne investorům druhé smluvní strany zacházení, které není méně příznivé než zacházení, které za obdobných okolností poskytuje svým vlastním investorům, pokud jde o rozšiřování, řízení, vedení, provoz a prodej nebo jiné nakládání s investicemi na svém území;

2. Každá smluvní strana poskytne zahrnutým investicím zacházení, které není méně příznivé než zacházení, které za obdobných okolností poskytuje investicím svých vlastních investorů, pokud jde o rozšiřování řízení, vedení, provoz a prodej nebo jiné nakládání s majetkem.

investicemi na svém území;

3. Pojem „expanze“ v tomto článku se použije pouze s ohledem na odvětví, která nepodléhají předchozímu schvalovacímu procesu podle příslušných odvětvových pokynů a platných zákonů, nařízení a předpisů platných v době expanze. Rozšíření může podléhat předepsaným formalitám a dalším požadavkům na informace.¹⁷²

¹⁷¹ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (China – Kanada, 2012) 5

<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3476/download>> zpřístupněno 18. března 2024.

¹⁷² Ibid 5-6.

Konkrétně výslovné ustanovení ohledně přípustnosti předběžných formalit a požadavků na informace – opatření, která by mohla být zaměněna s regulačními omezeními, jež mohou porušovat dílčí práva udělená investorovi podle BIT.

Dohoda BIT Čína-Kanada obsahuje mimo upřesnění a vyjasnění výše uvedených standardních hmotněprávních ustanovení také některá nová hmotněprávní ustanovení. Jejich rozsah sahá od podrobností, jako jsou požadavky na státní příslušnost ve výkonných a správních funkcích, až po předpisy o přistěhovalectví. Některé z nich představují důležitá upřesnění, která předchozí vzory BIT neobsahovaly. Pokud jde o požadavky na výkon, BIT mezi Čínou a Kanadou zahrnuje odkaz na WTO o investičních opatřeních souvisejících s obchodem (TRIM). Tím je nejen zajištěna slučitelnost s WTO, ale strany se také podřizují již dohodnutým a známým pravidlům pro investice, bez ohledu na jejich sporadičnost.

V otázce ustanovení o vyvlastnění, pokud vznikne spor ohledně vyvlastněné investice, neposkytuje tato BIT lepší metodiku než předchozí modely, což je poměrně překvapivé. V případě opatření týkajících se vyvlastnění se však strany dohodly, že na konci přidají neurčité ustanovení obsahující jejich společnou dohodu o tom, co může představovat nepřímé vyvlastnění. Tento dodatek je stejně tak výrazem jejich ochoty ustoupit v obtížných otázkách, jako byla například neschopnost dohodnout se na definici nepřímého vyvlastnění.

BIT mezi Čínou a Kanadou obsahuje podrobná ustanovení o postoupení pohledávek, převodech, zdanění, odepření výhod, transparentnosti zákonů a předpisů a řešení sporů. Ustanovení o řešení sporů je podrobněji popsáno níže. Nejprve je však důležité zdůraznit ustanovení o odepření výhod vzhledem k tomu, že takové ustanovení se v čínských dvoustranných investičních dohodách obvykle nevyskytuje:

Článek 16¹⁷³

Nepřiznání výhod

1. Smluvní strana může kdykoli, a to i po zahájení rozhodčího řízení v souladu s částí C, odepřít výhody plynoucí z této dohody investorovi druhé smluvní strany, který je podnikem této druhé smluvní strany, a krytým investicím tohoto investora:

a) pokud investoři nesmluvní strany vlastní nebo kontrolují podnik a

b) popírající smluvní strana přijme nebo zachová opatření vůči nesmluvní straně: (i) která zakazují transakce s tímto podnikem; nebo

(ii) která by byla porušena nebo obcházena, pokud by byly podniku nebo jeho zahrnutým investicím poskytnuty výhody podle této dohody;

¹⁷³ Ibid 12.

2. Smluvní strana může kdykoli, a to i po zahájení rozhodčího řízení podle části C, odepřít výhody plynoucí z této dohody investorovi druhé smluvní strany, který je podnikem této druhé smluvní strany, a krytým investicím tohoto investora, pokud investoři nesmluvní strany nebo popírající smluvní strany vlastní nebo kontrolují podnik a podnik nevykonává podstatnou podnikatelskou činnost na území druhé smluvní strany, podle jejíhož práva byl založen nebo organizován;

3. Pro větší jistotu může smluvní strana odmítnout výhody plynoucí z této dohody podle odstavců 1 a 2 kdykoli, a to i po zahájení rozhodčího řízení podle části C.

Pravidlo výhod je obdobou pravidla původně z obchodního styku a jeho cílem je zabránit investorům nesmluvních států zneužívat výhod plynoucích z dvoustranné investiční dohody prostřednictvím ujednání, která obcházejí požadavky na způsobilost.

Podle tohoto pravidla lze výhody odepřít i po zahájení rozhodčího řízení. Toto ustanovení představuje nový doplněk v každé čínské BIT a pravděpodobně bude zdrojem sporů, podobně jako ustanovení o spravedlivém a nestranném rozhodování ve většině BIT, a to z důvodu rostoucí složitosti a používání Shell společností po celém světě.

4.2.1.2 Způsob řešení sporů

Jednoznačně nejvýznamnější změna, kterou BIT mezi Čínou a Kanadou zavádí, spočívá v neobvykle propracovaném ustanovení o řešení sporů mezi investorem a státem. Strany se v něm nejen zavazují k rozhodčímu řízení velmi specifickým způsobem a podle velmi specifických postupů. Ustanovení o urovnávání sporů zahrnuje články 19 až 32 a pokrývá téměř všechny aspekty procesu v neobvyklých podrobnostech až po procesní pravidla. Za pozornost stojí především to, že ustanovení zavádí zvláštní mechanismus urovnávání sporů pro finanční sektor, který je začleněn do hlavního mechanismu urovnávání sporů. Tímto mechanismem je mezinárodní rozhodčí řízení podle pravidel ICSID nebo ICSID Additional Facilities nebo podle pravidel UNCITRAL upravených pravidly BIT.

V každém případě zůstává na investorovi, zda a podle jakých pravidel předloží nárok k rozhodčímu řízení. Tato BIT, ačkoliv je moderní, se neodchyluje od tradičního pravidla, že investor může zahájit rozhodčí řízení, zatímco hostitelský stát nikoli. Některé modely, jako například model investiční smlouvy kanadské nevládní organizace Institut pro udržitelný rozvoj (dále jen „IISD“), stanoví právo hostitelského státu zahájit proti investorovi řízení pro porušení jeho povinností v rozhodčím řízení. Model IISD definuje povinnosti investora velmi podrobně v samostatných ustanoveních. Dalo se očekávat, že jako současná dohoda bude čínsko-kanadská BIT obsahovat alespoň některá z těchto ustanovení o odpovědnosti investora, ale strany se zřejmě buď nedokázaly dohodnout na těchto zásadách, nebo nepovažovaly za nutné tato ustanovení do

této BIT přidávat. Nový mechanismus ve vztahu k finančnímu sektoru je zásadní. Kombinuje arbitráž mezi státem a arbitráž mezi investorem a státem, přičemž řízení jednoho z nich informuje o druhém, nebo ho dokonce kontroluje. Pokud se předmět sporu týká přiměřených opatření, která jedna ze stran přijala v souvislosti s následujícími položkami, může stát vznést obranu proti nárokům investora na základě těchto opatření:

Část D

Článek 33

Obecné výjimky

3. Žádné ustanovení této dohody nesmí být vykládáno tak, že brání smluvní straně přijmout nebo zachovat přiměřená opatření z obezřetnostních důvodů, jako jsou např:

(a) ochrana vkladatelů, účastníků finančního trhu a investorů, pojistníků, pojištěných nebo osob, vůči nimž má finanční instituce fiduciární povinnost;

(b) zachování bezpečnosti, stability, integrity nebo finanční odpovědnosti finančních institucí a;

(c) zajištění integrity a stability finančního systému smluvní strany.¹⁷⁴

V daném případě musí tribunál pro spory mezi investorem a státem přesunout rozhodnutí o tom, zda lze taková opatření považovat za obranu, na jiný proces. Nejprve musí tribunál podle článku 20 (2) jednat následovně:

a) Pokud investor předloží rozhodčímu soudu nárok podle tohoto článku a smluvní strana ve sporu se odvolává na čl. 33 odst. 3, tribunál zřízený podle této části nemůže rozhodnout, zda a do jaké míry je čl. 33 odst. 3 platnou obranou proti nároku investora. O této otázce si vyžádá písemnou zprávu od smluvních stran. Soud mezi investorem a státem nesmí pokračovat v řízení, dokud neobdrží takovou zprávu nebo rozhodnutí rozhodčího soudu mezi státem a státem, pokud je takový rozhodčí soud mezi státem a státem zřízen.¹⁷⁵

Pokud se na věci shodnou a sepiší zprávu, je tato zpráva pro tribunál závazná v otázce, zda je obrana podle článku 33 odst. 3 platná. Tento systém jedinečným způsobem integruje rozhodčí procesy stát-stát a investor-stát.

Druhým důležitým rysem mechanismu řešení sporů zřízeného v rámci BIT mezi Čínou a Kanadou je hloubka pravidel pro výběr, kvalifikaci a jmenování rozhodců. Pravidla se věnují

¹⁷⁴ Ibid 22-23.

¹⁷⁵ Ibid 14.

takovým oblastem, jako je požadovaná odbornost v daném oboru a odměňování, a udělují výchozí jmenovací pravomoc generálnímu tajemníkovi ICSID.¹⁷⁶

Jako třetí rys obsahuje BIT také podrobná ustanovení o procesních záležitostech, které jsou obvykle ponechány institucionálním pravidlům, například o spojení případů,¹⁷⁷ o účasti třetích stran¹⁷⁸ a o předběžných zajišťovacích opatřeních.¹⁷⁹ BIT také obsahuje podrobná pravidla o přístupu veřejnosti k informacím o řízeních a nálezech.¹⁸⁰

BIT přijímá standardní pravidlo, že nálezy a řízení jsou veřejné, ale s širokými výjimkami pro důvěrné informace. Nicméně pokud hostitelský stát rozhodne, že je ve veřejném zájmu zveřejnit nejen nálezy, ale i všechna podání, budou tato podání zveřejněna, i přestože důvěrné informace budou zredukovány. BIT ponechává pravomoc určit, co je veřejný zájem, hostitelskému státu, zatímco tribunálu dává pravomoc určit, co jsou důvěrné informace. V případě, že rozhodnutí tribunálu o důvěrnosti informací je v rozporu se zákony hostitelského státu o svobodě informací, BIT jim přiznává přednost.

Čtvrtý výrazný prvek se týká povolení předkládat návrhy zúčastněným třetím stranám.¹⁸¹ Čínsko-kanadská BIT ve skutečnosti přidává k pravidlům pro řešení sporů propracovanou přílohu.¹⁸²

Článek 30

Rozhodné právo

- 1. Tribunál zřízený podle této části rozhoduje o sporných otázkách v souladu s touto dohodou a platnými pravidly mezinárodního práva, a pokud je to relevantní a vhodné, přihlíží k právu hostitelské smluvní strany. Výklad ustanovení této dohody provedený smluvními stranami je pro tribunál zřízený podle této části závazný a každé rozhodnutí podle této části musí být v souladu s tímto výkladem.¹⁸³*

Použití právních předpisů hostitelského státu je tedy vedlejší a podpůrné. Čínsko-kanadská BIT tak obrací role, které hrají mezinárodní a vnitrostátní právo v tradičních modelech BIT, a to i včetně různých generací čínských BIT. Ve skutečnosti čínsko-kanadská BIT nejenže staví mezinárodní právo nad vnitrostátní právo, ale omezuje aplikaci vnitrostátního práva na pouhou informační úroveň.

¹⁷⁶ Ibid 16-17.

¹⁷⁷ Ibid 17-18.

¹⁷⁸ Ibid 19.

¹⁷⁹ Ibid 20-21.

¹⁸⁰ Ibid 19-20.

¹⁸¹ Ibid 20.

¹⁸² Ibid 27-28.

¹⁸³ Ibid 20.

Závěrem je třeba uvést, že čínsko-kanadská dvoustranná obchodní dohoda vylučuje z uplatňování smlouvy poměrně velké množství oblastí. Konkrétně BIT Čína-Kanada nezahrnuje záležitosti týkající se kulturního průmyslu,¹⁸⁴ opatření týkající se životního prostředí,¹⁸⁵ finanční regulace,¹⁸⁶ měnové, úvěrové a kurzové politiky,¹⁸⁷ záležitosti týkající se národní bezpečnosti,¹⁸⁸ a regulaci přístupu k informacím.¹⁸⁹

4.2.1.3 Shrnutí

Čínsko-Kanadská BIT byla sjednána mezi rozvinutou ekonomikou Severu a druhou největší ekonomikou světa, která je však technicky stále považována za rozvojovou ekonomiku. Čínsko-kanadská BIT však není čínským vzorem BIT, ale vzorem kanadským. Čína přijala mnoho standardních kanadských ustanovení včetně definice investic a investorů. Čínsko-kanadská BIT obsahuje také propracované výjimky, které naznačují kompromisy v mnoha oblastech, a to včetně práva státu regulovat finanční trhy a životní prostředí. Obsahuje také ustanovení o transparentnosti, pokouší se definovat normy pro nepřímé vyvlastnění a bezprecedentním způsobem přepracovává ustanovení o řešení sporů. Vzhledem k tomu, že se jedná o dvoustrannou dohodu o investicích, která byla sjednána pravděpodobně mezi rovnocennými stranami s legitimním očekáváním podpory a vzájemné ochrany investic a s náležitým ohledem na udržitelnost, je dvoustranná dohoda o investicích mezi Čínou a Kanadou vzorem, který by Čína měla s určitými úpravami v jednotlivých případech zvážit přijmout vůči africkým státům. Následující podkapitola se zabývá důsledky pro Afriku.

4.2.2.1 Čínsko-tanzanská BIT

Čínsko-tanzanská BIT byla podepsána 24. března 2013.¹⁹⁰ Téměř se nepřibližuje k čínsko-kanadské BIT, ale podobá se spíše BIT, které Čína sjednala v roce 2000. Nicméně najdeme zde některé pozoruhodné rozdíly v definování cílů, hmotněprávních závazků a řešení sporů. Ty jsou popsány níže.

¹⁸⁴ Ibid 22.

¹⁸⁵ Ibid 22.

¹⁸⁶ Ibid 22.

¹⁸⁷ Ibid 23.

¹⁸⁸ Ibid 23.

¹⁸⁹ Ibid 23-24.

¹⁹⁰ Agreement between the government of the people's Republic of China and the government of the United Republic of Tanzania concerning the promotion and reciprocal protection of the investments, (2013, China - United Republic of Tanzania BIT) < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5488/download> > zpřístupněno 19. března 2024.

4.2.2.2 Hmotněprávní úprava

V preambuli čínsko-tanzanské dvoustranné obchodní dohody jsou takto uvedeny politické cíle:

Vláda Čínské lidové republiky a vláda Sjednocené republiky Tanzanie (dále jen „smluvní strany“); s úmyslem vytvořit příznivé podmínky pro investice investorů jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany;

uznávající, že vzájemná podpora, propagace a ochrana takových investic na základě rovnosti a vzájemného prospěchu přispěje ke stimulaci podnikatelské iniciativy investorů a zvýší hospodářskou prosperitu obou států;

respektující hospodářskou svrchovanost obou států;

povzbuzování investorů k dodržování sociální odpovědnosti podniků a

přání zintenzivnit spolupráci mezi oběma státy, podpořit zdravý, stabilní a udržitelný hospodářský rozvoj a zlepšit životní úroveň občanů.¹⁹¹

V porovnání s čínsko-kanadskou BIT jsou v ní určité odchylky, a to zejména v části, která říká, že „podporuje zdravý, stabilní a udržitelný hospodářský rozvoj a zlepšuje životní úroveň občanů.“¹⁹² Rovněž je důležité poznamenat, že i přes prohlášení, podle kterého je hlavní politikou, o kterou se opírá, vzájemná podpora, propagace a ochrana investic, je tok investic stále, stejně jako v severoafrických vztazích, jednosměrný. Definice investice je v podstatě převzata ze starého čínského pojmu s upřesněním týkajícím se peněžních nároků:

Článek 1

Definice

Aby se předešlo pochybnostem, peněžité nároky uvedené v odst. 1 písm. c) tohoto článku nezahrnují a) peněžité nároky, které vyplývají pouze z obchodních smluv o prodeji zboží nebo služeb občanem nebo podnikem na území druhé smluvní strany, nebo b) peněžité nároky, které vyplývají z manželství nebo dědictví a které nemají povahu investice.¹⁹³

Pravidlo podle bodu a), který výslovně vylučuje peněžní nároky z čistě obchodního prodeje zboží, je běžným pravidlem zakotveným v čínsko-kanadské BIT a dalších BIT, jakožto i v jiných investičních smlouvách, jako je například NAFTA. Pravidla podle bodu b) týkající se manželství a dědictví jsou však poměrně nová a jsou možná specifická pro čínsko-tanzanské vztahy. Zajímavé by bylo prozkoumat, zda se jedná o rostoucí fenomén, který signalizuje významné mezilidské vztahy do té míry, že si tyto otázky zasloužily zvláštní zmínku ve smlouvách.

¹⁹¹ Ibid 1.

¹⁹² Ibid 1.

¹⁹³ Ibid 2.

Čínsko-tanzanská BIT definuje pojem „investor“¹⁹⁴ stejným způsobem jako BIT starší generace. Na rozdíl od čínsko-kanadské BIT¹⁹⁵ nezahrnuje čínsko-tanzanská BIT omezení definice pouze na státní příslušníky.

Ačkoliv se zdá, že obsah je víceméně stejný jako u výše uvedeného modelu druhé generace, čínsko-tanzanská BIT přidává výjimku:

Článek 3

Národní režim zacházení

1. Aniž jsou dotčeny platné právní předpisy, každá smluvní strana poskytne investorům druhé smluvní strany a jejich přidruženým investicím, pokud jde o provoz, řízení, údržbu, užívání, využívání, prodej nebo nakládání s investicemi na svém území, zacházení ne méně příznivé, než jaké poskytuje svým vlastním investorům a přidruženým investicím za obdobných okolností.

2. Každá smluvní strana může v souladu se svými zákony a předpisy poskytovat pobídky nebo preference svým občanům za účelem rozvoje a stimulace místního podnikání za předpokladu, že tato opatření nebudou mít významný vliv na investice a činnosti investorů druhé smluvní strany.¹⁹⁶

Oba odstavce ponechávají hostitelskému státu značný prostor pro omezení režimu národního zacházení prostřednictvím zákonů a nařízení. První odstavec podřizuje pravidlo platným zákonům a předpisům, zatímco druhý odstavec umožňuje preferenční zacházení se státními příslušníky, pokud tyto pobídky „za předpokladu, že tato opatření nebudou mít významný vliv na investice a činnosti investorů druhé smluvní strany“¹⁹⁷ investice investora. Dochází tak k výraznému ústupu od zavedeného ustanovení o národním zacházení. Není pochyb o tom, že toto ustanovení bylo do dohody vloženo, aby se vyhovělo požadavkům Tanzanie, která je hlavním příjemcem investic. Skutečnost, že Čína souhlasila s tímto ústupkem, je pozoruhodná vzhledem k tomu, že obavy Tanzanie a její přání zvýhodnit některá místní průmyslová odvětví bylo možné nejnázne řešit v době přijetí investice a jinými prostředky, které se řídí velmi dobře zavedenou zásadou vzájemného zacházení.

¹⁹⁴ Ibid 2.

¹⁹⁵ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (China – Kanada, 2012) 2
<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3476/download>> zpřístupněno 19. března 2024.

¹⁹⁶ Agreement between the government of the people's Republic of China and the government of the United Republic of Tanzania concerning the promotion and reciprocal protection of the investments, (2013, China - United Republic of Tanzania BIT) 3-4< <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5488/download>> zpřístupněno 19. března 2024.

¹⁹⁷ Ibid 4.

Ustanovení o doložce nejvyšších výhod je standardní a neobsahuje žádné významné změny. V souladu s nejnovějšími vzory se ustanovení o doložce nejvyšších výhod nevztahuje na ustanovení o řešení sporů. Ustanovení o spravedlivém a rovném zacházení však obsahuje některé zvláštní a nejasné dodatky:

Článek 5

Spravedlivé a rovné zacházení

- 1. Každá smluvní strana zajistí, aby investorům druhé smluvní strany a přidruženým investicím na jejím území poskytovala spravedlivé a rovné zacházení a plnou ochranu a bezpečnost.*
- 2. Spravedlivé a rovnocenné zacházení znamená, že investorům jedné smluvní strany nesmí být druhou smluvní stranou odepráno spravedlivé soudní řízení ani s nimi nesmí být zacházeno se zjevně diskriminačními nebo svévolnými opatřeními.*
- 3. Plná ochrana a bezpečnost vyžaduje, aby smluvní strany při plnění povinnosti zajistit ochranu a bezpečnost investic přijaly přiměřená a nezbytná policejní opatření. Za žádných okolností to však neznamená, že by se investorům mělo dostat příznivějšího zacházení než státním příslušníkům smluvních stran. Smluvní strany, na jejímž území byla investice uskutečněna.*
- 4. Zjištění, že došlo k porušení jiného článku této dohody nebo článku jiné dohody, nepředstavuje porušení tohoto článku.¹⁹⁸*

Význam, který BIT mezi Čínou a Tanzánií dává pojmům spravedlivé a rovné zacházení a plná ochrana a bezpečnost, se zdá být neobvyklý a velmi specifický pro tuto konkrétní BIT. Kategoricky spojuje definici spravedlivého a rovného zacházení se spravedlivým soudním řízením. To je velmi zvláštní vzhledem k tomu, že jediným okamžikem, kdy by se spory mohly dostat k soudnímu řízení, je případ, kdy se tak investor rozhodne učinit podle níže uvedených ustanovení o řešení sporů.

Čínsko-kanadská dvoustranná obchodní dohoda naproti tomu vyjadřuje koncept spravedlivého a rovného zacházení takto:

Článek 4

Minimální standard zacházení

- 1. Každá smluvní strana poskytne zahrnutým investicím spravedlivé a rovné zacházení a plnou ochranu a bezpečnost v souladu s mezinárodním právem.*

¹⁹⁸ Ibid.

2. Pojmy "spravedlivé a rovnocenné zacházení" a "plná ochrana a bezpečnost" uvedené v odstavci 1 nevyžadují zacházení navíc nebo nad rámec toho, které je vyžadováno mezinárodněprávním minimálním standardem zacházení s cizinci, jak vyplývá z obecné praxe státu uznávané jako zákon.

3. Zjištění, že došlo k porušení jiného ustanovení této dohody nebo samostatné mezinárodní dohody, neznamena, že došlo k porušení tohoto článku.¹⁹⁹

To se obecně chápe jako plná ochrana a bezpečnost, nicméně ustanovení o spravedlivém a rovném zacházení v čínsko-tanzanské BIT se neodvolává na mezinárodní standardy a omezuje se na fyzickou ochranu tím, že ji spojuje s policejní akcí, což se v tomto ohledu zdá být zvláštní. Ustanovení o vyvlastnění není ničím překvapivé, vyjma doplnění moderní definice nepřímého vyvlastnění, která je podobná definici nepřímého vyvlastnění ve dvoustranné obchodní dohodě mezi Čínou a Kanadou.

4.2.2.3 Způsob řešení sporů

Ustanovení o řešení sporů je rovněž nevyrazné. Dává investorovi čtyři možnosti: vnitrostátní soudní spor v hostitelském státě, arbitráž ICSID, rozhodčí řízení ad hoc podle pravidel UNCITRAL a rozhodčí řízení ad hoc podle jakýchkoli jiných dohodnutých pravidel. Hostitelský stát si ponechává právo požadovat vyčerpání místních správních opravných prostředků předtím, než může investor uplatnit právo obrátit se na mezinárodní rozhodčí řízení.

Ustanovení o volbě hmotného práva je důležité zdůraznit. Až na jednu výjimku se řídí ustanoveními BIT a pravidly mezinárodního práva. Výjimka se týká smluvních závazků – „každá smluvní strana dodržuje veškeré písemné závazky ve formě dohody nebo smlouvy, které případně uzavřela s investory druhé smluvní strany v souvislosti s jejich investicemi.“²⁰⁰

Spory týkající se písemných závazků podléhají:

Článek 13

Řešení sporů mezi investory a jednou smluvní stranou

6. Pokud se nárok týká porušení článků 2 až 9, rozhodne soud o sporných otázkách v souladu s touto dohodou a platnými pravidly mezinárodního práva.

7. Pokud se nárok týká porušení odstavce 2 článku 14, použije tribunál:

¹⁹⁹ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (China – Kanada, 2012) 4-5

<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3476/download>> zpřístupněno 19. března 2024.

²⁰⁰ Agreement between the government of the people's Republic of China and the government of the United Republic of Tanzania concerning the promotion and reciprocal protection of the investments, (2013, China - United Republic of Tanzania BIT) 11 < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5488/download>> zpřístupněno 19. března 2024.

(a) právní normy, na kterých se mohou dohodnout strany sporu, nebo

(b) pokud právní normy nebyly dohodnuty:

(i) právo smluvní strany, v níž byla investice uskutečněna, včetně jejích kolizních norem, a

(ii) pravidla mezinárodního práva, která se mohou použít.²⁰¹

Význam by tato výjimka měla pouze v případě, že by se investor rozhodl podat žalobu na porušení dohody, a nikoliv žalobu na porušení smlouvy, nebo možná obě žaloby, pokud by to za daných okolností dávalo smysl. V každém případě je výchozí volbou mezinárodní právo s výjimkou smluvních žalob. Ustanovení o opravných prostředcích je poměrně nepřesné:

Článek 13

Řešení sporů mezi investory a jednou smluvní stranou

7. Pokud se strany sporu nedohodnou jinak, může soud v případě, že rozhodčí nález potvrzuje, že smluvní strana porušila své povinnosti vyplývající z této dohody, rozhodnout pouze samostatně nebo v kombinaci:

(a) peněžní náhradu škody a případné úroky;

(b) navrácení majetku; v takovém případě může nález místo navrácení majetku stanovit peněžní náhradu škody a odpovídající úroky.²⁰²

Nápravnými opatřeními jsou náhrada škody nebo restituce. Ustanovení o restituci je neurčité – dává rozhodujícímu orgánu možnost rozhodnout o náhradě škody místo restituce. Lze jej interpretovat tak, že umožňuje konkrétní nebo nucené plnění vůči hostitelskému státu, pokud se rozhodující orgán nerozhodne místo toho přiznat náhradu škody.

4.2.2.4 Shrnutí

Navzdory tomu, že obsahuje některá současná ustanovení týkající se například nepřímého vyvlastnění a environmentálních předpisů, zůstává rozhodně v souladu s modelem, který Čína používala v roce 2000.

Z výše uvedené analýzy vyplývá, že je obtížné klasifikovat čínsko-tanzanskou dvoustrannou investiční dohodu jako severojižní nebo jižní. Ačkoli je Čína zjevně silnější stranou, nezdá se, že by v BIT s Tanzanií využila svého nadřazeného hospodářského postavení. Dokonce se ukazuje, že některá přidaná ustanovení byla nedůkladně zvažena. Ve skutečnosti by dokonce mohly existovat určité mechanické nedostatky, například v definici spravedlivého a rovného zacházení a rovněž v ustanoveních o ochraně a bezpečnosti.

²⁰¹ Ibid 9-10.

²⁰² Ibid 10.

4.3 Důsledky pro Afriku

Jak je uvedeno výše, čínsko-kanadská BIT je kanadským, nikoli čínským modelem. Přijetí kanadského modelu BIT Čínou je signálem přinejmenším dvou skutečností:

- (1) uznání nedostatečnosti různých způsobů dvoustranných obchodních dohod, které používala v minulosti;
- (2) její ochotu učinit kompromis v některých otázkách včetně definice investice a investora, přístupu k informacím a řešení sporů.

Zdá se však, že BIT mezi Čínou a Kanadou je stejně tak o ochotě stran odložit dohodu o určitých záležitostech jako o jejich skutečných dohodách.²⁰³

Kanada a Čína se naopak dokázaly dohodnout v takových oblastech, jako jsou definice investice, standardy zacházení včetně standardů vyvlastnění a stanovení nepřímého vyvlastnění, standardy kompenzací a především propracované mechanismy řešení sporů. Čína projevila ochotu se k těmto zásadám přihlásit, přinejmenším pokud jde o její vztahy s Kanadou. Technicky od nynějška nebude nic bránit uplatňování těchto zásad vůči africkým státům v rozsahu, v jakém je třeba obnovit staré dvoustranné investiční dohody a uzavřít nové dvoustranné investiční dohody. Na základě toho, že Čína žádný ze svých modelů striktně nepoužívala, je však obtížné s jistotou říci, zda je dvoustranná investiční dohoda s Kanadou novým modelem, který je Čína ochotna používat ve svých vztazích s jinými státy, nebo zda je ojedinělá. Na druhou stranu souhlas Číny s některými otázkami, jako je mezistátní právo jako hmotněprávní pravidlo rozhodování, signalizuje rozhodnutí přijmout koncepty mezinárodního práva přinejmenším v principu.

Otázka, zda je kanadský model vhodným modelem pro Afriku, je však z několika důvodů sporná. Ačkoliv je jeho teoretickým základem udržitelný rozvoj, formulace pravidel, která tento cíl dále podporují, není dostačující. Vzhledem k době, kdy byl tento model podepsán a ratifikován, se zdá, že odmítá progresivnější modely. Například model IISD, který obsahuje mnohem více ustanovení zaměřených na podporu udržitelného rozvoje. Model Čína-Kanada by sice mohl sloužit jako dobrý výchozí bod pro budoucí dvoustranné investiční dohody mezi Čínou a Afrikou nebo pro úpravu těch stávajících, je však třeba zohlednit některá důležitá ustanovení, která nejsou ve dvoustranné investiční dohodě mezi Čínou a Kanadou obsažena. Tato témata jsou nejlépe vyjádřena v modelu IISD. Níže jsou stručně uvedena zvolená potřebná ustanovení.

²⁰³ Won Kidane, *China's Bilateral Investment Treaties with African States in Comparative Context* (2016) Cornell International Law Journal, Vol. 49 (2016) 169 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847800> zpřístupněno 20. března 2024.

4.3.1 Ochrana životního prostředí

Současný stav hospodářských vztahů mezi Čínou a Afrikou se zjevně podobá vztahům mezi Spojenými státy a Čínou, jež se v posledních třech až čtyřech desetiletích vyznačovaly přesunem výrobních odvětví potenciálně škodlivých pro životní prostředí do Číny.

Vzhledem k tomu, že Čína dosáhla obrovského hospodářského pokroku, který zvýšil životní úroveň jejího obyvatelstva, trendem je nyní přesun ekologicky náročného zpracovatelského průmyslu z Číny do Afriky.

Přemístění jakéhokoli průmyslového odvětví do Afriky sice představuje pro Afriku pozitivní ekonomický vývoj, ale k omezení jeho nepříznivých dopadů na životní prostředí by bylo možné využít ustanovení investičních smluv. BIT mezi Čínou a Kanadou ustoupila domácím zákonům, aniž by navrhla společné standardy, nebo dokonce předepsala minimální normy. Pro Čínu a Afriku je důležité dohodnout se na určitých základních environmentálních standardech, které musí investoři v hostitelské zemi dodržovat.

4.3.2 Pracovněprávní standardy

Jednou z konkurenčních výhod Afriky, která je lákadlem pro čínské společnosti, je cena pracovní síly. Průmyslová odvětví, která Čína v Africe zakládá, jsou obvykle náročná na pracovní sílu. Pro úspěch investice je tedy klíčové řízení pracovních vztahů. Dohodnout se na minimálních pracovních standardech je nezbytné zejména pro Afriku vzhledem ke stavu hospodářského rozvoje a pracovních podmínek v mnoha jejích zemích.

4.3.3 Korporátní odpovědnost

Čínské společnosti v Africe mají různé tvary a velikosti. Mimo to se za čínské společnosti mohou vydávat i fiktivní společnosti s nulovým nebo nominálním vztahem k Číně a pokoušet se získat ekonomické výhody. Riziko zneužití zranitelných a ekonomicky znevýhodněných skupin obyvatelstva je velmi vysoké, proto je nezbytné stanovit určité minimální standardy pro sociální odpovědnost podniků. Relevantní jsou opět příslušná ustanovení modelu IISD.

4.3.4 Korupce

Korupce je vážným problémem v Číně i v mnoha afrických státech. V současné době jsou definovány právní normy společné pro Čínu i Afriku. Tyto normy jsou začleněny do Úmluvy OSN

proti korupci.²⁰⁴ Důležitý je odkaz na tyto všeobecně dohodnuté zásady v investičních smlouvách s náležitým ohledem na specifické okolnosti každé smluvní strany.

4.3.5 Řešení sporů a postavení hostitelského státu

Urovnávání sporů mezi investorem a státem je mechanismus, který je v zásadě určen k tomu, aby investorovi poskytl možnost napadnout zákonnost jednání hostitelské země nebo požadovat náhradu za kompenzovatelná porušení. Taková mezinárodní právní úprava je považována za nezbytnou z důvodu obav, že by domácí právní proces byl pro investora nedostatečný nebo nespravedlivý. Vyspělejší severské ekonomiky vždy trvaly na mechanismu mezinárodního řešení sporů kvůli údajným nedostatkům domácích soudů v rozvojových zemích, které jsou často považovány za zkorumpované, zaujaté, neefektivní nebo závislé na výkonné moci. Tato filozofie podceňuje pravomoci severských korporací a přeceňuje pravomoci a diskreční pravomoci vlád rozvojových zemí.²⁰⁵

Ustanovení o urovnávání sporů obsažená ve většině dvoustranných investičních dohod v podstatě přenášejí odpovědnost za údajné problémy vnitrostátních soudů, zejména za předpokládanou podjatost, na hostitelský stát tím, že vytvářejí mezinárodní mechanismus, který strukturálně omezuje možnosti hostitelského státu vést soudní řízení. Bez podrobného rozvedení problémů s podjatostí, s nimiž se rozvojové hostitelské státy pravidelně potýkají u mezinárodních rozhodčích soudů, je odepření přístupu k soudu nebo žalobní legitimace klíčovým rysem tradičních dvoustranných investičních dohod. Čína a její různé africké protějšky rovněž přijaly systém, který jedné ze stran nabízí přístup k rozhodčímu řízení, zatímco druhé straně jej odpírá. Model IISD tento problém řeší. Příslušné ustanovení modelu IISD je příkladné. Jeho příslušná část zní:

Článek 44: Postup při zrušení práv investora/investičních práv

(A) V případě sporu mezi smluvní stranou a investorem nebo investicí týkajícího se zrušení práv uvedeného investora nebo investice podle článku 18 této dohody a tento spor nebyl vyřešen na základě úsilí vynaloženého v dobré víře v souladu s článkem 42, může smluvní strana zahájit rozhodčí řízení v souladu s pravidly této dohody, včetně přílohy

²⁰⁴UNGA res 58/4 (31 October 2003) <

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf> zpřístupněno 20. března 2024.

²⁰⁵ Won Kidane, China's Bilateral Investment Treaties with African States in Comparative Context (2016) Cornell International Law Journal, Vol. 49 (2016) 173 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847800> zpřístupněno 20. března 2024.

*A této dohody, která se obdobně použije v kontextu sporu mezi státem a investorem/investicí.*²⁰⁶

Model IISD předpokládá, že práva a povinnosti jsou vzájemné a že zrušení povinností investorem je stejně tak žalovatelné.

Možnost hostitelského státu účastnit se mezinárodního rozhodčího řízení má více než jen teoretický význam vzhledem k pravděpodobně lepší vymahatelnosti mezinárodních rozhodčích nálezů ve srovnání s vnitrostátními soudními rozhodnutími, ať už prostřednictvím úmluvy ICSID nebo jiného ujednání. Mezinárodní smlouvy zahrnující zahraniční investory každopádně často stanoví mezinárodní rozhodčí řízení, aniž by omezovaly přístup pouze na jednu ze stran. Omezení přístupu na investora ignoruje reciproční závazky a výhody mezinárodního rozhodčího řízení pro hostitelské státy. V tomto ohledu jsou ustanovení o řešení sporů obsažená v tradičních dvoustranných investičních dohodách zastaralá.

Dosud neexistují dostatečné důkazy o tom, že Čína systematicky využívá dvoustranné investiční dohody k jednosměrné ochraně svých hospodářských zájmů vůči Africe. Zdá se totiž, že Čína toto dilema řeší mlčením. Ačkoliv některé z BIT mají znaky tradičních severo-j jižních BIT, neexistují žádné důkazy o tom, že Čína systematicky využívá BIT k účelovému prosazování určité hospodářské agendy v Africe. Starší dvoustranné investiční dohody, jako je čínsko-ghanská dohoda,²⁰⁷ nevypovídají o ničem uceleném. Nedávná dvoustranná investiční dohoda mezi Čínou a Kanadou²⁰⁸ je pouze kanadským modelem, který Čína přijala s některými pozoruhodnými dodatky, které sama mohla navrhnout. Lze tedy konstatovat, že pokud jde o modernizaci dvoustranných investičních dohod s Afrikou, je mlčení Číny nápadné.

²⁰⁶ Mann Howard, Moltke Konrad, Peterson Luke Eric, Cosbey Aaron, IISD Model International Agreement on Investment for sustainable development (IISD, 2006 second edition) 59 <https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_model_int_handbook.pdf> zpřístupněno 20. března 2024.

²⁰⁷ Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the republic of Ghana concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (China – Ghana, 1989) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/737/download>> zpřístupněno 20. března 2024.

²⁰⁸ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (China – Kanada, 2012) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3476/download>> zpřístupněno 20. března 2024.

Závěr

Jaké závěry lze vyvodit z předchozí analýzy dvoustranných investičních dohod mezi Čínou a Afrikou? Jaké jsou rysy africko-čínských BIT a jsou tyto smlouvy srovnatelné se smlouvami, jež Čína uzavírá ve vztazích jih-sever?

BIT jsou klíčovou součástí otevřeného a efektivního mezinárodního ekonomického systému, zároveň jsou jedním z nejdůležitějších stimulů rozvoje pro nevyspělé státy. Na druhou stranu jsou však zdrojem mnoha kontroverzí.

Řada čínsko-afrických dvoustranných investičních dohod není veřejně dostupná, což znesnadňuje vyvození obecných závěrů o vzorcích a obsahu těchto smluv. Obecně lze konstatovat, že dostupné smlouvy vykazují jak společné rysy, tak rozdíly. Společné rysy se objevují i v konkrétních smluvních ustanoveních. Čínsko-africké dvoustranné investiční dohody jsou obecně vzato založeny na ustanoveních, která se běžně používají v investičních smlouvách na celém světě. Všechny přezkoumávané smlouvy obsahují široké definice chráněných investic založené na neúplném seznamu aktiv. Obsahují také ustanovení, která vyžadují, aby státy poskytly „spravedlivé a rovné zacházení“ nebo stanovily podmínky pro zákonnost vyvlastnění, přesto jsou v některých ustanoveních smluv významné rozdíly v jejich znění, které patrně částečně vyplývají z doby vyjednávání.

Jedním z charakteristických rysů čínských smluv o investicích s africkými zeměmi i mimo ně je jejich rozmanitost. Dle zjištění práce to částečně odráží změny v čínské politice v oblasti dvoustranných investičních dohod. Společné rysy mezi dvoustrannými investičními dohodami mezi Čínou a Afrikou mohou naznačovat, že africké státy byly při vyjednávání smluv převážně v roli příjemce pravidel, bližší pohled na smlouvy poskytuje důkazy o zprostředkování i ze strany afrických států.

V porovnání s mnoha smlouvami sever-jih se zdá, že jejich formulace umožňuje větší respektování vnitrostátních předpisů. Africko-čínské BIT se v některých ohledech liší od vzorových dvoustranných investičních dohod používaných západními státy, nejsou však výrazně odlišné od ustanovení africko-severoafriických dvoustranných investičních dohod. Čínsko-africké dvoustranné investiční dohody jsou založeny na reciprocitě a jsou zaměřeny na poskytování maximální ochrany investorům.

Širší poučení spočívá v tom, že navzdory rétorice o vzájemném prospěchu a výsledcích výhodných pro obě strany, která prostupuje diskurzem o spolupráci jih-jih, se nezdá, že by BIT jih-jih nabízely odlišný právní rámec pro BIT. Ochrana investic je hlavním, ne-li výlučným cílem

smluv: Všechny přezkoumávané čínsko-afričké dvoustranné investiční dohody mají za cíl podpořit investiční toky zmírněním politického rizika.

Rapidní, ale nedostatečný pokrok Číny mate. Ačkoliv je Čína stále považována za rozvojovou zemi, má větší ekonomickou sílu než většina vyspělých zemí. Dnešní čínsko-afričský režim BIT je zastaralý, jak je patrné z výše uvedených příkladů.

Ačkoliv některé nedávné BIT vykazují znaky nového modelu konkrétně v případě Tanzanie, nestačí tyto důkazy k závěru, že by se Čína se smlouvami uzavíranými s nerozvinutými státy přibližovala k smlouvám, které uzavírá s rozvinutými státy, což práce demonstrovala na příkladu BIT Čína-Kanada.

Čína a afričké státy proto musí zvážit nové sjednání investičních dohod. Pokud jde o hmotněprávní ustanovení i ustanovení o urovnávání sporů, vyjednávání musí vycházet ze současných modelů včetně kanadského modelu BIT pro kontext, dále především z modelové BIT IISD.²⁰⁹ Vzhledem k tomu, že čínské investice v Africe nabývají na rozsahu a složitosti a některé afričké státy rovněž zvažují investice v Číně nebo alespoň v čínských zájmech, je zdokonalení investičního režimu klíčové pro růst podnikání a dosažení žádoucího cíle udržitelného rozvoje jak v Číně, tak v Africe.

²⁰⁹ Won Kidane, *China's Bilateral Investment Treaties with African States in Comparative Context* (2016) *Cornell International Law Journal*, Vol. 49 (2016) 176 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847800> zpřístupněno 20. března 2024.

Seznam zkratk

IIA – Mezinárodní investiční smlouvy
ICSID – Mezinárodní středisko pro řešení investičních sporů
IMF – Mezinárodní měnový fond
WB – Světová banka
BIT – Dvoustranná investiční dohoda
ISDS – Spor mezi investorem a státem
GATT – Všeobecná dohoda o clech a obchodu
FIRA – Canada-Foreign Investment Review (přehled zahraničních investic v Kanadě)
OECD – Organizace pro mezinárodní hospodářskou spolupráci a rozvoj
OSN – Organizace spojených národů
UNCTAD – Konference OSN o obchodu a rozvoji
LAT – Doktrína žijeme spolu, ale odděleně
ICJ – Mezinárodní soudní dvůr
ICC – Mezinárodní obchodní komora
UNCITRAL – Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo
WTO – Světová obchodní organizace
GATS – Všeobecná dohoda o obchodu se službami
TRIMs – Dohody o obchodních aspektech investičních opatření
WGTI – Pracovní skupina pro vztah mezi obchodem a investicemi
NAFTA – Severoamerická dohoda o volném obchodu
MAI – Mnohostranná dohoda o investicích
EPA – Dohoda o hospodářském partnerství
ASEAN – Sdružení národů jihovýchodní Asie
ECT – Dohoda o energetické chartě
DPH – Daň z přidané hodnoty
FOCAS – Fórum o spolupráci mezi Afrikou a Čínou
SADS – Jihoafrické rozvojové společenství
IISD – Institut pro udržitelný rozvoj
CFIUS – Specializovaný výbor pro zahraniční investice

Seznam použitých zdrojů

1. Seznam použité judikatury

Salini construction and ItalsTrade S.P.A. v. Kingdom Morocco, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Case No. ARB/00/4 (2001)

Tokios Tokelés vs. Ukrajina, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Case No. ARB/02/18 (2007)

Siemens AG v. The Argentine Republic ICSID Case No. ARB/02/08 102 (2007)

Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration UN 3467 (2003)

Plama Consortium v. Republic of Bulgaria, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Case no. ARB/03/24 (2005)

Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Case no. ARB/97/7 (2000)

¹Mondev International LTD. v United States of America, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Case no. ARB(AF)/99/2 (2002)

ADF Group INC. V United States of America, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Case No. ARB(AF)/00/1 (2003)

Glamis Gold Ltd. v. United States of America, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (2009)

Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Case No. ARB/05/17 (2008)

Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Case No. ARB/05/17 (2008)

National Grip P.L.C. v. Argentine Republic, IN THE MATTER OF AN UNCITRAL ARBITRATION Case no. Case 1:09-cv-00248-RBW (2008)

Saluka Investments v. The Czech Republic, THE MATTER OF AN ARBITRATION UNDER THE UNCITRAL ARBITRATION RULES 1976 (2006)

Noble Ventures, Inc. v Romania, International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/01/11 (2005)

Asian Agricultural v Republic of Sri Lanka, International Centre for the Settlement of Investment Disputes (Case no. ARB/87/3) (2000)

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines, INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Case No. ARB/02/6 (2004)

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES CASE No. ARB (AF)/00/2 (2003)

COMPAÑÍA DEL DESARROLLO DE SANTA ELENA, S.A. v. THE REPUBLIC OF COSTA RICA, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES CASE No. ARB/96/1 (2000)

Dohoda mezi Pákistánem a Spolkovou republikou Německo o podpoře a vzájemné ochraně investic, č. 6575 (1959)

2. Seznam použitých právních předpisů

UNGA RES 1710 (XVI) (1961)

UNGA RES 1803 (XVII) (1962)

UNGA RES 3201 (S-VI) (1974)

UNGA res 58/4 (2003)

UNTS 8359 Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States (1966)

Draft Úmluvy o ochraně zahraničního majetku, 189/77 (1967)

The General Agreement on Trade and Services (2013)

Agreement on Trade Related Investment Measures TRIMs (WTO, 1995)

Agreement on Trade Related Investment Measures (WTO, 2024)

Agreement on Trade Related Investment Measures TRIMs (World Trade Organization, 1995)

Multilateral Agreement on investment DAFNE/MAI (98)9/FINAL (1998)

Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (2020)

Free Trade Agreement between Canada and the United States of America 27 ILM 281 (1988)

Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the United States and Israel (1985)

Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the United States and Jordan (2001)

Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the United States and Bahrain (2006)

Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the United States and Chile (2004)

Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the United States and Singapore (2004)

UNCTAD, Lesson from MAI, UNCTAD/ITE/IIT/MISC 22 (1999)

Energy Charter Treaty AF/EECH 34 ILM 373 (1994)

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ICSID/15 (2006)

Dohoda mezi Českou republikou a Argentinskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic 297/1998 (1996)

Treaty between the government of the United States of America and the government of (country) concerning the encouragement and reciprocal protection investment (2012)

ILC, Draft Articles on most-favourite-nation clauses with commentaries (1978)

Model Agreement between Canada and (other state) for the promotion and protection of investments (Model FIPA, 2021)

Foreign Trade Information System, North American Free Trade Agreement (SICE, 2022)

Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the republic of Ghana concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (China – Ghana, 1989)

Agreement between the government of the federal democratic republic of Ethiopia and the government of the people's republic of China concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (China – Ethiopia, 1998)

Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the the Federal Republic of Nigeria for concerning the reciprocal promotion and protection of investments (China – Nigeria, 2001)

Agreement between the government of the Republic of Botswana and the government of the People's Republic of China (China – Botswana, 2000)

Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Benin (China – Benin, 2004)

Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United Republic of Tanzania concerning the promotion and reciprocal protection of investments (China – Tanzania, 2013)

Agreement for cooperation and investment facilitation between the Government of the Federal Republic of Brazil and the government of the Republic of Angola (Brazil – Angola, 2015)

Agreement for cooperation and investment facilitation between the Government of the Federal Republic of Brazil and the government of the Republic of Mozambique (Brazil – Mozambique, 2015)

Model text for Indian Bilateral Investment Treaty (India – State, 2015)

SADC, Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary (Southern African Development Community, 2012)

Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Madagascar for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (China – Madagascar, 2005)

Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of South Africa concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (China - South Africa, 1997)

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (China – Kanada, 2012)

Nariadení 2013/36/EU Evropského Parlamentu a Rady ze dne 26 června 2013 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o obezřetnostním dohledu nad úvěrovými institucemi a investičními podniky, o změně směrnice 2002/87/ES a o zrušení směrnic 2006/48/ES a 2006/49/ES

3. Seznam použité literatury

Baetens Freya, Investment Law within International Law (2013, Cambridge University Press)

Malanczuk Baetens, AKEHURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW (sedmé vydání 1997, Routledge)

Šturma Pavel, Balaš Vladimír, Mezinárodní ekonomické právo (druhé vydání 2013, C.H.BECK)

Herdegen Matthias, Principles of International Economic Law (první vydání 2013, OXFORD university press)

Muchlinski Petr, The Oxford Handbook of international Investment Law (2012, Oxford)

Kunešová Hana, Světová ekonomika – nové jevy a perspektivy. 3. vydání (vydáno 3.4.2014, C.H.Beck) 63.

OECD, Fair and Equitable Treatment Standart in International Investment Law, (2004/03, OECD Publishing)

Howard Mann, Moltke Konrad, Peterson Luke Eric, Cosby Aaron, IISD Model International Agreement on Investment for sustainable development (IISD, 2006 second edition)

UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: KEY ISSUES, Volume I (United Nations Publications 2004)

UNCTAD, World Investment Report (United Nations Publications 2023)

United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1959-1999 (Geneva, 2000) UNCTAD/ITE/IIA/2 1

United Nations Conference On Trade And Development UNCTAD ,World Investment Report 2022' (Geneva, 2022) UNCTAD/WIR/2022 (Overview)

WB, Balance of payment manual (1993, International Monetary Fund)

4. Seznam použitých článků

CHAN Darius, LAI Justin, Two decades after Salini v Morocco: The case for retaining the Salini test with modifications (Research Collection Yong Pung How School Of Law, 2023) https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=6150&context=sol_research

Sovereign Wealth Funds, Generally Accepted Principles and Practices – Santiago Principles, (October 2008) https://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf

Salacuse Jeswald W., The Emerging Global Regime for Investment (2010) 51 Harv Int'l LJ 427 464

Kidane Won, China's Bilateral Investment Treaties with African States in Comparative Context (2016) Cornell International Law Journal, Vol. 49 (2016) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847800

Cotula L, Weng X, Ma Q and Ren P, China-Africa investment treaties: do they work? (2016) IIED 25

5. Seznam použitých internetových zdrojů a dokumentů

WTO, Singapore Ministerial Declaration (World Trade Organization, 1996) https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=48267,32665&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=1&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True

WTO, Ministerial Conference Fourth Session, WT/MIN (01) DEC/1 (20. listopadu 2001) https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=37246&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch=

WTO, The Fifth Ministerial Conference, Briefing notes (2003) https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min03_e/brief_e/brief07_e.htm

IMF, Foreign direct investment, net inflows (BoP, current US dollars)' (Světová Banka, 2021) <https://data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD?end=2021&start=1970&view=chart>

Simon Johnson, The Rise of Sovereign Wealth Funds (Straight talk, září 2007) <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2007/09/pdf/straight.pdf>

Katia Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreement (2008, OECD) <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40471535.pdf>

Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator (UNCTAD, 2024) <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>

Lichnovský Bohuslav, Význam „investic“ v arbitrážích podle mezinárodních smluv o ochraně investic (2012) Epravo.Cz <https://www.epravo.cz/top/clanky/vyznam-investic-v-arbitrazich-podle-mezinarodnich-smluv-o-ochrane-investic-82007.html>

Název diplomové práce v českém jazyce, abstrakt v českém jazyce a tři klíčová slova v českém jazyce

Název:

Specifika zahraničních investic v rozvojových zemí

Abstrakt:

Diplomová práce se zaměřuje na problematiku zahraničních investic v rozvojových zemích. Soustředí se převážně na smluvní vztah mezi Čínou a africkými zeměmi. Práce odpovídá na otázky, jaké jsou rysy africko-čínských investičních smluv a zda jsou tyto investiční smlouvy srovnatelné se smlouvami, jež Čína uzavírá z rozvinutými státy. Pro pochopení této problematiky, se práce zprvu věnuje historii ochrany investic a vymezuje základní pojmy v této právní oblasti. V dalších kapitolách je provedena podrobná analýza dvoustranných investičních smluv uzavíraných mezi rozvojovými státy, ale i rozvinutými státy. Cílem práce je shrnout, jaké důsledky mají tyto africko-čínské smlouvy pro Afriku.

Klíčová slova:

Dvoustranné investiční dohody, pravidla pro zacházení s investicemi, Čínsko-africké investiční dohody

Název diplomové práce v anglickém jazyce, abstrakt v anglickém jazyce a tři klíčová slova v anglickém jazyce

Title:

Features of foreign investment in developing countries

Abstract:

This thesis explores the issue of foreign investment in developing countries. The focus is mainly on the contractual relationship between China and African countries. This thesis answers the questions of what the features of African Chinese investment treaties are and whether these investment treaties are comparable to the treaties that China concludes with developed countries. In order to understand these issues, the thesis first discusses the history of investment protection and defines the basic concepts in this legal area. The following chapters provide a detailed analysis of bilateral investment treaties concluded between developing states as well as developed states. The aim of the thesis is to review the implications of these African Chinese treaties for Africa.

Keywords:

Bilateral Investment Treaties, basic principles of foreign investments, China-Africa Investment Treaties