

Univerzita Karlova

Právnická fakulta

JUDr. Filip Černý



Dispozice s investičním nárokem

Disposal with an Investment Claim

Disertační práce

2016/2017

Školitel autora: Prof. JUDr. Květoslav Růžička, CSc.

Katedra obchodního práva, obor mezinárodní právo soukromé a právo
mezinárodního obchodu

Datum uzavření rukopisu: 18. 12. 2016

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

V Praze dne 18. 12. 2016

.....

JUDr. Filip Černý, autor

Anotace: Dispozice s investičním nárokem

Mezinárodní ochrana investic je velice specifickou právní disciplínou, stojící na pomezí mezi právem veřejným a soukromým, mezinárodním a vnitrostátním. Průsečíky těchto právních oblastí vyvolávají v praktickém životě širokou plejádu otázek co do aplikace použitelného práva a povahy jednotlivých institutů vlastních této právní disciplíně. Systém ochrany investic je založen na instrumentech mezinárodního smluvního práva veřejného a současně vychází z obyčejových norem představujících základ práva diplomatické ochrany. Specifikem tohoto systému jsou však diagonální vztahy vznikající mezi státy a investory z druhých států. Kombinace veřejnoprávních pramenů mezinárodního práva a diagonálních vztahů vznikajících uvnitř systému ochrany investic mezi suverénními entitami a investory vyvolává otázky ohledně povahy práv vznikajících uvnitř tohoto právního rámce. Autor zkoumá tyto souvztažnosti s cílem určit samotnou povahu investičního nároku jako předpoklad pro volní dispozici s investičním nárokem ze strany investora.

Klíčová slova

Mezinárodní obchod | mezinárodní právo veřejné | mezinárodní právo soukromé | rozhodné právo | investiční spory | hostitelský stát | investor | mezinárodní smluvní právo | mezinárodní rozhodčí řízení | diplomatická ochrana | mezinárodní odpovědnost | investiční nárok | dohody o podpoře a ochraně investic | standardy ochrany | ICSID | UNCITRAL | ICC | procesní pravidla | diagonální vztahy.

Abstract: Disposal with an Investment Claim

International investment protection is very special legal discipline which stands at the borderline between public and private, international and national (domestic) law. The intersections between these legal areas produce a vast range of questions on the applicable law and the nature of the legal institutes inherent to investment protection. The legal system of investment protection is founded on a matrix consisting of bilateral and multilateral treaties and simultaneously shares some of the customary origins inherent to diplomatic protection of foreigners. The particularity of the investment protection system is given by the existence of the diagonal relations between the host state and the investor of the other state. The combination of the public international law sources and the diagonal relations developing inside the public international law matrix induce questions on the nature of such rights and obligations arising inside of the investment protection system among its actors. Author analyses these relations with an aim to determine the nature of the investment claim as a prerequisite for a volitional disposal of the investment claim by the investor.

Key words

International Trade | Public International Law | applicable law | investment disputes | host state | investor | international treaty law | international arbitration | diplomatic protection | international responsibility | investment claim | bilateral investment treaties | standards of protection | ICSID | UNCITRAL | ICC | procedural rules | diagonal relationships

Poděkování

Všem mým mentorům, zejména Prof. JUDr. Květoslavovi Růžičkovi, CSc., mému školiteli, za neskonalou trpělivost, kterou se mnou měl, při soustavném neplnění termínů.

Věnováno mé Rodině

Všem, kteří mi svou podporou umožnili, aby tato práce vůbec vznikla a byla dokončena, a kteří současně s útrpnou trpělivostí snášeli můj pracovní zápal na úkor běžných radostí života a času strávených s Vámi.

Zvláště pak těm,

kteří se jejího dokončení

už nedočkali.

Motto:

Do I believe in arbitration? I do. But not in arbitration between the lion and the lamb, in which the lamb is in the morning found inside the lion.

Samuel Gompers (1850-1924)

OBSAH

| | |
|---|-----|
| Výhrada autora k povaze obsahu a praktické použitelnosti této práce..... | xii |
| 1. ÚVOD | 1 |
| 1.1. Vymezení zkoumané problematiky | 1 |
| 1.2. Dosavadní stav zkoumání předmětné problematiky..... | 8 |
| 1.3. Struktura a Cíle práce | 10 |
| 1.4. Metody práce..... | 13 |
| 2. Bilaterální Dohody o podpoře a ochraně investic jako primární nástroj ochrany zahraničního investora..... | 15 |
| 2.1. Definice | 16 |
| 2.2. Pojem investice dle čl. 25 ICSID a dosah její inter-platformní omnipotence | 33 |
| 2.3. Pojem „investor“ dle Dohody - hledisko <i>ratione personae</i> | 40 |
| 2.4. Investor dle Úmluvy ICSID..... | 41 |
| 3. ÚVODNÍ VÝHRADA K UNIVERZALITĚ POUŽITELNOSTI ZÁVĚRŮ TÉTO PRÁCE: PROBLÉM ZÁVAZNOSTI PRECEDENTŮ V INVESTIČNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ..... | 44 |
| 3.1. Nastínění problému | 47 |
| 3.2. Precedent dle mezinárodního práva veřejného: formální náhled | 48 |
| 3.3. Teoretická východiska rozhodovací činnosti investičních rozhodčích senátů | 52 |
| 3.4. Pohled rozhodčích senátů..... | 57 |
| 3.5. Důsledky narušení rovnováhy systému měkkých precedentů: případová studie Romak..... | 60 |
| 3.6. Precedent-mantie? | 68 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 4. | INVESTIČNÍ NÁROK A DISPOZICE S NÍM | 71 |
| 4.1. | Teoretické východiska definice „Investičního nároku“ | 71 |
| 4.2. | Dispozice s investičním nárokem..... | 84 |
| 5. | PRIMÁRNÍ ZÁVAZKY VYSOKÝCH SMLUVNÍCH STRAN ZALOŽENÉ PROSTŘEDNICTVÍM DOHOD | 88 |
| 5.1. | Výkladová pravidla pro interpretaci BIT, význam preambule | 88 |
| 5.2. | Katalog práv a standardů ochrany garantovaných investici investora/investorovi na území hostitelského státu..... | 91 |
| 5.2.1. | Standard rovného a spravedlivého zacházení..... | 94 |
| 5.2.2. | Faktory hodnocení porušení standardu rovného a spravedlivého zacházení.. | 97 |
| 5.2.3. | Rozsah a obsah závazků vyplývajících ze standardu rovného a spravedlivého zacházení ¹⁰² | |
| 5.2.4. | Volné převody plateb souvisejících s investicí..... | 105 |
| 5.2.5. | Plná ochrana a bezpečnost (a její inkluze prostřednictvím doložky nejvyšších výhod) | 109 |
| 5.2.6. | Zásahy omezující povahy do vlastnického práva investora k investici..... | 113 |
| 5.2.7. | Definice vyvlastnění v textacích Dohod: exkurz..... | 114 |
| 5.2.8. | Nepřímé vyvlastnění..... | 116 |
| 5.2.9. | Rozsah a variety zásahů do majetkové sféry investora | 117 |
| 5.2.10. | Závazek k náhradě ztrát utrpěných v důsledku (ozbrojených) nepokojů | 124 |
| 5.3. | Modifikační doložky mající vliv na změnu rozsahu primárních závazků smluvních stran (exkurz)..... | 125 |
| 5.4. | Procesní ustanovení o řešení sporů..... | 129 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 5.5. | Závěrem k této kapitole..... | 139 |
| 6. | NÁSLEDKY PORUŠENÍ PRIMÁRNÍCH ZÁVAZKŮ ZALOŽENÝCH BIT (STANDARDŮ OCHRANY) HOSTITELSKÝM STÁTEM: INSTITUT MEZINÁRODNÍ ODPOVĚDNOSTI..... | 140 |
| 6.1. | Mezinárodně-protiprávní jednání a jeho přičitatelnost státu jako předpoklad vzniku mezinárodní odpovědnosti | 143 |
| 6.2. | Právní následky plynoucí z mezinárodní odpovědnosti státu: vznik sekundárních práv predeterminujících obsah nároku a typ petitu (nároku)..... | 145 |
| 6.3. | Specifika aplikace pravidel mezinárodní odpovědnosti v oblasti práva ochrany investic | 154 |
| 6.3.1. | Investiční nárok jako důsledek mezinárodní odpovědnosti - cui bono?..... | 156 |
| 6.4. | Právní postavení osoby investora dle BIT jako predeterminanta pro určení povahy investičního nároku | 158 |
| 6.5. | Samostatnost systému ochrany investic a specifická povaha z něj vyvěrajících práv jako východiska pro stanovení subjektivity investora..... | 163 |
| 6.6. | Závěrem k mezinárodní odpovědnosti v systému ochrany investic | 174 |
| 7. | KOEXISTENCE SYSTÉMU DIPLOMATICKÉ OCHRANY VEDLE OCHRANY INVESTIC A JEJICH VZÁJEMNÁ INTERAKCE A KOMPLEMENTARITA..... | 178 |
| 7.1. | Komplementarita nechtěná..... | 179 |
| 7.2. | Diplomatická ochrana v. ochrana investic..... | 180 |
| 7.3. | Reziduální význam diplomatické ochrany resp. projevy suverenity v systému ochrany investic..... | 191 |
| 7.3.1. | Subrogace | 191 |
| 7.3.2. | Řešení sporů mezi smluvními stranami..... | 192 |
| 7.4. | Závěr k otázce koexistence systému diplomatické ochrany a ochrany investic ... | 194 |

| | |
|--|-----|
| 8. TYPY NÁROKŮ ZE SEKUNDÁRNÍCH ZÁVAZKŮ VYPLÝVAJÍCÍCH Z MEZINÁRODNÍ ODPOVĚDNOSTI..... | 196 |
| 8.1. Vymezení sekundárních závazků vyplývajících z mezinárodní odpovědnosti | 196 |
| 8.2. Rozšíření mezí odpovědnosti, aneb „místo pod deštníkem“ | 202 |
| 9. ZÁVĚREM K PROBLEMATICE ODPOVĚDNOSTI ZALOŽENÉ MEZINÁRODNĚ PROTIPRÁVNÍM JEDNÁNÍM VŮČI ZÁVAZKŮM ZAKOTVENÝCH V BIT Z HLEDISKA VYMEZENÍ INVESTIČNÍHO NÁROKU..... | 203 |
| 10. PROCESNÍ ASPEKTY: VYBRANÉ OTÁZKY K VYMEZENÍ INVESTIČNÍHO NÁROKU..... | 205 |
| 10.1. Procesní definice a rámec investičního nároku | 209 |
| 10.2. Hierarchie použitelných procesních pravidel, otázky nacionalizace versus denacionalizace investičního rozhodčího řízení..... | 224 |
| 11. Závěr nebo také počátek: investor (ne)spoutaným Prométheem? | 226 |
| 12. Resumé | 231 |
| 13. Summary | 235 |
| 14. Seznam zkratk a přehled často používaných termínů zejména z oblasti práva ochrany investic, odborných definic, případů a pramenů s vysvětlivkami..... | 238 |
| 15. POUŽITÉ PRAMENY A LITERATURA..... | 253 |
| 15.1. Citované prameny..... | 253 |
| 15.2. Použité prameny | 277 |

„Every arbitration is an investment arbitration“

Prof. Dr. Emmanuel Gaillard

VÝHRADA AUTORA K POVAZE OBSAHU A PRAKTICKÉ POUŽITELNOSTI TÉTO PRÁCE

Mezinárodní právo veřejné, z jehož podstaty vyvěrá i partikulární systém mezinárodní ochrany investic, je vybudován skrze matici bilaterálních a multilaterálních dohod, které svým textem stvrzují konsensus jejich Vysokých smluvních stran ohledně přesnosti a určitosti závazků takto sjednaných. Každá taková jednotlivá dohoda tak představuje relativně uzavřený katalog práv a povinností, přičemž autor je toho názoru, že užití relativně neurčitých pojmů, jejichž význam by i sváděl k výkladu prostřednictvím podpůrných pramenů MPV, přísluší bytostně Vysokým smluvním stranám skrze mechanismy v dohodách obsažených a orgánů povolaným těmito dohodami řešit individuální spory z investic.

Hlasy jakýchkoliv dalších subjektů dovolujících si zkoumat tuto problematiku tak lze brát čistě jako inspiraci a vodítko k výkladu takových instrumentů, maximálně pak jako podpůrný pramen MPV za předpokladu, že názory vokalizované těmito osobami budou názory kvalifikovanými, neboť takováto osoba naplní předpoklad čl. 38 písm. d) Statutu MPV, kdy dle autora takovýto kvalifikační předpoklad pak závisí na subjektivním přesvědčení orgánů povolaných k rozhodování sporů z investic, které se k přesvědčivosti takového názoru přikloní v odůvodnění svých rozhodnutí na poli sporů z investic.

Není však v lidských silách takovýto katalog subsidiárních pramenů být jen shromážděn, na to pak aktualizovat a proto jedním z aspektů této výhrady je i upozornění, že zde citované autority nemusejí takový znak naplňovat. Autor je však používá s ohledem na jejich subjektivní přesvědčivost a se snahou o zachování maximální objektivity se tak snaží citovat i názory autorit protichůdné v duchu základních zásad vědecké práce. Primární volba pramenů však plyne ze subjektivního přesvědčení autora o jejich správnosti a argumentační přesvědčivosti plynoucí z co nejvěrnějšího přimknutí k textaci a gramatickému výkladu psaných pramenů MPV.

Východiska této práce však musejí nutně odrážet subjektivní postoje a vnímání autora systému MPV už proto, že jeho vnitřní přesvědčení subjektivně formuje vnímání autora celého systému, vnitřních souvztažností jakož i jeho pramenů a slouží proto jako subjektivní filtr pro výklad zkoumané problematiky. Bez tohoto vnitřního postoje by totiž tato práce nebyla ničím jiným, než popisným katalogem, ovšem i takový katalog by byl sestaven na základě rozhodnutí dostupné informace do něj obsáhnout, čili nic. Dle názoru autora totiž sféra MPV, která absentuje centralizovanou moc v její tripartitě toliko vlastní vnitrostátním právním řádům, jež predeterminuje jak systémově, tak obsahově i samotnou pozici interpreta právních předpisů, který je současně často i jejich adresátem.

Mezinárodní právo je však odlišné. Při komplexním zkoumání otázek z něj vyvěrajících totiž musí interpret, který mnohdy není ani adresátem těchto norem regulujících vztahy mezi formálně rovnými suverénními entitami, stanovit svou výchozí pozici pro takovou interpretaci na tato nutně následně formuje jeho vnímání celého systému.

Téma této práce je tak jistém smyslu i stanovením této výchozí pozice pro autora této práce, který zkoumá a testuje, optikou *prima facie* pro-investorskou, meze autonomie práv investora jako faktického adresáta norem veřejného práva, které však investor v rozsahu zkoumaném touto prací nemá možnost ovlivnit, když sám není nadán suverénní mocí, jež by jej stavěla na roveň tvůrcům tohoto systému. V duchu akademičnosti této práce, byť cíle jí sledované jsou bytostně praktické, se tak autor snaží v maximální možné míře respektovat svrchovanou vůli vysokých smluvních stran vyvěrající z Dohod, jakož i dalších instrumentů MPV, které systém ochrany investic tvoří.

Závěry v této práci formulované tak představují čistě subjektivní akademické názory autora, který je však současně advokátem, což jej nutí současně na tomto místě vyslovit uvedenou výhradu k univerzální použitelnosti dále uvedených závěrů, aniž by jejich východiska byly opřeny a pramenily ze specifických okolností konkrétního případu.

Kdokoliv, kdo bude tedy následující řádky číst a zvažovat jejich praktický test bez odborného dohledu, necht' tak činí s vědomím této výhrady a na vlastní nebezpečí.

Na Černé hoře v Jánských lázních dne 16 srpna 2016

Autor

1. ÚVOD

1.1. Vymezení zkoumané problematiky

System ochrany investic s příchodem 21. století zažívá turbulentní období. Tento systém, který stojí na provázané síti povětšinou bilaterálních dohod o podpoře a ochraně investic a jenž byl vytvářen za účelem zajištění ochrany investorů na rozvalinách překonaných koloniálních vztahů, již v dnešní době nedokáže flexibilně vzdorovat státům volajícím po jeho přeměně. Tento systém, který je mnohými považován za silně pro-investorský, a tudíž založený na kapitalistickém modelu, se v současnosti stal terčem kritiky dožadující se reformy motivované nejen právem na sebeurčení ze strany rozvojových států, ale též států rozvinutých. Tyto tendence se objevují překvapivě též na úrovni Evropské unie (dále jen „EU“), kde silně rezonuje názor, který tvrdí, že ochrana investic je přežitkem, který naopak vytváří pozitivní diskriminaci investorů a jejich investic vůči ostatním příslušníkům členských států EU, kterým tento katalog výhodnějšího zacházení nepřísluší. Po změně volají i samotné státy, některé, jako například Česká republika dokonce snahou ukončit své bilaterální dohody o podpoře a ochraně investic s třetími státy. Ač by se tak na první pohled nemuselo zdát, tento systém je vcelku křehký, neboť jeho tvůrci jsou právě suverénní entity, tedy státy, alespoň tedy z formálního hlediska, které vybudovaly systém na nosných pilířích představovaných vzájemně provázanými a ovlivňujícími se bilaterálními dohodami¹ a daly

¹ Jako jeden příklad za všechny může sloužit doložka nejvyšších výhod, která investorovi garantuje zacházení na úrovni nejvyšších stupně zacházení, jaký je obsažen v kterékoliv z jiných Dohod uzavřených s hostitelským státem. Tímto způsobem se tedy dohody vzájemně doplňují a ovlivňují, i když se jedná o relativně uzavřený systém stojící vždy na dané BIT a níž vyvěrajícím substrátu výkladových instrumentů, sporů a či dalších pramenů práva, které její obsah dále formují, přičemž nelze přehlédnout snahu jednotlivých uživatelů tohoto systému ohlazovat vysoké zdi konsensu smluvních stran- států, pevně zakořeněných v gramatickém výkladu jiným výkladovými metodami a prolínáním mechanismů z jiných BIT či odlišných procesních platforem apologeticky odůvodňované úsilím o vytvoření uniformních hledisek, jež by zvyšovaly předvídatelnost rozhodovací praxe v této oblasti

investorům do rukou mocný nástroj představovaný nezávislou platformou pro řešení sporů z investic, a sami dobrovolně do tohoto systému sestoupily. Krutou ironii celého systému, jehož jsou jeho zakladatelé součástí, však představuje organická stránka celého systému, kterou tvoří samotné rozhodčí instituce, potažmo rozhodci, jenž tento systém silnou měrou ovlivňují vytvářením kvazi-precedenční judikatury², která má velký význam pro modelování celého systému založeného na široce a obecně formulovaných textacích Dohod, které však představují precizní rovnováhu v dosaženém konsensu Vysokých smluvních stran těchto Dohod, jež však (často v očích advokátů zastupujících znesvářené strany investičních sporů) naopak představují nedokonalost celého systému provázaných BITs, výslovně volající po jeho dotvoření skrze nástroje rozhodovací praxe (rozhodčí nálezy). Takovéto nálezy však samy představují subsidiární prameny MPV a jejich prostřednictvím dochází k vývoji systému směrem, který možná ani jeho zakladatelé nepředpokládali.

Přitom se jedná o systém vcelku „roztříštěný“, založený na téměř 2900 dohodách o podpoře a ochraně investic, při absenci jednotné úpravy této problematiky a současně jediného způsobu řešení takových sporů. S postupem času, jak dochází ke stírání rozdílů mezi rozvojovými a rozvinutými státy, si tak někteří účastníci tohoto systému začínají uvědomovat, že tento rámec ochrany je pro ně, jakožto suverény, velice nevyvážený, když na jednu stranu poskytuje ochranu jejich investorům v zahraničí, ovšem současně je omezuje co do svobody rozhodování ohledně směřování hospodaření a vnitrostátní politiky své země, resp.

práva, zatímco výsledek těchto snad je právě opačný a potenciálně motivuje státy-zakladatele a tvůrce tohoto systému, jej raději v tichosti opustit.

² *El Paso Energy International Co. v Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB /03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, odst. 39.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, The 2006 Freshfields Lecture, *Arbitration International*, 2007, Vol. 23, No. 3.

regulace vnitřních poměrů vůbec (v České republice je jedním příkladem za všechny boj vedený o tzv. solární daň).

Tato práce si však neklade za cíl kritizovat suverény v směřování jejich zahraniční či vnitrostátní politiky - jako občanovi této země mi totiž přináležejí právo vyjádřit svůj názor ve svobodných a demokratických volbách - leč jako vědec si kladu za cíl analyzovat toto spletité bludiště a pokusit se nabídnout návod investorům, jakým způsobem se v této mnohdy paralelně hierarchizované struktuře vnitrostátních, evropských a mezinárodních norem orientovat tak, aby v situaci, kdy se ocitnou na prahu investičního sporu, mohli řádně zhodnotit své šance na úspěch ve sporu vedeném proti suverénní entitě a případně zvolit alternativu, která by v důsledku nemusela být pro jejich podnikání natolik bolestivá, jako finančně velice náročný, zdoluhavý a vyčerpávající boj (většinou vedený skrze rozhodčí řízení) před mezinárodní institucí s vidinou (leckdy nepředvídatelného) výsledku. Touto alternativou může být naložení s nárokem investora plynoucím z porušení závazku státu chránit zahraniční investice v souladu s mezinárodním právem.

Jak již bylo uvedeno, systém ochrany investic je specifickou (a v čase proměnnou) mozaikou vytvořenou ze střípků různorodých právních norem a systémů. Když hovoříme o právních systémech, je třeba si uvědomit, že těmito systémy jsou myšleny právní systémy v jejich vertikálním uspořádání a nikoliv horizontálním, jak je běžné v oblasti mezinárodního práva soukromého při řešení kolizní problematiky. Toto vertikální uspořádání je tak specifikem a současně i problémem při řešení sporů z investic, neboť každá vertikálně členěná platforma právních norem, respektive pramenů práva (specificky s ohledem na prameny mezinárodního práva veřejného, jak je zakotvuje čl. 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora (dále jen „MSD“)³ tvořících tento

³ Statut mezinárodního soudního dvora v tomto čl. stanoví, že MSD má v případech rozhodování sporů vyplývajících z mezinárodního práva veřejného a) mezinárodní úmluvy, ať již obecné či partikulární, stanovící pravidla výslovně uznaná státy ve sporu; b) mezinárodní obyčej, jakožto důkaz obecné praxe uznávané za právo; c) obecné zásady právní uznávané civilizovanými národy; d) s výhradou ustanovení

system, má v daném systému svou nezastupitelnou roli a potenciálně vytváří konflikt s „vedle“ stojícím právním systémem⁴. Tento velice abstraktně pojatý model je zřejmý z praktického hlediska v případě práva EU, a jeho dvojího prozařování směrem „dolů“ vůči svým členským státům, když od roku 2010 byl veden spor ohledně toho, zda primární právo EU nahrazuje ve svém rozsahu bilaterální dohody o podpoře a ochraně investic mezi členskými státy čili nic.⁵ K těmto

čl. 59 soudní rozhodnutí a učení nejkvalifikovanějších znalců veřejného práva různých národů jakožto podpůrný prostředek k určování právních pravidel. Zde jistě stojí za upozornění, že soudní (v našem případě pak rozhodčí) rozhodnutí (nálezy) jsou považovány za podpůrný prostředek k určování právních pravidel, nikoliv tedy za závazný pramen (k tomu dále v následující kapitole týkající se precedenční povahy rozhodnutí rozhodčích senátů) a stojí na stejné úrovni jako učení významných expertů z oblasti mezinárodního práva. Autor je pak subjektivně toho názoru, že v oblasti investičního rozhodčího řízení je pak ale zřejmá tendence odvracející se od tohoto hierarchizovaného modelu aplikace pramenů, když předcházející rozhodovací praxi bývá často kladena až přespřílišná vážnost a tyto bývají ze strany rozhodců často kladeny na roveň primárních pramenů mezinárodního práva veřejného.

⁴ Zde je primárně myšlen „vedle“ stojící systém vnitrostátního práva, ve kterém se investor pohybuje a ve kterém dochází k jeho interakci s orgány hostitelského státu. Tato dvojkolejnost je totiž specifická v tom, že s ohledem na založení mezinárodně-právní odpovědnosti státu za protiprávní jednání je rozhodující primárně hodnocení daného jednání, které má zakládat porušení mezinárodního práva, pouze z pohledu mezinárodního práva, nikoliv z pohledu práva vnitrostátního (viz. Čl. 3, Responsibility of States For Internationally Wrongful Acts 2001, 53rd Session Of ILC Commission, srpen 2001, publikováno v *Yearbook of The International Law Commission*, 2001, vol. II (druhá část), (dále jen „**ILC ASR**“). Jedná se o skutečnost, kterou ve valné většině případů však státní orgány a úřední osoby netuší (i přes to, že mezinárodněprávní závazky mají aplikační přednost před vnitrostátním právem- z pohledu českého práva) a vycházejí z premisy veřejnoprávní pretenze, která je však s ohledem na mezinárodní rámec nedostatečná.

⁵Důvodem byla implementace tzv. Lisabonské smlouvy (celým názvem „Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství“), v rámci které došlo k podřízení a přenosu otázek regulace investiční politiky do primárního práva EU a tedy EU jakožto mezinárodní organizace může sama vyjednávat Dohody za všechny členské státy a tudíž vyvstala otázka, zda stávající Dohody, dojednané čl. státy před účinností této smlouvy nemohou být v rozporu se zájmy EU, když fakticky umožňují cizím investorům nerušený odliv prostředků souvisejících s investicemi, což je v rozporu s fiskálními zájmy EU a z pohledu EU bylo tedy třeba členské státy v tomto ohledu je tedy třeba závazky států upravit. K dopadu Lisabonské smlouvy na

doposud mnohdy nevyřešeným koncepčním paradigmatům pak přistupuje další prvek, a to prvek diagonality, který je vlastní především problematice ochrany lidských práv, kde jsou individuální, přímo vynutitelná práva svěřena nástroji mezinárodního práva (dohodami) do rukou jednotlivců umožňujícím těmto jinak „non – subjektům“ dle mezinárodního práva vznášet nároky vůči suverénům. Systém ochrany investic je postaven na stejném principu, ovšem s tím, že zde nepanuje shoda, zda práva svěřená na ochranu investora jsou právy přímými, jako v případě lidských práv, nebo zda jsou odvozena a vyplývají přímo ze závazku vůči jeho domovskému státu a svědčí tak primárně vysoké smluvní straně Dohody-tj. státu.

Důvodem této dichotomie je především skutečnost, že oproti ochraně lidských práv, která je pojmově svázána s nezadatelnými a nezrušitelnými právy garantovanými lidským bytostem z jejich povahy, systém ochrany investic historicky vyplývá a vyvinul se z ochrany diplomatické, tj. je „zastřešením“ nároku investora suverénem, přičemž této konstrukci odpovídaly i první generace Dohod. V těchto případech totiž stát přebíral nárok investora jako svého příslušníka, kterému přímo nepřislušelo právo domáhat se nároku plynoucích z porušení jeho individuálních práv na ochranu, ale tento nárok příslušel jeho domovskému státu. Do dnešního dne se lze setkat s názory, že Dohody jako takové nevytvářejí systém, který by nahrazoval diplomatickou ochranu, ale že ve skutečnosti jsou jen její specifikací v oblasti ochrany

mezinárodní rámec ochrany investic pro členské státy viz MAES, Marc, EVENTON, Ross, STICHELE, V., Myriam, TRICARICO, Antonio, SENSI, Roberto a Roos van OS, Reclaiming Public Interest in Europe's International Investment Policy. In: *EU Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A Reader*, Amsterdam: the Transnational institute on behalf of the Investment Working Group of the Seattle to Brussels Network, 2010, dostupné elektronicky: https://www.tni.org/files/download/eu_investment_agreements_in_the_lisbon_treaty_era-ec.pdf (naposledy navštíveno 12. 12. 2016) či KOSTKA, Vladimír. Mezinárodní investiční spory před obecnými soudy?, *Bulletin-advokacie.cz*, 2013, publikováno 15. 1. 2013, dostupné na <http://www.bulletin-advokacie.cz/mezinarodni-investicni-spory-pred-obecnymi-soudy> (naposledy navštíveno dne 1. 4. 2015).

investic, což potvrzují i některé rozhodnutí investičních rozhodčích senátů⁶.

Tato přetrvávající terminologická nejasnost tak vyplývá především ze skutečnosti, že účastníci těchto vztahů mají rozdílnou povahu, tj. kdy na jedné straně stojí investor, jako subjekt soukromého práva, státní příslušník (ať již jako osoba fyzická či právnická, které spojuje s jejich domovským státem buď pouto občanství⁷, či inkorporace⁸) jednoho ze smluvních států dohody o podpoře a ochraně investic (dále jen jako „**Dohoda**“), jež je instrumentem mezinárodního práva veřejného a podléhajícímu takovému režimu ve vztahu k aplikaci, interpretaci jakož i dalších otázek, přičemž však upravuje závazky těchto suverénních entit ve vztahu k subjektům soukromého práva, kterým svěruje v rámci těchto Dohod určité nástroje (možnost „vzvat“ smluvní stát takové Dohody aby se podrobil rozhodčímu řízení ve věci porušení práv zakotvených v Dohodě), v rámci kterých mohou soukromoprávní subjekty uplatnit svá práva přímo vůči subjektům práva mezinárodního,

⁶ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3, náleze ze dne 25. června 2003.

⁷ Případ *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, ICJ REPORTS 1955, kde byl poprvé položen výklad k otázce tzv. „*genuine link*“, tj. přímé vazbě mezi státem a jednotlivce, zde odvozené od jeho občanství. Případ dostupný na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> (naposledy navštíveno dne 1. 4. 2015).

⁸ Otázka přímé vazby mezi právnickou osobou a domovským státem pak v rámci Dohod nevyplývá, resp. nebývá převážně hodnocena na základě obecného mezinárodního práva veřejného, ale je posuzována dle výslovných ustanovení příslušné Dohody. Tak například Dohoda mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic (publikována jako sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 459/1991 Sb.) ve svém čl. 1 písm. b) definuje investora mj. jako „právnické osoby, vč. společností, korporací, obchodních společností a jiných organizací, které jsou zřízeny nebo jinak právně založeny podle zákonů této smluvní strany a mají své sídlo a provozují skutečnou hospodářskou činnost na území této smluvní strany.“

keré tento systém ochrany práv soukromoprávních subjektů v mezinárodním právu danou Dohodou vytvořily.

Problematika investičních sporů je tak problematikou velice složitou právě z důvodu prolínání veřejnoprávní roviny s rovinou soukromoprávní⁹ a z tohoto prolínání vyplývajících a souvisejících otázek, které se často nacházejí právě na rozhraní obou právních systémů. Na první pohled by se mohlo zdát, že se jedná spíše o uměle konstruovanou komplikovanost daného systému využitelnou pouze pro teoretickou rovinu a vědecké zkoumání, ovšem opak je bohužel pravdou. Jedná se totiž o problematiku navýsost praktickou, neboť jak je v ČR veřejně známo, náklady na vedení investičních sporů jsou velmi vysoké. V těchto případech pak investor, poškozený jednáním hostitelského státu často způsobem, kterým mu byla odňata možnost fakticky disponovat se svou investicí umístěnou na území hostitelského státu (např. z důvodu přímého či nepřímého vyvlastnění, etc.) hledá řešení nastalé situace, kdy stojí před rozhodnutím, zda zahájit zdlouhavé a finančně velice nákladné investiční řízení či zda raději nárok plynoucí z porušení příslušné Dohody (spolu se zbývajících investic) raději nezpeněžit. V rámci této práce si tak autor klade za cíl analyzovat tyto provázané otázky a pokusit se v rámci systému ochrany investic stanovit, zda vůbec, a pokud ano, za jakých podmínek může poškozený investor nakládat se svým nárokem plynoucím z porušení příslušné Dohody a zda je možné ze strany investora disponovat s investičním nárokem plynoucím z porušení předmětné Dohody o ochraně a podpoře investic a převádět jej různými způsoby na třetí

⁹ Otázka použitelného práva může být s ohledem na předpoklad cizí „příslušnosti“ investora navíc komplikována prvky mezinárodního práva soukromého s ohledem na použitelné právo, tudíž se skutečně jedná o problematiku velice komplexní. Přehledná analýza této problematiky se zohledněním instutu „Evropské společnosti“ a širšího rámce evropské regulace podána in MACH, Tomáš. Freedom of Establishment of Corporations, Relocation of Seats and the Phenomenon of Societas Europea: Implications for Corporate Nationality and Investment Protection, *AA Law Forum*, No. 3, December 2011, ISSN 1804-1094, str. 2 násl.

osoby (subjekty) a to nejen s ohledem na způsob takového převodu, ale i s ohledem na subjekty, na které je možné daný nárok převést (soukromá osoba, stát). Možné dispozice pak budou zkoumány s ohledem na existující rozhodovací praxi jednotlivých rozhodčích platforem pro řešení sporů z investic (zejména pak UNCITRAL, ICC, ICSID).

1.2. Dosavadní stav zkoumání předmětné problematiky

V české odborné literatuře je neprávem problematika ochrany investic opomíjena. Autoři, kteří doposud v této oblasti publikovali monografické práce, se obecně zaměřují spíše na generální uchopení této specifické problematiky¹⁰, případně na specifické problémy existující v této oblasti ve vztahu k našemu regionu, resp. parciálním otázkám.¹¹ Poněkud bohatší prameny existují v souvislosti s literaturou časopiseckou, ovšem i v této oblasti je problematika dispozice investičním nárokem resp. povahy investičního nároku v české odborné literatuře spíše zjevem neobvyklým.¹²

¹⁰ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*, Praha: Linde, 2. Vyd. 2008.

¹¹ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo mezinárodního a tuzemského práva soukromého a veřejného, Díl I a II*, Praha: C. H. Beck, 2008; BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*, Praha: C.H. Beck, 2010; BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Pojem investice z pohledu mezinárodně právní ochrany, *Obchodní právo- časopis pro obchodně právní praxi*, 4/10, 19. ročník, str. 2-10; BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Hmotněprávní standardy ochrany přímých zahraničních investic, *Právník, teoretický časopis pro otázky státu a práva*, 1/2012, ročník 151, str. 1 a násl.; BĚLOHLÁVEK, Alexander J. a ROZEHNALOVÁ, Naděžda, eds. , *Czech Yearbook Of International Law: Rights Of The Host States Within The System Of International Investment Protection*, Huntington: Juris Publishing, 2011; BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v energetice*, Praha: C.H. Beck, 2011; MACH, Tomáš. *Mezinárodní ochrana holdingů*, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk s.r.o., 2012 a další.

¹² ČERNÝ, Filip. Projevy autonomie vůle investora v investičním rozhodčím řízení jako určující faktor povahy investičního nároku, in *sborník z konference dny práva 2010*, Brno: Masarykova Univerzita, 2010, dostupné na:

Nutno ovšem podotknout, že tato situace není pouze nešvarem české odborné literatury. Z globálního hlediska zde existuje pouze jedna práce, která se podrobně zabývá povahou investičního nároku, jakožto jednoho (z případných) předpokladů pro dispozici s investičním nárokem, i když samotnou problematiku dispozice již neřeší, neboť představuje teoretický předpoklad vůbec pro samotné zkoumání, zda investiční nárok je v dispozici investora (je tedy povahy soukromoprávní), nebo spíše přísluší jeho domovskému státu, jakožto smluvní straně Dohody a je tedy povahy veřejnoprávní, neboť je odvozován od suverénní povahy smluvní strany.¹³ V této souvislosti je třeba též vyzdvihnout práci školitele autora této práce, prof. JUDr. Květoslava Růžičky, CSc., který se svou prací o diagonálních smlouvách¹⁴ stal průkopníkem této problematiky v našem regionu a teoretické základy této práce tak posloužily autorovy této práce jako odrazový můstek k navázání na problematiku ochrany investic a rozvíjení problematiky povahy investičního nároku.

Konečně je potřeba poukázat na rigorózní práci autora, jejímž tématem byla přímo problematika postupitelnosti nároků na zahájení investičního rozhodčího řízení dle pravidel UNCITRAL¹⁵, která byla

http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2010/files/prispevky/10_rozhodci/Cerny_Filip.pdf

(naposledy navštíveno dne 1.4.2015).; či MACH, Tomáš, On the Particular Nature of BIT-based Investment Protection Regimes and the Direct Rights of Claimants in Investment Protection Arbitration, in: *The Prague Yearbook Of Comparative Law*, Praha, 2009, dostupné na: www.ssrn.com/abstract=1556672 (naposledy navštíveno dne 1.4.2015).

¹³ DOUGLAS, Zachary. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration in: *British Yearbook Of International Law*, roč. 74, č. 1, 2003, str. 151-289.

¹⁴ RŮŽIČKA, Květoslav. Diagonální smlouvy v procesu socialistické ekonomické integrace. In: *Acta Universitatis Carolinae, Iuridica. Monographia*, Praha: Karlova Univerzita, 1988.

¹⁵ ČERNÝ, Filip *Postupitelnost nároku na zahájení investičního rozhodčího řízení dle pravidel UNCITRAL*. Praha, 2009. Rigorózní práce. Právnická fakulta

obhájena v roce 2010 a která zakládá koncepční a teoretická východiska této práce, a která fakticky tvoří základ této práce, na který bude v této práci opakovaně odkazováno.

Autor si tak troufá tvrdit, že zkoumaná problematika je v našem regionu vcelku nová, a s ohledem na zaměření práce doposud uspokojivě neprobádaná a nepopsaná.

1.3. Struktura a Cíle práce

Tato práce si klade primárně tři cíle, jejichž dosažení je vzájemně podmíněno a kdy dílčí závěry kapitoly předcházející zakládají východiska pro kapitoly následující, přičemž prvním z uvedených cílů, který tvoří východisko pro další kapitoly, je **definování investičního nároku** jako primárního předmětu a objektu našeho zkoumání, a to ve všech jeho modalitách (tj. hmotněprávně a procesně).

Jakmile bude tento cíl dosažen, zaměříme se na zkoumání **podstaty předmětného investičního nároku**, kterážto vyvěrá z instrumentů MPV. Přitom vznik investičního nároku, jak jej budeme dále zkoumat, presumuje existenci diagonálního sporu.

Proto je třeba v této souvislosti podrobně zkoumat a analyzovat podstatu investičního nároku a jeho oddělitelnost resp. vyčlenitelnost z tohoto diagonálního rámce vztahů mezi smluvními státy BIT a investorem a nalézt odpověď na otázku, zda investiční nárok vyčleněním z popsané diagonální matice může existovat bez dalšího v dispozici investora, anebo zda je inherentně spjat a svědčí spíše domovskému státu investora, který z pozice vysoké smluvní strany společně s hostitelským státem vytvořily skrze Dohodu diagonální rámec práv a povinností na rozdílných úrovních svědčících,

Univerzity Karlovy, katedra obchodního práva. Vedoucí rigorózní práce prof. Květoslav Růžička (dále jen „**ČERNÝ, Postupitelnost nároku**“).

zavazujících a opravňujících zcela odlišné (non)subjekty MPV, přičemž v důsledku porušení BIT- tedy v důsledku mezinárodně-protiprávního jednání spočívajícího v porušení závazků chování hostitelského státu jednáním vůči investorovi dochází na jedné straně k zásahu do práv investora, ale současně i do práv domovského státu investora, kterému hostitelský stát garantoval určité standardy zacházení s investorem a investicí. Proto je s ohledem na právní jistotu všech zúčastněných třeba zodpovědět otázku, nakolik je nárok investora nezávislý od nároku jeho domovského státu, když oba tyto nároky vyplývají z jednoho jednání hostitelského státu a zda je investor bez dalšího oprávněn s nárokem nakládat bez souhlasu jeho domovského státu.

Konečně pokud odpověď na předcházející otázku bude pozitivní, tj. dospějeme k závěru, že investiční nárok investora je nezávislý na souhlasu s dispozicí nárokem ze strany jeho domovského státu, přistoupíme ke zkoumání třetího cíle, kterým bude identifikace jednotlivých podmínek a předpokladů, jakož i modalit nakládání, za jejichž splnění či dodržení je volní dispozice v diskutovaných variantách možná.

Struktura práce sleduje její cíle. Na úvod bude rámcově vymezen systém ochrany investic, prameny úpravy a místo tohoto systému v hierarchizovaném systému práva jakož i jeho vzájemné interakce s ostatními právními subsystémy (práva mezinárodních organizací především s ohledem na EU a vnitrostátní právo), jehož pochopení je předpokladem pro řádné uchopení dané práce a na který bude autor rámcově odkazovat průběžně v celé práci.

V návaznosti na nastínění systému ochrany investic bude předložena analýza definice investičního nároku, jak je tento vnímán autorem a který tvoří středobod práce. Od této definice se budou odvíjet pak navazující kapitoly, neboť tato definice tvoří jejich (nepřímý) předmět.

V této souvislosti autor též pojedná o problematice existence a závaznosti „precedentů“ v rámci rozhodování investičních sporů, která

je velmi významná z hlediska hodnocení rozhodovací praxe jednotlivých investičních tribunálů a naznačuje předvídatelnost jejích rozhodnutí. Jelikož je tato práce založená částečně na empirii vycházející ze zkoumání jednotlivých rozhodovacích linií daných investičních tribunálů rozhodujících dle rozdílných procesních pravidel, ovšem často na základě „stejného“ hmotného práva (Dohod), respektive stejných hmotně-právních standardů ochrany investic, je tato kapitola velice významná a představuje určitou „výhradu“ autora k univerzální platnosti závěrů této práce. Proto je umístěna již v úvodní části práce.

Primárním cílem práce a její první nosnou částí je analýza povahy investičního nároku, jako předpokladu pro nalezení odpovědi na otázku, zda tento nárok přísluší investorovi jakožto subjektu soukromého práva či spíše přináleží státu, jako suverénu, který je smluvní stranou Dohod a zda uplatnění takového nároku tedy spíše představuje takřikajíc zastřené uplatnění diplomatické ochrany. K zodpovězení této otázky bude nutné se zabývat šířeji i strukturou samotných Dohod, definicí investora jakož i definicí investice a jednotlivými módy nakládání s investicí (specificky otázka subrogace investičního nároku, který výslovně umožňuje přechod nároku z titulu pojištění, je však otázkou zda současně vylučuje dispozici jinou). Jakmile bude zodpovězena otázka povahy nároku, autor se blíže zaměří na analýzu možností dispozice s nárokem samotným, tj. za předpokladu, že nárok má soukromoprávní povahu a svědčí tedy investorovi, je v jeho dispozici, zaměří se práce na možnosti dispozice s nárokem a to jak s ohledem na dispozici dovolenou, tedy subrogaci, jak vyplývá ze struktur samotných Dohod, tak na dispozici výslovně neupravené - především na problematiku postoupení či převzetí nároku mimo rámec stanovený Dohodami.

Konečně, třetím cílem a částí práce je analýza a stanovení podmínek, za kterých je možné takovou volní dispozici s investičním nárokem realizovat a zda na základě dílčích závěrů předcházejících kapitol

tak vůbec činit lze. V závislosti na dílčích závěrech předcházejících kapitol se pak eventuálně budeme zabývat vymezením podmínek, které na základě stávající judikatury nejvýznamnějších rozhodčích platform pro řešení sporů z investic třeba splnit, aby mohla být předmětná dispozice uznána též z procesního hlediska v závislosti na provázání celého systému, tj. hmotněprávního základu představovaného podstatou investice z hlediska vnitrostátního práva, mezinárodními standardy ochrany zakotvenými v Dohodách a konečně procesním rámcem představovaným příslušnými rozhodčími pravidly.

Tato část bude pak samozřejmě akcentovat odlišnosti vyplývající z odlišných procesních (rozhodčích) pravidel, při zaměření na v současnosti tři typy těchto pravidel, které jsou z hlediska našeho středoevropského regionu nejvýznamnější, tedy UNCITRAL, rozhodčí pravidla ICSID a Rozhodčí pravidla ICC (po novele z roku 2012). Na závěr se tato kapitola bude též zabývat praktickými konotacemi, které dispozice s investičním nárokem investorovi přinášejí a na které je třeba se v případě dispozice soustředit. Z tohoto hlediska tak práce přináší nejen teoretické, ale též výsostně praktické informace a analýzu, která by měla napomoci investorům se v tomto permanentně proměnném systému lépe zorientovat.

1.4. Metody práce

Metodou práce je třeba rozumět systematický způsob zkoumání za účelem získání objektivně správných poznatků o zkoumaném předmětu.¹⁶

Základní pracovní metodou této práce je metoda analytická, vycházející převážně ze zahraniční literatury tam, kde domácí autoři k předmětné problematice mlčí, a hlavně pak z analýzy judikatury rozhodčích tribunálů, která v současnosti tvoří páteř systému ochrany investic,

¹⁶ BOGUSZAK, Jiří, ČAPEK, Jiří, GERLOCH, Aleš, *Teorie práva*. Praha: ASPI, 2. přepr. vyd, 2004. s. 16, 347.

neboť Dohody, jakožto rámcové systémy stanovující práva a povinnosti účastníků systému, jsou mezinárodními smlouvami, mnohdy vzniknuvšími v minulém století jakožto konsensus suverénů a tudíž upravujících předmětnou materii velmi obecně. Je to tedy rozhodovací praxe, která tento systém dotváří k použitelnosti v dnešní době a v případech a situacích, které autoři příslušných Dohod nemohli ani předvídat. Jedná se tedy o systém proměnný, leč historické souvislosti pomáhají k pochopení rozhodnutí stávajících. Tato práce je tedy prací v nosné části primárně analytickou, a to i navzdory tomu, že úvodní část práce se může jevit v některých pasážích popisně explanační. Závěrečná praktická část je pak částí syntetickou, kde autor využije zkoumané závěry k vytvoření rámcových pravidel a stanovení zásad, jež by měly usnadnit investorům dispozici s nárokem. Základními pracovními metodami, které tak budou v této práci využity, jsou analýza a syntéza, ačkoli při práci s judikaturou bude využita i metoda induktivní.

2. BILATERÁLNÍ DOHODY O PODPOŘE A OCHRANĚ INVESTIC JAKO PRIMÁRNÍ NÁSTROJ OCHRANY ZAHRANIČNÍHO INVESTORA

Historicky byla práva cizinců pohybujících se na území cizích států značně omezena, což plynulo ze skutečnosti, že cizinci si s sebou nesli své „vlastní“ právo státu své příslušnosti.¹⁷ Jednotlivé státy se však snažily zajistit svým státním příslušníkům, kteří se pohybovali (podnikali) v zahraničí, určité garance zacházení ze strany hostitelských států. V této snaze je možné spatřovat prapůvod ideje Dohod.

Dohody se historicky vyvinuly z dohod o přátelství, obchodu a navigaci¹⁸ (dále jen „**FCN Dohody**“), které se vztahovaly rámcově na ochranu majetku, ovšem byly primárně spojené s ochranou majetku v souvislosti s obchodními činnostmi. FCN Dohody regulovaly velmi širokou škálu právních otázek, a to od práva vstupu na území „hostitelského státu“, přes přístup k justičním orgánům hostitele, otázek vykonatelnosti rozhodčích nálezů, otázky pronájmu půdy, daňové otázky či celní kontroly obchodních cestujících a zboží, a to vše až k otázkám konzultací týkajících se restriktivních obchodních praktik.¹⁹

K masivnějšímu rozšíření těchto FCN Dohod docházelo v průběhu 18. století²⁰. Avšak radikální změnou geopolitické mapy světa po Druhé světové válce, především pak v souvislosti se vznikem nových států,

¹⁷ SUBEDI Surya, P. *International Investment Law, Reconciling Policy And Principle*, Oxford: Hart Publishing, 2008, str. 7.

¹⁸ Anglicky tzv. „*FCN Treaty*“.

¹⁹ DOLZER, Rudolf., STEVENS, Margrete, *Bilateral Investment Treaties*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 10.

²⁰ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law On Foreign Investment*. 2nd. Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 209.

dosavadní FCN Dohody nebylo ve vztahu k těmto novým zemím možné aplikovat, neboť dané režimy a standardy sjednané v rámci FCN Dohod byly vhodné a aplikovatelné na vztahy mezi státy nacházející se na podobné ekonomické úrovni. Tato skutečnost vyvolala potřebu vytvořit nový standard, který by lépe odrážel hlediska spolupráce mezi rozvojovými a rozvinutými zeměmi, a podle kterého by rozvojové ekonomiky nebyly závislé na ekonomikách zemí rozvinutých a tudíž by mohly svobodně rozvíjet svůj vlastní ekonomický potenciál. Z této myšlenky se zrodily jako dnes nejrozšířenější nástroje ochrany investic, tzv. dvoustranné dohody o podpoře a ochraně a investic (dále jen „BIT“, nebo „**Bilaterální Dohody**“ či „**Dvoustranné Dohody**“ anebo jen „**Dohody**“).²¹

2.1. Definice

Dvoustranné Dohody jsou mezinárodními smlouvami uzavíranými mezi subjekty mezinárodního práva veřejného, tedy jednotlivými státy (suverény), jejichž účelem je vzájemné upevnění a podpora hospodářské spolupráce, jakož i vytvoření stabilního rámce udržitelné investiční politiky, a to primárně prostřednictvím podpory a ochrany investic vlastních investorů na území druhého smluvního státu Dvoustranné Dohody.²²

V úvodu této analytické pasáže použijeme gramatický výklad, jakožto nejběžnější výkladovou právní metodu, vlastní i mezinárodnímu právu veřejnému, a to k rozboru sousloví „dvoustranná dohoda o podpoře a vzájemné ochraně investic.“ Pokud toto sousloví rozložíme na

²¹ Historicky se počátek éry Dohod datuje k 25. listopadu 1959, kdy byla uzavřena historicky první Dohoda, a to mezi Spolkovou republikou Německo a Islámskou republikou Pákistán.

²² SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law On Foreign Investment*. 2nd. Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 215.

jednotlivé prvky, dostaneme základní stavební kameny charakterizující tyto Dvoustranné Dohody:

- a) dvoustranná
- b) dohoda
- c) o podpoře a vzájemné ochraně
- d) investic.

Ad a) „**Dvojstrannost**“ Dohod tyto odlišuje od multilaterálních (a povětšinou regionálních) instrumentů ochrany investic, jako třeba NAFTA²³ či ECT,²⁴ které i přes určitou podobnost s Dvoustrannými Dohodami jsou vystavěné na odlišných východiscích, které ochranu a podporu investic spíše upozadují. Tato východiska akcentují primárně otázky geografické příbuznosti trhů (NAFTA) či specificky definovaný předmět regulace a ochrany (ECT). Naproti tomu Dvoustranné Dohody regulují materii podpory a ochrany investic bez preference jednotlivých segmentů trhu či geografické spřízněnosti, ale poskytují ochranu investicím zahraničních investorům tam, kde jsou splněny aplikační předpoklady BIT.

Ad b) Pojem „**Dohoda**“ značí, že se jedná o nástroj mezinárodního smluvního práva, tedy, že otázky přípravy, vzniku, změny či zániku, stejně tak jako otázky výkladu jednotlivých ustanovení Dvoustranné Dohody, se řídí ustanoveními Vídeňské úmluvy o smluvním právu.²⁵ Současně je z podstaty věci zřejmé, že se nejedná o výtvar obyčejového práva, ale o „jasně“ definovaný rámec smluvně zakotvených práv a

²³ North American Free Trade Agreement, 32 ILM 289, 605 (1993), dostupná v el. formě na: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp> (naposledy navštíveno dne 30. března 2015).

²⁴ Energy Charter Treaty, 34 ILM 360 (1995), dostupná v el. formě na http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf (naposledy navštíveno dne 30. března 2015).

²⁵ Vyhláška ministerstva zahraničních věcí ze dne 4. září 1987 č. 15/1988Sb., O Vídeňské úmluvě o smluvním právu.

povinností. Ona jasnost uvedená v předcházející větě je poněkud relativizována samotnou podstatou mezinárodního práva veřejného. Tato skutečnost plyne z faktu, že systém mezinárodního práva veřejného absentuje jeden ze základních znaků právního státu, kterým je existence moci zákonodárné, která by autoritativně určila, co je právo a co není. Jelikož jsou si všechny suverénní entity operující v systému mezinárodního práva veřejného (rozuměj státy) alespoň po formální stránce rovny, jsou tyto formální prameny mezinárodního práva výtvorem jejich vzájemného konsensu. Normotvorba spočívající v konsensu smluvních stran však představuje jeden z paradoxů tohoto právního odvětví, který leckdy spočívá právě v nadměrné obecnosti obsahu sjednávaných norem, což v konečném důsledku ponechává široké pole působnosti pro výklad těchto ustanovení ze strany rozhodčích orgánů. Zatímco v tradičním pojetí mezinárodního práva veřejného, kde sporová agenda plyne primárně z porušení závazků jedním ze suverénů vůči druhému a spor je následně rozhodován mezinárodním soudním orgánem, který povětšinou respektuje vůli stran vnořenou do jazykového ztvárnění předmětné smlouvy, investiční dohody posunují tuto praxi dále. Je třeba si uvědomit, že i přes to, že společný definiční znak spočívající v suverénních stranách daného konsensuálního aktu představovaného Dohodou je zde vyveden mimo systém mezinárodního soudnictví ve prospěch alternativy představované rozhodčím řízením, které svou relativní neformálností, která se promítá i okruhu osob, jež mohou být povolány k řešení investičních sporů, vnáší do klasického mezinárodněprávního systému mnohdy nepředvídatelné elementy, vyplývající z osobností samotných rozhodců, rozhodujících dané spory. Rozhodcům to však nelze mít za zlé- většina z nich je praktikem (advokátem), jenž je zvyklý pracovat s jazykem a výkladem textu v mnohem užším poli působnosti, než nabízí Dvoustranné Dohody. Tato definiční resp. pojmová šíře obsahu jednotlivých ustanovení Dvoustranných Dohod pak způsobuje, že k jednotlivým ustanovením, která definují rámec ochrany investic, byly napsány tisíce stran a autoři se mnohdy neshodnou, zda daný výklad je výkladem správným. A suverénní entity k této otázce sami mlčí, neboť

výklad poskytnutý jednou ze stran by mohl být zásahem do rozsahu konsensu představovaného textem Dohody samotné. Paradoxně zde tedy bez vnitřního zásahu smluvních stran vznikají výklady ustanovení, které by v samotné textaci mezinárodní smlouvy původně nikdo nehledal. Jako příklad může složit notoricky známý článek 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy, který stanoví, že „Pravomoc Centra se vztahuje na *veškeré spory vyplývající přímo z investice....*“²⁶

Mohlo by se zdát, že tato definice je jasná a nebude v praxi vytvářet jakékoliv problémy, když definice investice jako taková vyplývá přímo z příslušné Dohody a jelikož Washingtonská úmluva je procesní normou mezinárodní povahy, přímo pobízí k tomu dovozovat, že článek 25 je pouze propojovacím článkem mezi hmotněprávní a procesně právní rovinou sporu - tedy že spor je před Střediskem ICSID projednatelný v rámci pravomoci Střediska potud, pokud je naplněn kvalifikační test dle příslušné Dvoustranné Dohody. Opak je ovšem pravdou. I přes možná jasný záměr států, jakožto „konsensuálních zákonodárců“, praxe sama vytváří novou, další kvalifikační rovinu, která bývá v praxi nazývána jako tzv. „*double-keyhole*“ či „*double-barrel test*“²⁷. Dle těchto kvalifikačních testů totiž musí být k založení pravomoci Střediska ICSID prokázáno, že předmětný spor *plyne z investice* (definované a kvalifikované dle požadavků příslušné Dvoustranné Dohody) *a současně* na základě praxí *dodatečně vytvořené* definice investice ve smyslu čl. 25 Washingtonské úmluvy, která je obecně

²⁶ (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

²⁷ FELLEBAUM, Joshua. Introductory Remarks: An Overview of Investment Arbitration, 2 *Global Bus. L. Rev.* 1, 2011, dostupné v elektronické formě na: <http://engagedscholarship.csuohio.edu/gblr/vol2/iss1/3> (naposledy navštíveno dne 14. dubna 2015).

známá jako tzv. *Salini test*.²⁸ Z textu úmluvy samotné je zřejmé, že definice investice byla opomenuta úmyslně a lze se domnívat, že tomu tak mohlo být proto, aby bylo možné založit pravomoc Centra ICSID v co nejširším spektru investičních sporů. Tomuto přístupu by odpovídal tedy gramatický výklad, který spatřuje v textaci samotného mezinárodního smluvního instrumentu vtělenou vůli stran. Na druhé straně je zde silná skupina proponentů, kteří preferují teleologický výklad mezinárodních úmluv, přičemž z pohledu této skupiny zde dominuje sledovaný účel úmluvy resp. objektivní hledisko definice investice. To znamená, že bez ohledu na znění Dohody je třeba se vypořádat s tím, zda takováto investice naplňuje objektivní znaky investice z ekonomického hlediska (touto otázkou se budeme zabývat separátně v navazující podkapitole). Naprosto nekonceptně tedy došlo prostřednictvím rozhodovací praxe k vytvoření kvalifikačního testu, který nad rámec příslušné Dohody stanoví určující znaky investice pro účely založení pravomoci Centra ICSID. Přitom (ne) aplikace resp. změna tohoto testu postupem času od jednoho případu k dalšímu vyvolává extrémní pocit nejistoty u zúčastněných stran. Výše uvedený příklad, který není doposud judikaturou uspokojivě vyřešen a vyvolává tak nadále kontroverze, je pouze jednou z mnoha nedořešených otázek, které protkávají materii investičního řízení a vytváří tak velmi (někdy až negativně ve smyslu újmy právní jistotě) proměnný systém, jehož „živočišnost“ udávají právě osoby rozhodců, kteří pocházejí z rozličných právních systémů, kultur a oblastí praxe.

Ad c) Pojmy „**O podpoře a vzájemné ochraně**“ vyjadřují specifikum a rámec regulace předmětných Dvoustranných Dohod, kterými se tyto liší od ostatních instrumentů mezinárodního práva. Dvoustranné Dohody jsou uzavírány mezi suverénními entitami mezinárodního práva veřejného, přičemž však současně upravují ochranu subjektů práva soukromého pocházejících z druhého smluvního státu působících na

²⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, 31. July 2001.

území prvního smluvního státu za předpokladu, že tyto subjekty splňují předpoklady ochrany vycházející z aplikačního testu pro investora dle definičních ustanovení Dvoustranné Dohody. Dvoustrannou Dohodou se tak státy vzájemně zavazují dodržovat ve vztahu k daným soukromoprávním subjektům specifické režimy jednání, na základě kterých mají být těmto subjektům garantovány alespoň základní standardy zacházení zakotvené obyčejovým právem.²⁹

I když se povětšinou kromě preambule výslovně o *podpoře* investic v Dvoustranných Dohodách nehovoří, respektive tato myšlenka není jinde v obsahu prvních generací BIT výslovně rozvedena, tento jejich účel je vcelku jasný a plyne především z politicko-ekonomického předpokladu, že příliv zahraničních investic může stát zajistit pouze v případě, že garantuje zahraničním investorům stabilní a právem zakotvené standardy zajišťující ochranu jejich investic. Současně je třeba poznamenat, že smysl Dvoustranných Dohod původně spočíval v ochraně investorů zemí exportujících kapitál a že na základě tohoto předpokladu byly Dvoustranné Dohody následně i uzavírány- jednalo se tedy a do dnešní doby tuto skutečnost někteří autoři takto vnímají-, o pokračování koloniální politiky kapitál exportujících (tzv. „*capital-exporting countries*“) zemí.³⁰

Po analýze investičních sporů v druhé polovině 20. a první polovině druhé dekády 21. století je patrné, že převážná většina investičních sporů se dotýkala nároků investorů plynoucích z porušení Dvoustranných Dohod ze strany hostitelských států, týkajících se

²⁹ Pro bližší analýzu základních standardů obyčejové povahy srovnej TUDOR, Iona. *The Fair And Equitable Treatment Standard In The International Law Of Foreign Investment*, Oxford: Oxford University Press, 2008, str. 55-85 nebo BĚLOHLÁVEK, Alexander. Hmotněprávní standardy ochrany přímých zahraničních investic. *Právník: Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, 1/2012, roč. 151, str. 1 a násl.

³⁰ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy., *The International Law On Foreign Investment*. 2nd. Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2004, str. 214.

poskytování služeb značně odborné povahy, které technicky, respektive technologicky převyšovaly možnosti těchto hostitelských států, (typicky se jednalo například o výstavbu technologických celků, licencí na těžbu nerostných surovin či licence na poskytování radiového či televizního vysílání nebo provozování vodovodů jakožto předpokladu pro následnou realizaci materiálního zázemí pro provoz či modernizaci takovéto licence). Je však třeba zohlednit i druhou stranu mince - takovýto hostitelský stát poskytuje investorovi ideální tržní prostředí, neboť daný trh není, či alespoň v době vstupu investora do takovéhoho podnikatelského prostředí nebyl z hlediska účelového zaměření předmětné investice, dostatečně rozvinutý a proto investor vstupuje na území hostitelského státu fakticky v pozici monopolisty. Protože v těchto případech povětšinou vstupuje tedy investor na daný trh fakticky v monopolním postavení, vyvolává často jeho vstup na domácí trh hostitelského státu, (byť implicitně) potřebu regulace aktivit takovéhoho monopolního investora. Jedná se zde samozřejmě o značnou generalizaci, jejímž účelem je však snaha naznačit skutečné mechanismy fungování Dvoustranných Dohod v praxi.

Odpovídají však tyto mechanismy skutečně předmětu a účelu BITs a reflektují objektivně zájmy jejich tvůrců- vysokých smluvních stran??

Výše popsaný účel BITs, resp. mechanika jejich fungování je však předkládána skrze optiku investorů, kteří jsou adresáty příslušných závazků obsažených v předmětných Dohodách. Je třeba ovšem zohlednit účel, který těmito Dohodami sledují samotné smluvní státy, z jejichž hlediska je vymezený předmět ochrany investic spíše prostředkem pro dosažení jimi skutečně sledovaného účelu ochrany investic, kterými je spíše blahobyt jejich národa, ekonomický a technologický rozvoj a podpora zaměstnanosti uvnitř hostitelského státu skrze ochranu investic, přičemž tato hlediska jsou povětšinou z geopolitického hlediska přehlíženy a proto někteří autoři volají po redefinování předmětu, účelu a cílech systému ochrany investic skrze definování zájmových *paradigmat*, která by odrážela pozici jednotlivých účastníků

systemu ochrany investic.³¹ Je však třeba si položit otázku, zda je třeba vůbec k „předefinování“ v uvedeném rozsahu přistupovat – z čistě gramatického hlediska je totiž zcela zřejmé, že účelem Dohod je podpora a ochrana investic, jdoucí v ruku v ruce; přitom rozsah podpory je povětšinou definován v preambuli příslušné BIT, kdy z účelu takto definované „podpory“ je zřejmé, že takováto podpora investic má sloužit toliko k blahu národa hostitelského státu- z tohoto hlediska je tak fakticky podpora protipólem ochrany, kdy účelem podpory investic je snaha o přisun technologií a pokroku do rozvíjejícího se státu v zájmu jeho obyvatelstva, která je však na druhou stranu vyvážena ochranou těchto vstupujících investic tehdy, pokud právní řád hostitelského státu nedokáže efektivně chránit investora a jeho investici alespoň v míře odpovídající standardům domovského státu investora. Je třeba si položit otázku, zda stávající systém podpory a ochrany investic tyto etalony skutečně splňuje.

Není proto divu, že se objevují hlasy, které poukazují na intenzivní deficit legitimacy systému ochrany investic. Na základě analytické

³¹ Viz velice podnětný článek a práce prof. Anthei Robertsové, která se zaměřuje na zkoumání metaprávních aspektů systému ochrany investic prostřednictvím rolí a paradigmatických úhlů pohledu jednotlivých skupin účastníků investičního systému, na jejichž základě vysvětluje i praktické aspekty uchopení investiční problematiky jednotlivými rozhodčími senáty, viz ROBERTS, Anthea. Clash of paradigms: Actors and analogies shaping the investment treaty system. *American Journal of International Law*, vol. 107, no. 1, 2013 str. 45-94, přičemž dále volá po systémovém přehodnocení investiční ochrany z pohledu pozic a cílů sledovaných jednotlivými účastníky systému investiční ochrany, viz ROBERTS, Anthea. Triangular treaties: The extent and limits of investment treaty rights, *Harvard International Law Journal*, vol. 56, no. 2, 2015, str. 353-417. Nutno poznamenat, že její teorie paradigmat je přesvědčivá z hlediska odůvodnění závěrů a východisek zaujatých rozhodčími senáty, které optikou striktně mezinárodněprávní nejsou zcela přesvědčivá. Z mého pohledu profesorka Robertsová tak z pozice právníka-potenciálního účastníka systému otevírá postmoderní debatu k tématu přehodnocení koncepce ochrany investic skrze empiricky přesvědčivá odhalení pozadí otázek, které dřívější diskuse odůvodňovaly zásadně pozitivisticky. Zdá se však, že postmoderní stav investiční ochrany volá po přehodnocení těchto východisek, pokud má být legitimita systému udržena,

zprávy OECD³² totiž lze dospět k závěru, že je tento systém totiž extenzivně poznamenán vlastní instrumentalitou, která vyplývá z toho, že rozhodci-elitní právní odborníci, se rekrutují zejména z řad advokátů, profesorů či bývalých soudců, kteří dosáhli velmi seniorních pozic na svých působištích, zastoupení subjektů z prostřední státní správy je o poznání nižší, přitom několik rozhodců byly v minulosti vyjednávající BITs. Zpráva OECD dále poukazuje na to, že ICSID rozhodci jsou ze 60% právníci ze soukromé praxe; jedna třetina z nich jsou akademici na plný úvazek. Odhadem pouze 40% z nich jsou specialisti v oblasti veřejného práva. Dle zprávy OECD³³ více než 50% z rozhodců v oblasti ochrany investic někdy působilo jako poradci investorů v jiných investičních sporech, zatímco pouze 10% rozhodců bylo dříve poradcem států. Dále z analýzy plyne, že „podnikoví“ poradci vlád (státní zaměstnanci na ministerstvech a jiných ústředních orgánech, kterým je svěřena investiční politika dotčeného státu a současně působí jako zástupci domovského státu v investičních sporech) nebývají často a běžně nominováni ve sporech vůči jiným státům. Stejně tak vládní zástupci pro vyjednávání mezinárodních smluv mezi rozhodci taktéž nefigurují, přičemž dle OECD toto může být jedním z faktorů, který predeterminuje a ovlivňuje vývoj celého systému.³⁴

³² GAUKRODGER, D. and K. GORDON. Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community. *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing, 2012, str. 44 a násl., dostupné na <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en> (naposledy navštíveno dne 16. 8. 2016).

³³ GAUKRODGER, D. and K. GORDON. Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community. *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing, 2012, str. 44 a násl., dostupné na <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en> (naposledy navštíveno dne 16. 8. 2016).

³⁴ Tamtéž.

Zajímavá je i geografická analýza: rozhodci investičních sporů ve valné většině pocházejí z Evropy a Severní Ameriky, přičemž cca 75% jich pochází ze zemí OECD. Geografická analýza poukazuje na zajímavý aspekt: geograficky původ rozhodců silně kontrastuje s geografickým rozložením žalovaných států v ICSID řízeních.

Konečně možná nejsilnějším argumentem ohledně kontroly systému investičních řízení uvádí OECD s odkazem na analytickou studii WTO panelistů a ICSID investorů³⁵, dle které by měla být z hlediska formování systému zaměřena analytická pozornost nikoliv jen na jednotlivce z řad rozhodců, ale především na proliferující skupiny často jmenovaných rozhodců, kteří mohou formovat zvyky a obyčeje uvnitř širší rozhodcovské komunity.

Je zarážející, že v systému, který umožňuje stranám nominovat vlastní rozhodce jen s minimálními omezeními, existuje skupina *pouze* 12 rozhodců, kteří byli (jako členové senátu), v 60% velkého vzorku zkoumaných ICSID případů (z celkových 158 případů z 263 tribunálů), přičemž velké množství rozhodců vystupuje v jiných sporech jako právní zástupci nebo znalci na právní otázky.³⁶

Uvedené trendy mohou naznačovat, že zde existuje nepřímá synergie vytvářená prostřednictvím těchto osob, které ve sférách svého působení (zejména v akademickém sektoru) formují názory odborné veřejnosti a vychovávají v tomto duchu další generace právníků, kteří tato dogmata

³⁵ COSTA, J.A. Fontoura, Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: The Creation of international Legal Fields, *Onati Socio-Legal Series*, vol.1, n. 4, str 14 a násl., ROGERS, A.Cathrine. The Vocation of the International Arbitrator, *20 American University International Law* vol. 20, 957, 958 (2005).

³⁶ GAUKRODGER, D. a K. GORDON. Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing., 2012 str. 45, dostupné na <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en> (naposledy navštíveno dne 16. 8. 2016).

nevědomky přejímají jako východiska pro vlastní postoje k problematice.

Závěry uvedené studie naznačují, že právě pozadí a právní prostředí těchto osob může být významným faktorem pro tvarování systému směrem k jeho de-internacionalizaci v důsledku čehož je ohrožena jeho legitimita i dovnitř systému, tj. vůči smluvním státům, které se mohou cítit ohroženy ztrátou kontroly nikoliv jen na úrovni mezistátní, ale i směrem dovnitř tam, kde tyto bilaterální závazky fakticky limitují jejich svrchovanou pravomoc regulovat dění a směřování vlastního státu.

Situace však není zcela bezvýchodná, neboť alespoň na úrovni ICSID si (některé) rozhodčí senáty uvědomují podstatu problému, a byť tak činí dle mého názoru v rozporu s interpretačními pravidly pro výklad Dohod, pozvolna mění investiční systém právě směrem k podstatě jeho účelu. Tato vlna hledání legitimacy systému tak má dle mého názoru odraz právě v extenzivním vývoji čl. 25 Úmluvy ICSID, který slouží investorům jako brána do rozhodčí arény, v níž mohou se suverémem poměřit své zbraně jako rovný s rovným. A právě strážci této brány zřejmě pocítili, že neurčitý pojem „sporů z investic“ jim jako rozhodcům těchto sporů, kterým byla z dlouhodobého hlediska svěřena moc *de facto* kvazi-zákonodárná, umožňuje dotvořením obsahu definice „investice“ pro jurisdikční účely, chránit přehlížené zájmy smluvních států a fakticky posílit legitimitu systému, která je mnohdy považována za dávno ztracenou. Tento pohled může představovat jedno z hledisek pro vysvětlení, proč interpretace Úmluvy ICSID skrze *Sallini* test zašla natolik daleko, když formálně vzato sama Úmluva ICSID ponechala tento pojem úmyslně neurčitým. Snad je tento trend pouze projevem subjektivních a vnějších vlivů dovnitř systému, který sám hledá meze své legitimacy-i proto hovořím o postmoderní fázi vývoje systému ochrany investic, která navázala na moderní fázi- fázi proliferace sporové agendy, která byla, troufám si říct, silně pro-investorská, přičemž vnitřní synergické efekty ovlivňující evoluci tohoto právního systému prostřednictvím výkladu jeho jednotlivých instrumentů zřejmě

mohly narazit na limitace vyplývající ze samotné podstaty systému, kterým je právě souhlas smluvních stran států, jakožto jeho zakladatelů, směrem k hledání jeho legitimacy, což je právě projev pro-státních tendencí.

Ale na věc lze nahlížet i jinak-z historického hlediska je systém BIT fakticky pokračováním kolonizačních tendencí rozvinutých zemí vůči zemím rozvojovým, což je patrné z obsahu závazků stanovených v rámci BITs, z nich lze mezi řádky vyčíst skutečnost, že účelem ochrany investic je zajistit (alespoň formálně) na území rozvojového státu určitý standard ochrany investorovi, na který je zvyklý ze svého domova. Jedná se tak fakticky o „právní kolonizaci“ rozvojových zemí, z nichž operují silní investoři, mnohdy nadnárodní korporace, jejichž ekonomická síla může v některých případech dosahovat násobků HDP hostitelského státu. V takové situaci je zřejmé, že rozvinutý stát, jakožto domovský přístav investora, který je smluvní stranou dané BIT a sám se zde zavazuje k poskytnutí určité míry ochrany investic investorům z rozvojové strany BIT, nepociťuje potřebu daný systém jakkoliv měnit či formovat, neboť očekávání plynoucích z daných závazků vůči druhé straně pro absenci investorů či standardy ochrany vůči úrovni vývoje jeho vnitřního práva jsou pod jeho rozlišovací schopnosti. Situace se však radikálně mění v případě, kdy následky „bilaterálního exportu závazků zacházení“ budou použity i vůči těmto rozvinutým zemím a ty se ocitnou v pozici žalovaného státu, což se právě děje. Je tedy namístě si položit otázku, zda posun paradigmatu směrem k zájmům smluvních stran BIT nebyl vyvolán samotnou skutečností, že instrumentárium ekonomické expanze rozvinutých zemí narazilo na bilaterální mez limitující jejich suverénní svrchovanost skrze prostý fakt, že jsou nyní adresáty povinností z Dohod, u nichž z historického hlediska při jejich sjednávání nepředpokládaly, že by mohly předpokládané následky vůbec vyvolat.

Bez ohledu na důvody a pozadí změny vývoje tohoto paradigmatu bude zajímavé jistě sledovat, zda v závislosti na efektivní otestování mezí

systemu z hlediska zájmů států lze dospět do situace normativní rovnováhy, která bude reflektovat zájmy všech zúčastněných entit předvídatelně a spravedlivě a jakým způsobem se tento vývoj promítne do fungování systému ochrany investic jako celku.

Ad d) „**Investice**“ je z pohledu Dvoustranných Dohod stěžejním pojmem, neboť se jedná o předmět ochrany Dvoustranných Dohod, který představuje spojnicí veškerých rovin mechanismů ochrany investic, a to ať v hmotně-právní, tak v procesně-právní rovině. Bez vymezení rámce a následné existence investice není možná ani její efektivní ochrana. Z tohoto hlediska tedy definice investice obsažené v daných Dvoustranných Dohodách fungují jako specifické „filtry“, na základě kterých je možné identifikovat, jaký vnos investora je možno subsumovat do rámce investice definované Vysokými smluvními stranami (státy) a tudíž, zda takovému vnosu (který by byl obecně považován za investici) přináleží ochrana dle standardů obsažených v Dvoustranné Dohodě. Je zde však třeba sledovat i ekonomicko-politické hledisko daných definic-účelem BIT je totiž krom ochrany investic současně také jejich podpora, která spočívá ve snaze hostitelského státu přilákat zahraniční investory a jejich investice na své území. Proto jsou obecně definice investice pojímány velmi široce, aby byly pokryty různorodé typy a druhy možných investic.

Rozsah definice investice se v jednotlivých Dvoustranných Dohodách liší, i když primárně první generace dohody vycházel ze vzorové dohody OECD z roku 1967³⁷, která byla obecně postavena na ochraně „majetku“ cizinců, ovšem její čl. 9 písm. c) tuto definici dále precizoval způsobem,

³⁷ The OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, dostupný v el. formě na:<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf> (naposledy navštíveno dne 1. 4. 2015).

kteřý je do dnešního dne zřejmý ze znění samotných Dvoustranných Dohod.³⁸

Jako příklad pro znázornění architektonicko-legislativní stavby Dohod nám zde může posloužit Dohoda mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic (dále jen „**CZ-CH BIT**“), dle jejíhož čl. 1 odst. 2 se pro účely dané Dohody pojem „investice“ zahrnuje „*všechny druhy majetkových hodnot, zejména...*“, přičemž navazuje demonstrativní výčet majetkových hodnot- respektive *druhů* majetkových hodnot rozdělených dle jejich povahy- tj. movitý a nemovitý majetek, akcie, podíly nebo jakékoliv jiné účasti na společnostech; *nároky a práva k jakémukoliv plnění*, práva z duševního vlastnictví, oprávnění dle veřejného práva (licence, koncese) vč. výnosů z nich. Definice je to toliko demonstrativní, podstatnou je „povaha“ investice jakožto majetkové hodnoty. Z hlediska této práce je významné, že i nárok (toliko i nárok investiční) může být považován za investici, za předpokladu, že bude mít hospodářskou hodnotu. Definice skrze hospodářskou hodnotu plnění dle mého poukazuje na to, že tato hodnota musí být objektivně určitelná resp. ocenitelná.

Důvodem širokého nastavení rozsahu definice investic může být dle názoru autora i skutečnost, že Dvoustranné Dohody představují vyjádření konsensu dvou suverénních států ohledně otázky definice investice a z tohoto pohledu daná definice představuje nejobecnější platformu možné shody ohledně dané otázky ze strany těchto suverénních entit. S ohledem na formální rovnost obou smluvních stran vyplývající z principů mezinárodního práva veřejného je pak zřejmé, že šíře definice investice vyplývá spíše z požadavku na toto nastavení od

³⁸ Čl. 9 písm. c) vzorové dohody OECD 1967 pak zahrnuje pod definici majetku (investice) v nejširším slova smyslu, a zahrnuje sem i podíly na společnostech ovládaných cizinci (i ve smyslu cizích korporací).

kapitál exportujícího státu, který se tímto nastavením snaží poskytnout komfort svým investorům.

Někteří autoři³⁹ uvádějí, že odraz ekonomické reality je z teoretického hlediska v rámci jednotlivých modelových Dvoustranných Dohod nepřesné, neboť nereflektuje dlouhodobost investice. Dlouhodobost investice totiž z tohoto hlediska daný institut povyšuje nad rámec běžné obchodní transakce, u které není dán důvod k nadstandardnímu rámci ochrany. Tyto tendence jsou patrné především v souvislosti s výkladem definice ve smyslu čl. 25 Washingtonské úmluvy, kde je pojmu „investice“ pro účely založení pravomoci Centra ICSID, nutno poznamenat, že k nevoli řady investorů, jakož i jejich právních zástupců, a to zcela nad rámec obsahu samotné Washingtonské úmluvy. Fakticky zde tedy, což bylo naznačeno již v úvodní části této kapitoly, vzniká zcela nesystematicky další filtr údajně objektivních hledisek pro hodnocení investice, který (některé) rozhodčí senáty aplikují právě tehdy, pokud se strana investičního sporu domáhá ochrany před Střediskem ICSID, a to nad rámec kvalifikačních znaků stanovených příslušnou Dvoustrannou Dohodou.

Pominu-li nepředvídatelnost tohoto počínání rozhodčích senátů s ohledem na zavedení určitých objektivních kritérií pro definici investice do systému ICSID, a to i přes to, že chápou úmysl vedoucí k této snaze (tj. jasně rozlišit „běžnou“ mezinárodní transakci od investice), mám za to, že předmětná snaha o vytvoření objektivní ekonomicko-právní definice investice je předem odsouzena k záhubě. Objektivní stanovení určovacích znaků investice tedy znamená exaktní stanovení hodnotících kritérií, tj. například délky trvání investice, etc. Takovéto počínání však jde proti úmyslu „otců zakladatelů ICSID“⁴⁰,

³⁹ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*, Praha: Linde 2008, 2. doplněné vydání, s. 32.

⁴⁰ Schreuer v této souvislosti ve svém velkém komentáři k Úmluvě ICSID uvádí, že: „*Because the drafters of the Convention could not come to a consensus, the term “investment” was never defined.*“

neboť dle mého názoru lze ze samotné textace Washingtonské úmluvy spíše vyčíst snahu o nastavení předmětného systému co nejšířěji, přičemž použití termínu „*investment*“ v čl. 25 dle mého názoru mělo spíše sloužit k propojení příslušných Dvoustranných Dohod stanovujících hmotněprávní rámec ochrany s tou procesněprávní rovinou představovanou Washingtonskou úmluvou. I navzdory tomu, že tento pohled je omezen pouze na hledisko Dvoustranných Dohod, nelze ovšem opomenout investiční smlouvy individuální povahy, kde v případě absence konsensu je pak otázka hodnocení investice ponechána právě příslušnému rozhodčím senátu.

Je ovšem otázkou, zda hlediska posuzování investice dle Washingtonské úmluvy jsou výstižná, když se odklánějí od definice právní a

Viz SCHREUER, *Komentář* str. 117 a násl. Autor tohoto článku si dovolí utlivě s názorem prof. Schreura na tomto místě zapolemizovat; Zpráva výkonných ředitelů k ICSID (viz *Report Of Executive Directors On The Convention On The Settlement Of Investment Disputes Between States And Nationals Of The Other States*, Resolution no. 214, adopted by the Board of Governons on September 10, 1964 (dále jen jako „**Zpráva ICSID**“), str. 44, odst.27 kde je v souvislosti s pravomocí Centra ICSID při rozhodování sporů z investic výslovně pojednáno i o povaze sporu jako takového, přičemž je zde uvedeno, že „nebyl učiněn ani pokus definovat pojem „investice“ s ohledem na požadavek existence splnění bazálního předpokladu spočívajícího v souhlasu stran sporu s předložením tohoto sporu Středisku ICSID a současně při zohlednění mechanismu, který umožňuje Smluvním stranám dát dopředu vědět, pokud si to přejí, kategorie sporů, které budou a nebo nebudou ochotny předložit Středisku ICSID (čl. 25/4 Washingtonské úmluvy)“(přeloženo autorem). Z tohoto hlediska je tak zřejmé, že autoři Úmluvy ICSID vycházeli při její přípravě ze zcela neotřesitelného předpokladu, že základem jurisdikce Centra ICSID bude vždy souhlas smluvních stran, který může být limitován rozhodnutím oznámeným generálnímu sekretáři ICSID, které kategorie či typy sporů (dle názoru autora myšleno též s ohledem na povahu merita věci či např. s ohledem na skutečnost, že dané spory nejsou dle vnitrostátního práva hostitelského státu arbitrabilní) nebude Smluvní strana (stát) ochoten skrze Středisko ICSID řešit. Z tohoto hlediska je pak judikatorní vývoj k čl. 25 Úmluvy ICSID zcela nepochopitelným odklonem od smyslu a účelu Washingtonské úmluvy jako umělý konstrukt rozhodčí praxe, která však nemá oporu v psaném právu.

implementují definici ekonomickou, která tvoří předpoklad pro následné právní závěry. Ekonomická definice investice, i když zobecňuje ekonomické znaky takovéto aktivity, není rozhodně ideálním modelem pro vytvoření právní definice investice, neboť vychází z obecných ekonomických hledisek (požadavek, aby investice přinášela ekonomický přínos), reflexí podnikatelského rizika, tj. povahy podnikatelské činnosti jako takové, a dále pak podmínek, jež jsou z právního hlediska dle názoru autora v obecné rovině neimplementovatelné, aniž by byl zachován účel předmětných Dvoustranných Dohod (tj. implementace určitého trvání investice).⁴¹

Dovolím si argumentovat tím, že výše uvedené elementy resp. prvky naplňující ve své celistvosti definici investice, jsou prvky ryze ekonomickými, protože každý z těchto prvků je definován na základě kvantifikovatelných veličin. Promítání těchto ekonomických veličin do právní regulace by pak musel investor prokazovat splnění daného kritéria resp. určitého stupně podnikatelského rizika, délky trvání investice či výše ekonomického přínosu, bychom se dostali do situace, kdy by investor, jenž nedosahuje daných hraničních kvalifikačních hodnot, byl vystaven libovůli hostitelského státu. Takovýto stav je samozřejmě zcela nepřijatelný. To ovšem neznamená, že ekonomické faktory nemohou být v jednotlivých případech jakkoliv zohledněny - ostatně toto je bohužel situace, do které byly vtaženy rozhodčí tribunály rozhodující spory u rozhodčího střediska ICSID.

Výše uvedené faktory, i když jsou z ekonomického hlediska jistě výstižnými, prostě není možné do právní konstrukce definice investice zahrnout, protože rámec investic je natolik barvitý a proměnný, že jakékoliv pevné stanovení limitů by prostě nebylo spravedlivé. Otázkou ovšem zůstává, zda právě ve vztahu k Dvoustranným Dohodám by čl. 25 Washingtonské úmluvy měl být vůbec jakkoliv interpretován a neměl

⁴¹ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*, Praha: Linde 2008, 2. doplněné vydání, str. 21 a násl.

sloužit jako záchytná síť jen pro „investice“ nespádající pod ochranu Dvoustranných Dohod. Podívejme se ovšem na problematiku čl. 25 ICSID z pohledu *de lege artis* detailněji též po technické stránce.

2.2. Pojem investice dle čl. 25 ICSID a dosah její inter-platformní omnipotence

Vedle prokázání skutečnosti, že majetková hodnota realizovaná investorem splňuje definici dle příslušné BIT, je pro případné zahájení řízení u Střediska ICSID třeba, aby byly naplněny současně též předpoklady pro evaluaci realizované hodnoty investora ve smyslu definice investice dle čl. 25 (1) Washingtonské úmluvy:

„Soudní pravomoc Střediska se vztahuje na každý právní spor vznikající přímo z investice mezi smluvním státem (nebo orgánem či zastoupením smluvního státu určeným Středisku tímto státem) a občanem jiného smluvního státu, o němž strany ve sporu písemně souhlasí, že bude předložen Středisku...“

Pojem investice přitom není v ICSID nikde definován. Jak vyplývá z *travaux préparatoires*, po mnoha návrzích na rozvedení daného pojmu při sjednávání úmluvy došlo nakonec k tomu, že definice resp. její obsah byl úmyslně ponechán v rovině neurčitosti, což bylo prapůvodním úmyslem smluvních stran Washingtonské úmluvy právě proto, aby zde zůstal prostor pro extenzivní interpretaci a výklad daného pojmu s ohledem na specifika toho kterého případu a přístupu jednotlivých tribunálů.⁴²

⁴² Viz. SCHREUER, *Komentář* u poznámky pod čarou č. 39.

Vyozorovatelné jsou v zásadě dva přístupy k pojetí investice v režimu ICSID, přičemž tyto pojetí se promítají do tzv. objektivního⁴³ a subjektivního (intuitivního) testu⁴⁴ hodnocení obsahu investice.

Objektivní přístup reflektuje ideu, že „investice“ dle ICSID, aby byla považována za investici v duchu čl. 25, musí splňovat předepsané kvalifikační předpoklady a znaky, které vycházejí z výkladu a interpretace Washingtonské úmluvy a proto je zcela nezávislá a samostatná na definici investice dle příslušné BIT, jejíž porušení se v rámci řízení před Střediskem ICSID má řešit.

Důsledkem aplikace této autonomní doktríny dochází k absurdnímu stavu tzv. dvojitého testu, který byl autory popsán jako tzv. *double keyhole* standard či test.

Kritikové tohoto testu poukazují na to, že na jeho základě dochází současně k dvojímu zkoumání existence a naplnění kvalifikačních předpokladů investice a to jak na úrovni příslušné Dvoustranné Dohody z hmotněprávního hlediska, tak současně na úrovni čl. 25 ICSID z hlediska přípustnosti sporu z takovéto investice- tedy primárně pro účely procesní (tj. přípustnosti řízení), i když hodnocení povahy dané investice v tomto okamžiku probíhá výsostně v rovině hmotněprávní bez toho, aby však ICSID stanovil pro tento přístup jakýkoliv závazný předpoklad a na něj navazující postup.

Při aplikaci této doktríny tak logicky muselo dojít k vytvoření a zakotvení judikatorních principů a pravidel z hlediska předvídatelnosti.

⁴³ *Československá Obchodní Banka, a.s. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4.

⁴⁴ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly *FTR Holding SA, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*).

Tyto pravidla jsou nazývána jako tzv. *Salini* (resp. *recte* Fedax) test.⁴⁵ Na základě aplikace těchto postupů se pak jedná o investici dle čl. 25 ICSID za předpokladu, že daný vnos investora splňuje kritéria (1) trvání (dlouhodobosti) jako protiklad jednorázové povahy vnosu (rozuměj investice); (2) pravidelnosti příjmu a obrátů spojených s investicí, (3) určité míry rizika spojená s předmětnou investicí, (4) význam investice jakožto podstatného závazku investora a (5) význam investice pro rozvoj hostitelského státu. Legitimnost tohoto testu však nadále zůstává předmětem sporů jak na akademické, tak praktické úrovni.⁴⁶

Účelem této části práce rozhodně není detailně analyzovat tento dle osobního názoru autora poněkud nešťastný přístup k subjektivně zaujatému výkladu mezinárodního práva veřejného; výklad k problematice otázek definice investice a jeho souvislostí je zcela bazální pokud si s ohledem na předmět práce z hlediska ICSID (a případně též jiných procesních for, která nejsou natolik specificky procesně regulována) položíme otázku, zda definice investice jakožto jeden z hmotněprávních předpokladů aplikace režimu ochrany investic může být, a případně zda pravidelně bývá z hlediska investičních tribunálů považován za podmínku řízení, kterážto zde musí být dána po celou dobu řízení a jejíž existenci by měl rozhodčí tribunál zkoumat kdykoliv během řízení.

Tato otázka, byť se může jevit zcela triviální, má dle autora zásadní význam pro hodnocení přípustnosti dispozic s investicí, resp. procesních následků těchto dispozic, neboť v závislosti na procesních pravidlech a současně způsobu pojmání a vnímání naplnění definice investice též z tohoto procesního hlediska má resp. může mít (při současné absenci relevantních rozhodnutí, která by do této problematiky

⁴⁵ Viz. Případ *Salini a Fedax N.V. v The Republic of Venezuela* (ICSID Case no. ARB/96/3), Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.

⁴⁶ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 190

vnesla jasno) význam pro dispoziční volnost investora s jeho nárokem resp. případného dopadu na zamýšlené účinky dispozice. S ohledem na výsledky našich zjištění bude tato otázka blíže rozvedena v závěru této práce.

Na tomto místě je třeba poukázat na další ze zajímavých faktorů povahy výkladu ICSID a „její“ judikatury, který jde ruku v ruce s trendy plíživého výkladu norem mezinárodního práva veřejného mimo soudní instance povolane v rámci poválečného systému mezinárodního práva veřejného (viz režim OSN a MSD jakožto instituce povolane k výkladu a interpretaci norem mezinárodního práva veřejného ve smyslu a v souladu se Statutem MSD, a na základě výslovně stanovených pravidel dle jeho čl. 38.⁴⁷

Postupnou partikularizací MPV a vytvářením autonomních režimů v systému mezinárodního práva, kdy problematika ochrany investic jistě představuje jeden z takovýchto relativně samostatných režimů v rámci MPV, bohužel dochází k tomu, že v mnoha případech resp. v mnoha ohledech se rozhodčí tribunály soustřeďují na rozvíjení a prohlubování vlastních doktrín (viz *Sallini test*) uvnitř daného normativního systému (zde řízení ICSID), přitom ale ignorují samotný holý fakt, že tento systém je vybudován v rámci vztahů mezi smluvními státy- suverénními entitami-a z pohledu obecné teorie a doktrín MPV tedy pouze to, co vyplývá z gramatického obsahu mezinárodních norem jakožto výsledku konsensu těchto suverénních entit představuje pravidla, kterými se tyto entity hodlají vázat, byť může být jejich motivace legitimní, jak rozvedeno výše, ovšem podlamuje předvídatelnost systému jako celku.

Optikou této konzervativní výkladové metody k normám MPV je třeba dospět k závěru, že jakékoliv vytváření pravidel, ať již výkladových či aplikačních, v systému vytvořeném mezinárodními smluvními

⁴⁷ Statute of the International Court of Justice, adopted on 26. 06. 1945, Art. 38.

instrumenty (ať již BIT či multilaterálními) tam, kde tyto smluvní rámce sami nepředvídají a nedávají komukoliv další pravomoc v rámci daného systému vytvářet další pravidla či konsensus (čti smluvní pravidla) vytvořený suverénními entitami dále rozvíjet či dotvářet, nemohou mít účinek vůči tvůrcům systému-suverénům samotným a jakékoliv umělé vyplňování účelových *caveat* s úmyslem vytvořit či dotvořit daná pravidla na výkladové úrovni je nesprávné nejen z hlediska zcela nepředvídatelných výsledků pro účastníky řízení a to na obou stranách sporu, ale v daném případě čl. 25 ICSID je primárně zcela v rozporu s výslovným úmyslem „tvůrců“ ICSID, kteří tvořili konsensus Vysokých smluvních stran této Úmluvy a dle komentářové literatury resp. *travaux preparatoire* úmyslně ponechali definici investice „prázdnou“ za účelem jejího *ad hoc* posouzení případ od případu.

Ve sféře investičního rozhodčího řízení se však nejedná v případě snah o „naplnění“ neurčitého pojmu definice čl. 25 ICSID bohužel o osamocenou výjimku. Skutečnost, že řešení sporů z investic je plošně svěřeno do rukou rozhodců-fyzických osob, jejichž pravomoc k rozhodování daného sporu spočívá v první řadě na konsensu stran sporu ohledně angažmá této osoby jakožto rozhodce, aniž by znalost problematiky MPV byla mnohdy považována za zásadní, dochází v rámci rozhodovací praxe na jednotlivých platformách pro řešení sporů z investic k pozvolné tvorbě doktrín, které zcela ignorují právě nosný rámec MPV pro celý systém investiční ochrany. Tato skutečnost je však extrémně nebezpečná co do stability a předvídatelnosti systému- který- pokud má mít i nadále smysl (přičemž hlasy kritiků nadále sílí, a to nejen v rámci EU) musí být předvídatelný a svým způsobem též rigidní, neboť rozhodci fungují v systému vytvořeném a nastaveném s veškerými jeho chybami a nedostatky suverénními entitami, které byly ochotné se podřídit tomuto diagonálnímu systému pro řešení sporů za předpokladu jeho nastavené funkcionality. Bohužel, jak bylo uvedeno výše, existují zde tendence, které se daný systém pokoušejí dotvářet zevnitř, ovšem bez legitimace tvůrců tohoto systému a troufám si tvrdit,

k jeho škodě, což v důsledku může vést k zániku daného partikulárního režimu pro řešení sporů z investic jako takových, neboť mj. v důsledku kradmého vývoje zevnitř dojde k jeho vlastní diskreditaci.

Že se jedná o trend plošný je možno demonstrovat na jiném případě⁴⁸, kde naopak rozhodci povolání stranami na základě mechanismu předvídaného česko-švýcarskou BIT⁴⁹ k rozhodování sporu dle pravidel UNCITRAL 2009, tedy v řízení, které s principy ICSID resp. čl. 25 nemělo ničeho co dočinění.

I přesto však rozhodci s odkazem na skutečnost že právě proto, že daná BIT odkazuje co do způsobu řešení sporů na Centrum ICSID, tak dle jejich názoru je právě z tohoto důvodu dán předpoklad pro aplikaci testu *Sallini* který je ovšem vlastní aplikačnímu výkladu Washingtonské úmluvy a jejím specifickým a tedy v rámci *ad hoc* řízení dle pravidel UNCITRAL nemá jistě místo, senát zcela překvapivě dospěl k závěru, že aplikace tohoto testu je nezbytná právě pro zjištění, zda jsou splněny kvalifikační předpoklady založení pravomoci tohoto rozhodčího senátu pro řešení sporu z investic. To ovšem v případě, kdy pravidla UNCITRAL žádná omezení byť vzdáleně připomínající *Salini test* neobsahují. V daném případě totiž rozhodčí tribunál měl postupovat výlučně dle ustanovení příslušné BIT, jejíž znění není postiženo neurčitostí, která byla svěřena čl. 25 ICSID úmyslně.

Tento jeden z vícero podobných procesních lapsů rezonujících v poslední době pouze dokládá skutečnost, že systém ochrany investic je fakticky v rukou rozhodčích senátů, které svou nedůsledností či

⁴⁸ *Alps France v. The Slovak Republic*, ICC náleze ze dne 5. března 2011, zejména odst. 241 a násl. dostupný v el. Formě: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0027.pdf> (naposledy navštíveno 27. 3. 2016).

⁴⁹ Dohoda mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic. Publikována jako Sdělení FMZV 459/1991 Sb. (dále též jen jako „**CZ-CH BIT**“).

laxností ohledně výkladu smluvních instrumentů přispívají k netransparentnosti a nepředvídatelnosti rozhodovací praxe jakož i snahou o interplatformní výklad těchto instrumentů, které však nemají oporu v psaném právu, vede k posilování hlasů, které volají po nalezení ztracené legitimacy systému.

Výše uvedený příklad pouze demonstruje argumenty, které posilují stále rostoucí skupinu kritiků systému jako celku a kteří poukazují především na kradnou transformaci systému investiční ochrany ze specifické odnože MPV do vnitrostátních systémů, respektive jeho regulaci režimem MPV ztrácí již význam, neboť mnohé z hostitelských států již mezinárodními úmluvami sjednané standardy běžně zakomponovaly do svého vnitrostátního práva a proto poukazují na to, že moderní právní systémy jsou již v dnešní době natolik vyspělé, že ochrana investic skrze BITs představuje reziduum postkoloniální éry a není pro ni v 21. století místo. Režim ochrany investic (především v rámci EU) je pak vnímán jako přežitek a pozitivní diskriminace na úkor příslušníků EU.⁵⁰ Otázkou však je, což jsem naznačil již výše, zda tyto hlasy nejsou politické hlasy rozvinutých zemí, které v důsledku proměny paradigmat tohoto systému nepociťují obavu z toho, že by sami mohly být v důsledku vývoje rozvíjejících se zemí a přicházejících investorů konfrontovány se závazky obsaženými v BITs, s jejichž praktickou implikací v době jejich poskytnutí prakticky nepočítaly.

Pokud má být systém ochrany investic zachován, je nezbytně nutné, aby mu byla znovuobjevena jeho legitimita, resp. racionálně umlčeny hlasy, které její ztrátu proklamují. Legitimita však plyne z jednání samotných suverénních entit, která položily základy tohoto systému a návrat k zakládáním principům, neboť právě v moderní společnosti existence

⁵⁰ Viz např. EUROPEAN COMMISSION. *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, Factsheet*, November 2013, dostupný v el. formě na http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf (naposledy navštíveno 12. 12. 2016).

takovéhoto dodatečného systému ochrany (fakticky jakékoliv) 3. strany nemůže ohrozit základní systém demokratického zřízení, jakož i nosných principů základních svobod občanů EU.

Bez ohledu na doktrinální tendence čtenáře této práce je třeba při studiu tohoto materiálu vzít v potaz autorovo negativní stanovisko vůči výše popsaným tendencím vývoje doktríny výkladu mezinárodních smluvních instrumentů v režimu ochrany investic, neboť tento postoj značně ovlivňuje názorovou a argumentační linii, která je podstatná pro tuto práci a její závěry se opírají právě o názorová východiska autora, který se snaží být vůči posunům paradigmat inertní. Byť autoři jako prof. Robertsová, kteří meta-právní analýzou systému a jejich účastníků pomáhají identifikovat a interpretovat systémové deficity ochrany investic, je to především úkolem zakladatelů systému- Vysokých smluvních stran, aby v rámci dialogu všech zúčastněných aktivně interpretovaly smluvní instrumenty a definovaly rámec tohoto systému i skrze dialog s veřejností ohledně přínosu těchto investičních nástrojů a domácí investiční politiky vůbec, což se však pohledem zvnějšku neděje, resp. přístup státu je dle vlastních zkušeností autora k těmto otázkám spíše rezervovaný.

2.3. Pojem „investor“ dle Dohody - hledisko *ratione personae*

Vedle definice investice je klíčovou též definice investora, jako druhého, nikoliv však méně důležitého definičního a konstitutivního prvku představujícího *conditio sine qua non* pro aplikaci pravidel pro ochranu investic, když chráněna je toliko investice *investora*.

Existence investora představuje nezbytný předpoklad pro aplikaci ochrany dle BIT je vázáno na existenci vztahu investora k domovskému státu založenému státní příslušností (angl. „*nationality*“)⁵¹ státu, který je smluvního stranou BIT a zároveň není státem hostitelským.

⁵¹ Tento pojem je třeba rozumět v širším kontextu- ztj. Nikoliv pouze státní příslušnosti občanské, nýbrž ale též i z hlediska korporací co do práva státu inkorporace, v důsledku které dochází k podřízení

Pojem státní příslušnosti se v mezinárodním právu veřejném přitom váže jak k osobám fyzickým, tak osobám právnickým- jakožto místo a právo inkorporace. Předmětná BIT pak stanoví předpoklady pro naplnění daného kvalifikačního znaku.

2.4. Investor dle Úmluvy ICSID

Čl. 25 (2) (b) Washingtonské úmluvy stanoví, že:

„Jakákoliv právnická osoba, která měla příslušnost jiného smluvního státu, než je stát smluvní strany ve sporu, v den, kdy se strany dohodly předložit takový spor ke smírčímu nebo rozhodčímu řízení, a jakákoliv právnická osoba, která měla příslušnost strany smluvního státu ve sporu k tomuto datu a která na základě zahraniční kontroly, na niž se strany dohodly, by měla být pro účely této Úmluvy považována za subjekt jiného smluvního státu.“

Zde je třeba se pozastavit nad tím, že „státní příslušnost“ není ve Washingtonské úmluvě nikde definována. Ostatně tak je tomu i s „právnickou osobou“. Dle Schreuerova komentáře k výše uvedenému ustanovení právnická osoba musí mít právní osobnost založenou zřízenou dle práva státu jednoho ze států Dohody.⁵²

Dle podpůrných pramenů mezinárodního práva - a to jak dle prací „kvalifikovaných znalců v oboru mezinárodního práva“, tak i rozhodčích nálezů⁵³ vydaných v řízeních dle Pravidel ICSID lze mít za

právnické osobě právnímu řádu takového státu a per analogiam tak dochází fakticky k založení „státní příslušnosti“ i takovéto právnické osoby- korporace v širším slova smyslu. K významu korporátní „příslušnosti“, významu práva státu inkorporace a mezinárodního práva viz MACH, Tomáš. Freedom of Establishment of Corporations, Relocation of Seats and the Phenomenon of Societas Europea: Implications for Corporate Nationality and Investment Protection, *AA Law Forum*, No. 3, December 2011, ISSN 1804-1094, str. 10 násl..

⁵² SCHREUER, *Komentář*, str.292, odst. 741 a násl..

⁵³ Srov. např. *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica*, (ICSID Case No.ARB/74/3); *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, (ICSID Case No. ARB/84/3); *Société*

to, že jsou zde rozeznávána dvě základní kritéria pro posuzování státní příslušnosti právnických osob – kritérium inkorporace a sídla ve smluvním státě Washingtonské úmluvy.⁵⁴

Stejně jako v případě definice investice je i v případě definice investora zásadní, zda z procesního hlediska je naplnění předpokladů resp. definice investora to, zda prokázání naplnění těchto definic má povahu pouhého předpokladu pro vedení investičního rozhodčího řízení- tedy zda jej rozhodčí senát zkoumá jen při zahájení rozhodčího řízení anebo zda naplnění obou těchto předpokladů má povahu podmínky řízení a tedy *per analogiam* k české vnitrostátní úpravě musí být tyto předpoklady naplněny v každém okamžiku řízení a jedná se tedy spíše o podmínku řízení než o předpoklad řízení.

Pakliže jsme již zabloudili v trámci analogií do oblasti českého práva procesního, je třeba na tomto místě poukázat, že za předpokladu, že by místem investičního rozhodčího řízení bylo území ČR je autor přesvědčen, že v případě *ad hoc* investičního arbitrážního řízení dle BIT mimo režim ICSID by toto probíhalo povětšinou na základě pravidel UNCITRAL či ICC, přičemž pokud by místem řízení bylo ČR, pak by *lex arbitri* bylo nutně „infikováno“ též místními procesními normami a to jak obecně dle z.č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů, v aktuálním znění (dále jen „ZRŘ“) tak, v omezeném rozsahu právě též kogentními normami OSŘ, jejichž aplikace je však aplikací dle čl. 31 ZRŘ *per analogiam* a tedy v limitním rozsahu.

Rozsah ingerence práva místa řízení je ale ve valném rozsahu závislý v těchto případech nedenacionalizovaného rozhodčího řízení na důslednosti rozhodčího senátu a jeho přístupu ke stanovení procesních

Ouest-Africaine de Bétons Industriels (SOABI) v. La République du Sénégal, (ICSID Case no. ARB/82/1); *Tokios Tokéles v. Ukraine*, (ICSID Case No. ARB/02/18).

⁵⁴ SCHREUER, *Komentář*, str. 280.

pravidel postupu v řízení.⁵⁵ Touto otázkou, která má zásadní význam pro rozsah dovolenosti dispozice nároku se budeme zabývat separátně v samostatné kapitole této práce.

⁵⁵ K podrobné analýze významu místa řízení, veřejného zájmu a otázek (ne)veřejnosti investičního rozhodčího řízení viz BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Confidentiality and Publicity in Investment Arbitration, Public Interest and Scope of Powers Vested in Arbitral Tribunals. In: *Czech Yearbook of International Law: Rights of the Host States within the System of International Investment Protection* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ROZEHNALOVÁ, N., eds.), vol. 2, 2011, Huntington: Juris Publishing, SBN: 978-1-57823-305-2, ISSN: 2157-2976, str. 23 a násl.

3. ÚVODNÍ VÝHRADA K UNIVERZALITĚ POUŽITELNOSTI ZÁVĚRŮ TĚTO PRÁCE: PROBLÉM ZÁVAZNOSTI PRECEDENTŮ V INVESTIČNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ⁵⁶

V návaznosti na úvod této práce a vůbec před tím, než se autor ponoří do tenat mezinárodních vod investičního rozhodčího řízení, je třeba na tomto místě vyslovit dále rozvedenou rezervaci, která lehce relativizuje závěry této práce s ohledem na její univerzální použitelnost. Tento fakt je dán samou podstatou systému investičního rozhodčího řízení, který fluktuje na pomezí práva vnitrostátního a mezinárodního veřejného a fakticky jsou ty které z jeho určujících faktorů pro jeho povahu spíše vyzdvihovány podle toho, jakou optikou ten který autor danou problematiku sám nazírá. V této souvislosti je totiž třeba poukázat na to, že celý systém ochrany investic je postaven na širokém rámci jak bilaterálních, tak multilaterálních dohod, z nichž každá představuje smluvní instrument mezinárodního práva, ovšem problematiku řešení sporů vyvádí směrem k rozhodčím tribunálům, které rozhodují na základě rozdílných procesních pravidel a jsou ustanovovány *ad hoc* a často též výsledky rozhodčího řízení (mimo institucionalizovanou sféru rozhodování u stálých rozhodčích institucí (Středisko ICSID) zůstávají utajeny, byť jen částečně⁵⁷, tudíž vysledovat existenci vývoje judikatury či vůbec existenci globálních trendů je téměř nemožné, což však velmi

⁵⁶ Nosná argumentační část této kapitoly byla publikována anglicky: ČERNÝ, Filip. Precedent in International Investment Law: The Romak Lesson, *Revista Romana De Arbitraj*, 2/2015 (květen-červen 2015), str. 28 a násl. Do této práce je začleněna tato kapitola primárně pro dokreslení úvodní výhrady autora co do univerzální aplikovatelnosti závěrů této práce bez dalšího a to především pro názornou ilustraci jednotlivých *caveat*, které judikatura investičních rozhodčích tribunálů ukrývá.

⁵⁷ Viz teprve nedávno publikovaný rozhodčí nález (26. 6. 2015) ze dne 19. 9. 2013 ve věci *ECE Projektmanagement International GmbH a Kommanditgesellschaft PANTA Achtundsechzigste Grundstueckgesellschaft GmbH & Co v Česká republika*, PCA Case no. 2010-5, nález, dostupný v el. verzi (částečně anonymizováno), viz. <http://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitraze/prehled-rozhodcich-nalezu/2013/ece-v-ceska-republika-21814> (naposledy navštíveno dne 5. 5. 2016).

negativně ovlivňuje možnost orientace v praktických otázkách zcela zásadních pro investory, když BIT jsou jakožto instrumenty mezinárodního práva veřejného formulovány často velice obecně a proto výkladová pravidla vnořená nebo extrahovatelná z předcházející rozhodovací praxe jsou zcela esenciální pro zhodnocení nároků investora.

V této pasáži si tedy dovoluji se pozastavit nad otázkami, zda vůbec a do jaké míry je možné rozhodnutí investičních rozhodčích tribunálů považovat za obecně závazné, přičemž dále analyzuji (čti *polemizuji*) se stávající rozhodovací praxí soudních tribunálů (především s ohledem na rozhodovací praxi Střediska ICSID, které jako jediné všechny své rozhodnutí zveřejňuje) přičemž si nedovolím nepoukázat na některé negativní vlivy doprovázející fenomén (ne)existence precedenčních rozhodnutí v investičním rozhodčím řízení. Závěrem této kapitoly na případové studii analyzujeme zavádějící výklad práce s „precedenty“ i ze strany rozhodčího tribunálu⁵⁸.

⁵⁸ Tato problematika již byla zmíněna na konci kapitoly II. V souvislosti s rozhodčím řízením ad hoc ve věci *Alps France v. Slovak Republic*, op. Cit. 47, kde senát v odst. 239 a násl. výslovně uvedl následující:

(239.) The Tribunal is aware that the multitude of bilateral and multilateral investment treaties—although containing different definitions (either narrow or broad) of what constitutes an „investment“ – explicitly or implicitly refers to an „objective“ definition given by international law, as applied by other treaty-based tribunals. Tribunals must therefore be cautious to enforce the true intention of the Contracting Parties to the specific treaty forming the basis of their jurisdiction, which cannot grossly depart from the „objective“ case-law definition. The caution is even more necessary in the present case, considering that the BIT here in question also provides for an alternative dispute mechanism (as soon as available) allowing the investor to also opt for submitting the dispute to ICSID arbitration (see article 9(3) of the BIT). This means that, although the BIT gives a broad „investment“ definition, the two Contracting States must have inevitably intended to refer to what constitutes „investment“ under the ICSID Convention as concretely applied in the relevant case-law. (zvýraznění doplněno autorem).

(240.) *Now, when determining whether a given contractual transaction qualifies as an investment, investment tribunals constituted under the ICSID Convention tend to make a double check, both under the applicable bilateral treaty and under the ICSID Convention. The present Tribunal is not an ICSID tribunal and its conclusion under the BIT could be viewed as sufficient for denying jurisdiction. However, as earlier observed, **the BIT definition of investment is not an entirely self-standing concept** (zvýraznění doplněno autorem), but refers to a more general concept given by international law rules. Moreover, the Parties have abundantly pleaded also this aspect of the investment notion. Because of this and of the reason given in the foregoing paragraph, a response by the Tribunal is pertinent also in this respect.*

Z citovaných pasáží případu *Alps France* jsou zcela patrné nástrahy, které existující judikatura v systému mezinárodního rozhodčího řízení může nepozorným čtenářům a demagogicky smýšlejícím autoritám nastražit: neježe senát argumentuje v logickém kruhu, když tvrdí, že je třeba následovat judikaturu propagující „objektivní“ definiční rámeček investice (přitom však ve smyslu čl. 38 Statutu MSD judikatura je podpůrným pramenem MPV a má toliko interpretační charakter, na rozdíl od psaných Dohod, jejichž textace je z gramatického hlediska nesporná) a současně jedním dechem dodává, že (i když zdejší řízení je vedeno dle pravidel UNCITRAL před ICC) proto, že vysoké smluvní strany dojednaly *offer to arbitrate* taktéž k Středisku ICSID, musely nevyhnutelně (tyto smluvní strany-státy) zamýšlet zohlednění definice investice ve smyslu Úmluvy ICSID jak je tato definice formována příslušnou judikaturou. Při vší úctě k rozhodčímu senátu takováto argumentace nemůže objektivně obstát. Nejenže zde, alespoň dle obsahu rozhodčího nálezu, nikdo Vysoké smluvní strany ohledně jejich úmyslu co do rozsahu definiční implikace čl. 25 ICSID nedotazoval, ale především, daný spor by rozhodnut v roce 2011, příslušná BIT (Švýcarsko-Slovenská) byla účinná od roku 1990, tj. od doby, kdy se teprve myšlenka testu „Salini“ formovala. Státy tak nemohly spoléhat na jakýkoliv paradigmat, který zaprvé neexistoval a současně by šel proti výslovnému gramtickému vkladu psaného práva- mezinárodní smlouvy. Hermenticky tak takováto argumentace nemůže uspět a je s ohledem na stabilitu systému mezinárodních ochrany investic navýsost *heretická*, neboť jsou zde suverenním entitám podsouvány konstrukty, které nemají oporu v psaném právu a dle subjektivního názoru autora této práce představuje zjevnou demonstraci důsledků „podcenění“ veřejnoprávního rozsahu a významu MPV pro systém mezinárodní ochrany investic především v rozhodovací rovině v důsledku čehož pak vznikají „překvapivá“ rozhodnutí s gigantickými důsledky, neboť každé takovéto rozhodnutí, které uměle vytváří onu domnělou povinnost senátu následovat předcházející rozhodnutí vytváří podpůrně „soft“ právo, které následuje odklon od

3.1. Nastínění problému

I když se za posledních několik let počet sporů vedených pro porušení Dohod mnohonásobně rozrostl, nelze opominout skutečnost, že takováto sporová agenda, jež je pro investory extrémně finančně náročná,⁵⁹ s ohledem na skutečnost, že předmětná problematika je natolik rozsáhlá a komplikovaná, mnoho otázek vyvstávajících před rozhodčími tribunály jsou otázky zcela čerstvé a nové, naopak mnoho z nich se pak objevují opakovaně (především v jurisdikčním/pre-meritorním stádiu řízení). Faktem ovšem zůstává, že i mnoho z vcelku jasných a „vyřešených“ problémů aplikační praxe však bylo řešeno na podkladu zcela rozdílné procesní platformy dle jiných rozhodčích pravidel, pravidelně v rámci nedenacionalizovaných řízení. Je však možné k rozhodnutím vydaným v rámci jiných řízení (na základě odlišné BIT) dle rozdílných rozhodčích pravidel přihlížet či odkazovat, a pokud ano, tak v jakém rozsahu?

Dle názoru autora je tak v zájmu objektivitě zjištění třeba vymezit obecný *modus operandi* vzájemných vztahů mezi jednotlivými nálezy týkajícími se porušení BITs⁶⁰ (vydaných na základě rozdílných hmotněprávních a procesních pravidel).

samotné textace Dohod se všemi důsledky z toho vyplývajícími pro obě strany sporu (tj. naprostá nepředvídatelnost rozhodnutí).

⁵⁹ Pouze namátkou z nedávné doby (nález o odmítnutí příslušnosti rozhodčího soudu vydán 15.4. 2009) spor *Phoenix Action, Ltd.v. Czech Republic*, (ICISD Case No. ARB/06/5), Final Award of April 15, 2009, kde pouze za fázi jednání o příslušnosti přiznal soud České republice náhradu nákladů právního zastoupení a výdajů spolu s částí poplatku za řízení ve výši 21.417.199.13,-Kč.

⁶⁰ Pozorný čtenář si jistě všimne záměrně užitého množného čísla. Kritické možnosti existence precedenčního, či jistou terminologickou lehkostí řečeno „referenčního“ systému právě nejčastěji poukazují na skutečnost, že není možné zakládat systém závazných rozhodnutí založených na různých, i když v jádru stejnou věc upravujících BITs. Striktně vzato by pak bylo možné vytvářet závazný

Otázka „precedenční povahy“ rozhodnutí jednotlivých mezinárodních rozhodčích senátů či tribunálů je pro investora navýsost ožehavá zejména tehdy, kdy zvažuje zahájení investičního rozhodčího řízení a za tímto účelem musí zhodnotit, zda je vůbec pro něj ekonomicky udržitelné takovýto spor iniciovat. Při tomto úvodním hodnocení svého potenciálního úspěchu, ale většinou vychází pouze z předcházející judikatury investičních rozhodčích tribunálů, která se skutkově a procesně co nejvíce blíží jeho vlastní situaci - proto je otázka určité minimální úrovně právní jistoty vskutku nasnadě – ale lze se na takovéto judikатурní závěry skutečně spolehnout?

3.2. Precedent dle mezinárodního práva veřejného: formální náhled

Vždy je třeba brát v potaz, že příslušné nálezy (pokud byly vůbec publikovány), vydávají různé rozhodčí instituce dle rozdílných a často specifických procesních a fakticky i hmotných norem. Je tedy otázkou, zda je vůbec možné na takováto rozhodnutí nahlížet jako na autoritativní vyjádření resp. interpretaci obecných, a neřku-li často až vágně formulovaných pravidel chování, obsažených v BIT; mají, resp. mohou vůbec mít takováto rozhodnutí závaznost za hranice vztahu (tj. mimo) *inter partes*?

Faktem je, že investiční rozhodčí senáty, vč. senátů ICSID, odkazují na rozhodnutí předchozích senátů v nejvyšší možné míře⁶¹. Ovšem sama Washingtonská Úmluva výslovně ve svém ustanovení čl. 53 odst. 1 uvádí, že „*nález bude závazný pro strany...*“⁶², což pouze potvrzuje

system jen na základě rozhodnutí vydaných podle stejných procesních pravidel, což už z důvodů zajištění určité předvidatelnosti systému není možné.

⁶¹ SCHREUER, Christoph, WEINIGER, Matthew. A Doctrine of Precedent? In *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York: Oxford University Press (MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. A SCHREUER, C. eds. 2008), str. 1189.

⁶² Originální znění čl. 53 odst. 1 Washingtonské Úmluvy:

závaznost nálezů jen pro *inter partes*. Nelze opominout též to, že každý z rozhodčích senátů je konstituován *ad hoc* (mnohdy z neuzavřeného počtu osob) na základě vůle stran. Nelze tedy snad ani předpokládat, že by tento „systém“ fungoval obdobně, jako fungují vnitrostátní soudní systémy.

Podobně tuto otázku řeší i statut Mezinárodního soudního dvora, který v čl. 59 stanoví, že rozhodnutí soudu *není závazné pro nikoho jiného, než pro strany sporu* s ohledem na daný případ.⁶³ Toto zdůraznění závaznosti *inter partes* pak pouze podtrhuje skutečnost, že existence *de jure* precedenčního systému, který by ve všech podstatných náležitostech kopíroval, resp. analogicky reflektoval systém užívaný v jurisdikcích *Common Law*, respektive doktríny *stare decisis* jakožto základního kamene precedenčního systému v mezinárodním právu veřejném, potažmo v jeho partikulární oblasti ochrany investic, neexistuje.⁶⁴

Realita je však zcela odlišná. Investiční rozhodčí senáty pravidelně odkazují na rozhodnutí předcházejících senátů. Jaká je tedy povaha těchto odkazů a především jejich váha pro subjekty stojící *extra partes*?

„*The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.*“ (zvýraznění doplněno autorem).

⁶³ Originální znění čl. 59 Statutu MSD:

„*The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.*“ (zvýraznění doplněno autorem).

⁶⁴ Tak tento fakt interpretují i přední odborníci v oboru. Srovnej CHRISTOPH SCHREUER, *Komentář*, str. 1082, obdobně MCLACHLAN, Cambell, SHORE, Laurence a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2007, New York: Oxford University Press, 71, marg. 3.85.

Právo ochrany investic je součástí partikulárního mezinárodního práva veřejného, a jako takové je tedy právem bez vnitřní hierarchie dané svrchovanou zákonodárnou, potažmo soudní mocí, je pak tedy v souvislosti s otázkou závaznosti daných rozhodnutí položit otázku, zda výše nastíněné nedostatky opravdu neumožňují považovat předcházející rozhodnutí v obdobných věcech z jistého hlediska za precedentní *per se*. Jedná se však spíše o problém, nad kterým se zamyslí právník, který vzešel z kontinentálního právního systému, který byl vytvořen na pilířích psaného práva, které je plodem zákonodárné moci- jakékoliv další instrumenty či výsledky aplikace práva psaného jsou pak podústavní a tudíž nezávazné pro samotné soudy. Ovšem proliferace rozhodovací činnosti soudní moci do výsledků činnosti zákonodárné je bohužel v moderní kvapné době nezbytná a samo psané právo tyto ingerence předvídá, a to prostřednictvím relativně neurčitých pojmů, jejichž definice a výklad je svěřena dle situace právě do rukou soudní moci za účelem dosažení účelu zákona a odbourávání přepjatých formalismů při výkladu psaného práva. Bohužel kontinentální právní systémy nemají vybudovaná pevná pravidla proto, jak s judikaturou správně pracovat a proto se z pohledu kontinentálně vzdělaného právníka jeví celá matice rozhodnutí investičních senátů jako neuchopitelný systém bez jasných pravidel v důsledku čehož v minulosti a došlo a v budoucnu ještě zřejmě mnohokrát dojde k nesprávnému uchopení celého pomezí judikatury investičních senátů způsobem, v důsledku kterého docházelo k „přenosu“ institutů či testů inherentně spjatých s individuálními procesními pravidly do pravidel jiných, v důsledku čehož pak rozhodnutí daného senátu nelze hodnotit po právu.

Naopak systematika rozhodců pocházejících z prostředí *Common law* zdá se těmito lapsy netrpí; způsob uchopení těchto rozdílných pravidel a jejich zasazení do souvislostí odpovídá pravidlům práce s judikaturou jim vlastní; problematické ovšem je, že s každým takovým rozhodnutím se uzavírá volný prostor, který původně autoři BIT vytvořili pro individualizaci rozhodovací činnosti v závislosti na okolnostech toho

kterého případu a tudíž (jak bylo již nastíněno s aplikačními testy v souvislosti s čl. 25 Úmluvy ICSID v předcházející kapitole), postupně zde dochází k vytváření nastavbových pravidel přesahujících vnitřní meze psaného práva.

Lze se tedy o rozhodovací činnost rozhodčích senátů skutečně opřít jako o pramen práva?

Autor tohoto příspěvku se domnívá, že v nezbytné „referenční“ míře ano, ale čistě v rozsahu podpůrného pramene práva ve smyslu systematiky čl. 38 Statutu MSD, neboť systém mezinárodního práva veřejného, i když absentuje svrchovaného zákonodárce stejně jako hierarchizovanou soustavu soudů, je založen *na maximě souhlasu (konsensu) účastníků tohoto systému* (především pak států), kteří vytvářejí systém, jehož meze jsou stanoveny právě rozsahem souhlasu ohledně příslušných otázek, zakotveným v mezinárodním smluvním či obyčejovém právu. Z tohoto hlediska je pak zřejmé, že pokud dva účastníci systému dospějí ke konsensu ohledně řešení příslušného sporu plynoucího z příslušné Dohody (smluvního instrumentu mezinárodního práva veřejného), je zřejmé, že výsledek takového sporu bude zavazovat pouze tyto strany (státy) s ohledem na tento daný spor. Vytváření paralel s takovýmto sporem (buď i interpretačních) v případě sporu jiných subjektů by totiž mohlo být považováno za zásah do svrchované rovnosti států jakožto účastníků systému mezinárodního práva veřejného. Na druhou stranu lze jistě polemizovat s tím, zda právě rozhodnutím svrchovaných stran o tom, že rozhodování sporu mezi cizím státním příslušníkem a druhým státem do rukou nezávislého a nestranného rozhodce není oním zmocněním k tomu, aby tento současně s rozhodováním sporu sekundárně pravidla nevykládal v rámci konsensuálně stanovených mezí. K této doktríně se kloní i autor této práce.

3.3. Teoretická východiska rozhodovací činnosti investičních rozhodčích senátů

Byť se pohybujeme ve sféře mezinárodního práva veřejného, je vždy třeba akcentovat specifika tohoto systému, jehož vnější obrysy přesahují do vnitrostátního práva. Proto je rozhodovací činnost senátů rozhodujících spory z investic odlišná a to z především z důvodu, že i když základem jejich pravomoci jsou *stricto sensu* strukturálně obdobné mezinárodní smlouvy, jedná se o jedinečné Dohody,⁶⁵ uzavřené mezi jednotlivými státy za odlišných podmínek⁶⁶, většina z těchto prvních generací Dohod kopíruje určitý model dohody⁶⁷, když v závislosti na

⁶⁵ Jelikož aktuální čísla nejsou známa, lze současný stav zřejmě pouze odhadovat, ovšem dle UNCTAD bylo na počátku roku 2006 platných a účinných přes 2500 BITs, blíže viz UNCTAD, *The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs)*, 3 IIA MONITOR 2 (2006), (dále jen jako „UNCTAD Report“).

⁶⁶V tomto ohledu bude jistě z pohledu ČR zajímavé sledovat vývoj „bytí“ dohod, které byly uzavřeny za dob společného Československa respektive federace, a které sukcedovaly po rozpadu federace na oba nově vzniknuvší státy. V tomto ohledu se totiž jedná vcelku o jedinečný fenomén, který jde proti výše uvedenému, neboť tyto dohody byly dojednány v době, kdy ČR a SR byly jedním státem, tudíž teoreticky by byly rozhodnutí vydaná na základě dohody zavazující jeden stát (respektive výklad a interpretace institutů zakotvených v takové BIT) analogicky aplikovatelné i na případné spory ohledně ochrany investic v druhém státě dle druhé dohody, která je ovšem totožnou s BIT originální. Z tohoto hlediska by jistě pak byly odkazy na rozhodnutí vydaná podle jedné dohody při interpretaci dohody druhé nejbližší k legitimnímu vytvoření výkladových pravidel aplikovatelných obecně na příslušnou dohodu.

⁶⁷ Za „matku všech BITs“ lze považovat OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property z roku 1962, která obsahovala základní kostru obsahu BITs (zacházení se zahraniční investicí, vyvlastění, řešení sporů, etc.), které z ní velmi často a extenzivně čerpaly. Text této dohody dostupný v el. podobě na: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf> (naposledy navštíveno dne 15.5. 2016). Za zmínku stojí také další významné modelové dohody jednotlivých kapitál exportujících států, které jsou oproti tomuto pravzoru specificky modifikované s ohledem na definice, rozsah standardů ochrany, řešení sporů apod., a to s ohledem na politické hospodářské postavení příslušného státu. Takovými státy s vlastní

rozšiřování BITs v devadesátých letech minulého století došlo k rozmachu BITs ze stovek na tisíce⁶⁸, přičemž však původní Dohody vycházely právě z modelu OECD, přičemž docházelo ke kumulativnímu kopírování a vytváření určitých kvazi-modelů na základě této základní modelové dohody. Výsledkem je skutečnost, že drtivá většina BITs mají obdobnou strukturu respektive obsah, odrážející základní prvky ochrany investorů a jejich investic, jakož i jednotlivé specifické instituty⁶⁹ vlastní této právní oblasti.

Z tohoto hlediska je pak pochopitelný přístup praxe investičních rozhodčích senátů při snaze vytvářet systém rozhodnutí, jež se svou povahou snaží emulovat precedentní rozhodnutí, respektive, jejichž použití za hranicemi *inter partes* závaznosti tomu alespoň nasvědčuje. Tato skutečnost je dána taktéž tím, že investor (tedy právní entita, která v drtivé většině případů zahajuje investiční rozhodčí řízení), jenž byl(a) poškozen(a) jednáním suverénního státu by jistě rád zhodnotil(a) své šance na úspěch v případném sporu na základě předcházejících

specifickou a aktuální modelovou BIT jsou například USA (2004), v el. podobě dostupná na:

<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> (naposledy navštíveno dne 15.5. 2016), nebo například Kanada (FIPA, 2003) http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what_fipa.aspx?lang=en#structure&menu_id=45

(naposledy navštíveno dne 15.5. 2016).

⁶⁸ Viz UNCTAD Report, tabulka č. 1, str.3.

⁶⁹ Jakými jsou například tzv. „*fork in the road clause*“, která umožňuje investorovi vybrat si, zda svůj nárok uplatní před investičním rozhodčím senátem nebo před vnitrostátními soudy hostitelského státu- volba jednoho způsobu řešení spor pak vylučuje aplikaci druhého způsobu; dalším je např. „*most favourite nation clause*“, jinak doložka nejvyšších výhod (standard ochrany), která umožňuje investorovi dožadovat se vyššího standardu ochrany, který plyne z jakékoliv BIT, kterou uzavřel hostitelský stát s třetím státem, etc.

rozhodnutí vydaných v obdobných sporech, neboť investiční rozhodčí řízení je nejen časově, ale taktéž i finančně nákladným počinem. Totéž samozřejmě platí na druhou stranu též i o hostitelských státech, které by jistě měly rády možnost na základě použitelných rozhodnutí zhodnotit své šance na úspěch v potenciálně hrozícím řízení, resp. iniciovaly sami případně smírné jednání, pokud by z jejich strany skutečně došlo k pochybení a spor by bylo možné vyřešit smírně v rámci obligatorní lhůty pro smírné řešení sporů stanovené většinou BITs.⁷⁰ Prvek předvídatelnosti a jisté právní jistoty zde tudíž hraje významnou roli pro všechny aktéry tohoto systému a to nejen v první fázi řízení, kdy probíhá intenzivní evaluace možností stran a zvažuje se rozhodnutí, zda vůbec investiční rozhodčí řízení iniciovat, či nikoliv.

Není tedy zřejmě možné hovořit o precedenční povaze rozhodnutí jako takové ve smyslu právního systému *Common Law*, na druhou stranu je třeba vždy vzít v potaz i „sociologii“ celého systému, když velké množství rozhodců praktikujících v této oblasti práva vzešlo právě z právní kultury *Common Law* a tento způsob práce s rozhodnutími je jim vlastní. Jak ale bylo uvedeno, nedokonalost mezinárodního právního systému postrádajícího hierarchizovanou strukturu soudů vylučuje aplikaci doktríny *stare decisis* v její úplnosti. Z praktického hlediska je tedy možné konstatovat, že zde existuje funkční systém quasi-precedenčních rozhodnutí, na jejichž základě mohou rozhodci dále postupovat při rozhodování investičních sporů a stabilizovat tak předmětný systém a to formou zpřesňujícího výkladu obecných ustanovení BITs. To je dáno především tím, že samy BIT i ostatní prameny mezinárodního práva jsou normami nedokonalými, respektive se jedná o normy, jež mají povahu smluv vyjadřujících konsensus smluvních stran. Právo vytvářené na bázi konsensu tak musí nutně obsahovat velké množství obecných a relativně neurčitých definic (např. standardy ochrany), jež není možné definovat precizně, což je

⁷⁰ Tzv. *cooling off period*, jež bývá ohraničena většinou lhůtou šesti měsíců, v rámci které mají strany potenciálního sporu usilovat o smírné vyřešení sporu.

však nutné provést v rámci případného sporu a s ohledem na všechny okolnosti daného případu pak obecné normy zakotvené v příslušné BIT konkretizovat, přičemž podobnost struktury jednotlivých BITs přímo nabádá k využívání předcházejících rozhodnutí tímto referenčním způsobem. Rozhodčí nálezy lze totiž považovat za podpůrný prostředek interpretace a výkladu mezinárodního práva ve smyslu čl. 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora, jež stanoví prameny mezinárodního práva.

Je třeba se však vyrovnat se skutečností, že každé rozhodnutí je svým způsobem jedinečné, neboť aplikuje mezinárodní úmluvu na jedinečný spor rozhodovaný dle odlišných pravidel buď zvolených stranami sporu, nebo na základě pravidel příslušného tribunálu, jež se vzájemně liší od pravidel tribunálů ostatních. Domnívám se však, že tato skutečnost není na překážku, jelikož obsahem takovýchto nálezů je především argumentace rozhodců, v rámci které dochází k rozvíjení předmětných doktrín, přičemž vzájemně jsou tyto rozhodnutí zohledňována referenčně, tedy obdobně jako podpůrné prameny mezinárodního práva veřejného dle čl. 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora. Bohužel žádný ze systémů procesních pravidel neobsahuje výslovné pravidlo, které by odpovídalo analogii k ust. §118 OSŘ, týkající se poučovací pravomoci soudu, jehož účelem je předcházet vydání tzv. „překvapivého rozhodnutí“- tj. rozhodnutí, které vychází ze skutečností či důkazů, které nebyly stranami navrhovány resp. tvrzeny takovým způsobem, jakým je interpretuje soud. Pokud by tomu tak bylo, tj. pokud by v důsledku existence takovéto procesní pojistky byla stanovena procesní poučovací povinnost senátu ohledně tvrzené použitelnosti toho kterého rozhodnutí, přispělo by to jistě k větší legitimitě a předvídatelnosti systému, neboť by bylo možné sledovat a předvídat jednání klíčových proměnných celého systému- rozhodců.

Z hmotně- právního hlediska jsou pak odlišnosti, jimiž jsou nadány jednotlivé BITs a předmětné případy předkládané mezinárodním rozhodčím tribunálům tak spíše marginální, neboť jádrem je právě

výklad daných standardů. K podobnému závěru dospěl i Cheng⁷¹, který navrhuje, poté co dochází k názoru, že precedenční systém v rámci investičních sporů existuje, přičemž je však kontrolován nikoliv hierarchickou strukturou závaznosti precedentů ale spíše *zevnitř samotnými rozhodci*, že ideální pro hodnocení a analýzu jednotlivých případů z hlediska jejich precedenční závaznosti je především srovnávání nálezů co do rozhodnutí a argumentace týkající se jednotlivých institutů ochrany, než srovnávání jednotlivých případů *en bloc*, tak jak se to normálně provádí tradičně s jednotlivými precedenty.

S tímto názorem se lze jistě ztotožnit, ovšem je třeba mít na paměti, že akceptací tohoto předpokladu dochází současně ke svěření systému investičního rozhodčího řízení a jeho rozvíjení mimo kontrolu a sféru samotných autorů tohoto systému - hostitelských států - do rukou nezávislých rozhodců, tj. nezávislé, neurčité a názorově nehomogenní skupině nadané jistou autoritou vyplývající buď z jejich praktických, nebo právě naopak teoretických a vědeckých zkušeností, která rozhoduje spory, jejich výsledky nemusejí být a mnohdy ani nejsou zveřejňovány, pokud si to některá ze stran nepřeje. Navíc, každý z rozhodců vychází z jiného (právního) prostředí, jiného vědeckého zázemí a s jinými zkušenostmi, tudíž i s jinými úhly pohledu na zkoumanou problematiku.

Předcházející odstavec však nelze brát jako výtku směrem k rozhodcům, ale spíše obecně k nekonceptčnosti systému jako takového, neboť i když rozhodce není vázán předcházejícími rozhodnutími, může je (některá z nich) reflektovat z referenčního hlediska, ovšem nemusí, neboť to není povinen učinit.

Dalším velmi důležitým dílkem celé této mozaiky je fakt, že rozhodci nikdy nebudou mít k dispozici úplné portfolio podpůrných pramenů

⁷¹ Cheng, T.H. Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration, 30 *Fordham Intl Journal* (2006), str. 1014-1049.

v podobě rozhodčích nálezů předcházejících senátů, neboť tyto nemusely být vůbec zveřejněny (jak je to časté v případě řízení dle pravidel UNCITRAL).

3.4. Pohled rozhodčích senátů

Sama rozhodovací praxe rozhodčích senátů existence jisté formy „kvazi-precedenčního“ systému více méně potvrzuje. Jako příklad lze uvést případ *Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan*⁷², kde senát uvedl, že

„...souhlasí, že není vázán předcházejícími rozhodnutími, ovšem určitě je řádně zváží tam, kde sám uzná za vhodné“.

Z historického hlediska se v rámci řízení ICSID k existenci precedenčního systému vyjádřil senát rozhodující ve věci *AES v. Argentina*. Navrhovatel v tomto případě zdůrazňoval, že pět předcházejících námitek nepřislušnosti vznášených Argentinou bylo obdobných či naprosto shodných jako námitky, kterými se Argentina bránila neúspěšně v několika přecházejících řízeních, přičemž se navrhovatel snažil přesvědčit rozhodčí senát, že tyto námitky jsou s ohledem na shodné odmítnutí těchto námitek ve všech předcházejících rozhodnutích diskutabilní ba přímo neúčinné.⁷³

Senát odmítl přijmout argumentaci navrhovatele, že by měly být námitky odpůrce odmítnuty z důvodů jejich zamítnutí předcházejícími rozhodčími senáty a přijal argumentaci odpůrce, že každá BIT má svou vlastní identitu a není možné je zaměňovat. V daném případě tedy nakonec rozhodčí senát bez ohledu na předcházející rozhodnutí pečlivě analyzoval znění příslušné BIT, která představuje vůli smluvních stran

⁷² *Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of November 14 2005, odst. 76.

⁷³ *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of April 26, 2005, odst. 18.

(států) ohledně rozsahu poskytované ochrany investorům a jejich investicím. Argentině tedy bylo umožněno vznášet námitky, se kterými byla v jiných případech již dříve neúspěšná.

Senát pak, obdobně jako u případu *Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan*, ovšem mnohem detailněji, především se zdůrazněním jednotného procesního pozadí Washingtonské Úmluvy konstatoval, a to s ohledem na rozhodnutí předcházejících senátů, že:

„shoda východisek při stanovení příslušnosti těchto senátů, i když se setká s velmi podobnými nebo přímo shodnými skutečnostmi při vzniku sporů, nedostačuje k tomu, aby byla řešení či názory přijaté v těchto předcházejících sporech systematicky použity na stávající případ. Každý senát zůstává suverénní a smí dosáhnout, jak bylo potvrzeno předcházející rozhodčí praxí ICSID, rozdílného řešení stejné otázky. Ovšem otázky příslušnosti dotýkající se stejných či velmi podobných otázek mohou přinejmenším naznačovat určité významné argumentační linie. Tento rozhodčí senát je může vzít v úvahu při srovnání svých vlastních závěrů s těmi, ke kterým dospěly předcházející senáty zabývající stejnou otázkou a pokud by tento senát sám dospěl k závěrům, které byly již jedním či více rozhodčími senáty k příslušné právní otázce vysloveny, vyhrazuje si svobodu, přijmou stejné řešení.

Existují i situace, kdy na základě kombinace příslušné BIT s Washingtonskou Úmluvou dojde v rámci výkladu k tomu, že senát předloží řešení otázky, které lze aplikovat v jiných případech a to bez ohledu na specifika takovýchto jiných sporů. Takovéto precedenty mohou být správně zohledněny, a to přinejmenším z hlediska komparačního, a pokud to senát považuje za vhodné, tak i z hlediska inspiračního.“⁷⁴

⁷⁴ *Ibid.*, odst. 30-31.

Obdobně opatrný přístup je zjevný z rozhodnutí ve věci *Gas Natural SDG S.A. v Argentina*. Jak zajímavě poznamenávají prof. Schreuer a Weiniger, opatrnost rozhodčího senátu je v tomto případě patrná i ze samotné struktury rozhodnutí, když senát napřed rozhodne o své příslušnosti bez odkazu na předchozí rozhodnutí⁷⁵, aby pak následně konstatuje, že:

„Rozhodčí senát by rád zdůraznil, že své rozhodnutí vydává nezávisle, bez toho aniž by se považoval být vázán jakýmikoliv jinými soudními rozhodnutími či rozhodčími nálezy. Po dosažení vlastního závěru se však senát domnívá, že by mohlo být užitečné porovnat své závěry se závěry obsaženými v nedávno vydaných rozhodnutích dle rozhodčích pravidel ICSID a plynoucích z nároků vznášených dle obdobných BITs. Shrnujeme některé z těchto rozhodnutí dále a potvrzujeme, že jsme nenalezli nebo nám nebyla předložena rozhodnutí nebo nálezy, jejichž závěry by byly v rozporu s těmi, ke kterým dospěl tento senát.“⁷⁶ (zvýraznění doplněno autorem).

Z výše uvedeného jasně plyne názorové „rozdvojení“ rozhodců,⁷⁷ neboť na jednu stranu je jejich primárním úkolem rozhodnout jedinečný spor, k čemuž byly jmenovány stranami, na druhou stranu se pohybují v určitém referenčním systému, který obsahuje řadu záchytných bodů a argumentačních linií stanovující určitou předvídatelnost takovým

⁷⁵ SCHREUER, Christoph, WEINIGER, Matthew. A Doctrine of Precedent? In *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York: Oxford University Press (MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. A SCHREUER, C. eds. 2008), str. 1195.

⁷⁶ *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction of June 17, 2005, odst. 36, dostupné v el. formě na: <http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf> (naposledy navštíveno dne 15. května 2016).

⁷⁷ cynik by zřejmě použil slovo oxymóron.

rozhodnutím a i se nás výše citované rozhodnutí snaží přesvědčit o opaku, význam referenčního rámce poskytovaného rozhodčím senátům je velmi významný. Zřejmě i proto Judith Gill s odvoláním na prof. Schreuera označuje stávající systém za systém „*měkkých precedentů*“ který spočívá především v zachování alespoň určité předvídatelnosti hodnocení jednotlivých hmotně-právních institutů vlastních a rámcově unifikovaných v systému BITs⁷⁸.

Na základě uvedené teoretické analýzy mám pak za to, že precedenční systém v rámci systému rozhodčího řízení neexistuje, neboť jej nelze považovat za vyjádření obecného konsensu mezinárodního společenství ve vztahu k předmětným otázkám, jakož ani za formální pramen práva. Jedná se tak více či méně o kvazi-právní pramen, který poskytuje rozhodcům referenční rámec a pohodlí uměle shromážděných pramenů v jednotlivých rozhodnutích dle zkoumaných institutů.

Na druhou stranu, dichotomie obsažená v argumentaci rozhodčích senátů následuje stejný vzorec, jehož výsledkem je vytvoření velice křehké rovnováhy mezi suverénní vůlí Vysokých smluvních stran a předvídatelností výsledku sporu s cílem posílit právní jistotu stran sporu.

3.5. Důsledky narušení rovnováhy systému měkkých precedentů: případová studie Romak

Tato vcelku extenzivní analýza uvedená výše slouží autorovi jako forma jisté výhrady vůči univerzalizaci závěrů jak této práce, tak jakýchkoliv jiných autorských děl v rámci zkoumané oblasti. Rozsah této statě představuje autorovo varování adresované čtenářům ohledně generalizace závěrů rozhodčích senátů s ohledem na daná specifika zkoumaného systému. Jak totiž bylo uvedeno výše, rozhodci, jakožto de

⁷⁸ Tzv. soft precedents, viz GILL, Judith. Inconsistent Decisions: An Issue to Be Addressed or Fact of Life? In 1 *Investment Treaty Law*, London: British Institute of International and Comparative Law (ORTINO, F., SHEPPARD, A., WARNER, H., eds., 2006), str. 25.

facto osoby vykládající a interpretující systém práva BIT, tkají svými nálezy velice jemné předitivo na samém okraji mezinárodního práva veřejného, natolik jemné, aby svou intenzitou nepřekročilo hranu veřejné sféry vůle Vysokých smluvních stran, na druhou stranu však z téhož důvodu vytvářejí systém, který znatelně limituje předvídatelnost výsledku sporu jeho stranami. Je však otázkou, zda to lze činit jinak. Překročení této hranice veřejné sféry by totiž mohlo narušit křehkou rovnováhu tolerance ze strany států k tomuto jednání, v důsledku čehož by se celý systém zhroutil za předpokladu, že by se státy rozhodly jej (mj. z tohoto důvodu) prostě opustit a došlo by k ukončení platnosti a účinnosti Dohod, čímž by investiční rozhodčí řízení, tak jak jej známe dnes, de facto zaniklo.

Případ, který demonstruje výše popsané „překročení hrany“ je případ Romak S.A. (Švýcarská konfederace) v. Uzbekistan.⁷⁹ V tomto případě Romak, společnost inkorporována podle práva Švýcarské konfederace uzavřela smlouvu o dodávce (vývozu) pšenice s uzbekistánskou společností Uzdon, v polovině devadesátých let, přičemž dodávka byla adresována státem ovládanou společností Uzkhleboprodukt. Tato smlouva na dodávku pšenice obsahovala rozhodčí doložku GAFTA.

Romak dodával pšenici dle smlouvy, ovšem protistrana nevystavila řádně a včas akreditiv za tyto dodávky. Romak proto inicioval rozhodčí řízení dle pravidel GAFTA, ve kterém v roce 1997 uspěl. Jelikož nebyl podán v zákonné 30-denní lhůtě návrh na zrušení rozhodčího nálezu, nález se stal dne 22.9.1997 vykonatelný. I přes to, že Uzbekistán je smluvní stranou New Yorské úmluvy⁸⁰, odmítl nález na svém území

⁷⁹ Romak SA v Uzbekistan, Award, PCA Case No AA280, 26 November 2009, dostupné z: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/ROMAK-UZBEKISTAN%20Award%2026%20November2009.pdf> (naposledy navštíveno dne 15. Května 2016), (dale jen jako “**Romak**”).

⁸⁰ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958).

vykonat. Protistrana se následně několikrát pokoušela nález GAFTA zvrátit, ale tato snaha vedla pouze k potvrzení nároků vůči spol. Uzdon.⁸¹ Romak tedy, i když disponoval rozhodnutím ve svůj prospěch, byl neúspěšný co do výkonu rozhodčího nálezu a to v různých zemích. Proto v roce 2006 zahájil podle Švýcarsko-uzbecké BIT, rozhodčí řízení dle pravidel UNCITRAL u PCA⁸², přičemž žalobní tvrzení spočívaly na premise, že nález GAFTA sám o sobě představuje investici ve smyslu citované BIT.

I přes to, že se jednalo o rozhodčí řízení dle pravidel UNCITRAL, Uzbekistán argumentoval judikaturou ICSID za účelem podpoření svých tvrzení, že původní smlouva nepředstavovala investici ve smyslu Salini testu,⁸³ neboť nevykazovala regularitu zisku a vnosů, určitou trvalost ekonomických aktivit, existenci rizika na straně investora a přínos ekonomice hostitelského státu.⁸⁴ Romak kontroloval logicky tím, že je třeba rozlišovat mezi rozhodčím řízením vedeným podle pravidel ICSID, kde navrhovatel musí prokázat, že splňuje kvalifikační předpoklady jak dle BIT, tak dle čl. 25 Úmluvy ICSID. Protože však toto řízení probíhalo dle pravidel UNCITRAL, pravomoc rozhodčího senátu *ratione materiae* závisí výlučně na splnění podmínek stanovených předmětnou BIT. Proto nelze aplikovat test *Salini*, který

⁸¹ Detailní popis případu dostupný elektronicky zde: <http://www.romak.ch/uzbekistan/summarysituation.html>. (naposledy navštíveno dne 16. 5. 2016).

⁸² PCA- permanent Court of Arbitration.

⁸³ *Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/04, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

⁸⁴ *Romak*, odst. 104 a 105.

vyplývá z čl. 25 Úmluvy ICSID a je aplikovatelný v případě řízení dle takových pravidel, ovšem nikoliv v tomto řízení⁸⁵.

Uzbekistán reagoval naopak tím, že rozhodnutí jiných rozhodčích tribunálů vykládajících pojem „investice“ v kontextu investičního rozhodčího řízení jsou zcela relevantní z důvodu existence zájmu na konzistentním vývoji judikatury v této rozvíjející se oblasti mezinárodního práva veřejného⁸⁶.

Ve vztahu k aplikaci rozhodčích nálezů jiných tribunálů, rozhodčí senát nejprve uzavřel, že těmito není vázán z hlediska své argumentace či závěrů. Senát dále konstatoval, že má za to, že „principy, které mohou být vytěženy z předcházejících nálezů nelze považovat za výraz obecného konsensu mezinárodní komunity a o to méně za pramen mezinárodního práva. Nálezy tedy zůstávají a představují pouze zdrojem inspirace a pohodlím odkazů pro rozhodce.“⁸⁷

Až do tohoto místa je argumentační linie vůči argumentaci stran logická a v souladu s obecně pojímanou „referenční“ povahou předcházejících rozhodčích nálezů. Toto stanovisko bylo dále výslovně posíleno senátem, když tento výslovně odmítl svou roli jakožto entity pověřené zajištěním vnitřní koherence a jednoty vývoje investiční judikatury,⁸⁸

Na první pohled je tento argument zcela v souladu se zásadou nevměšování se do veřejné sféry, ovšem jak plyne z další části odůvodnění nálezu, jedná se o zlomový bod, ve kterém se senát rozhodl překročit onu pomyslnou „šedou“ zónu, a přistoupil k extrémně hazardní interpretaci „univerzálních“ definic, čímž zcela popřel zásadu

⁸⁵ *Ibid.*, odst. 168.

⁸⁶ *Romak* odst. 170.

⁸⁷ *Ibid.*, odst. 170.

⁸⁸ *Ibid.*, odst. 171.

legitimních očekáváníí a z ní plynoucího požadavku právní předvídatelnosti a právní jistoty, a následně zcela neočekávaně protrhnul onu pomyslnou tenkou linii veřejné sféry, když vystoupil z interpretovatelného (protože vágního) znění samotné BIT, a nakonec tuto vyložil zcela v rozporu s jejím gramatickým zněním. Z nejasného důvodu se totiž senát nechal pohltit interpretační bitvou, jež se rozpoutala mezi stranami sporu ohledně definice „investice“ ignorujíc prostý fakt, že z hlediska gramatického výkladu- kterýžto jediný by měl být odpovídajícím výkladovým nástrojem, jež nejpřesněji zachycuje vůli Vysokých smluvních stran, je zcela dostačující textace samotné BIT k zcela nepochybnému stanovení, zda předmět sporu spadá do rozsahu této definice⁸⁹. Senát se však z nejasného důvodu rozhodl odchýlit od takovéto prosté interpretace textace BIT a předložil svou vlastní vcelku komplikovanou výkladovou metodu, která zahrnuje výklad teleologický spojující definici investice s jejím inherentním významem, který se pak dále snaží sám definovat, a to za použití kritérií testu Salini, který však původně odmítl sám aplikovat.⁹⁰

Zajímavé především je, a to v souvislosti s oním “svébytným významem” pojmu “investice”, že senát dospěl k závěru, že tento pojem či definice má svůj svébytný význam, který nelze přehlédnout právě při posuzování výčtu “investic” obsažených v samotném textu BIT.⁹¹

⁸⁹ Z hlediska výkladu mezinárodních Smluv se aplikuje čl. 31 Vídeňské úmluvy o mezinárodním smluvním právu, která stanoví, že: „*the treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the **ordinary meaning to be given to the terms of the treaty** in their context and in the light of its object and purpose.*” (zvýraznění doplněno autorem).

⁹⁰ Romak, odst. 180 a násl.

⁹¹ *Ibid.*, odst. 180.

Očividně však tento “svébytný” význam investice není obsažen v textu BIT a senát se sám cítil být povolán takovýto význam dovodit z preambule BIT dle souvislostí a účelu předmětné Dohody.⁹²

Tento umělý konstrukt vytvářející propojení mezi textací Dohody a “svébytným” významem investice v předmětné BIT není prostě přesvědčivý, protože tato část nálezu nečiní nic jiného, než že vytváří prostor proto, aby do rozhodčího řízení dle pravidel UNCITRAL byl kradmo vpašován koncept investice vlastní článku 25 ICSID a judikaturě vytvořené okolo něj. Sám senát v tomto případě uznává, že rozvod definice investice dle čl. 25(1) Úmluvy ICSID plyne z toho, že její obsah byl úmyslně ponechán otevřený. Tato argumentační rovina zdejšího tribunálu je však zcela překvapivá a matoucí; senát totiž dovodil, že inspirace judikaturou ICSID je zcela na místě, když dle čl. 9/3 BIT je možné též zvolit pro řešení sporu z investice dle BIT též rozhodčí řízení u Střediska ICSID a proto je tedy třeba koncept investice hodnotit stejným způsobem bez ohledu na procesní pravidla použitelná pro dané řízení.⁹³

Touto racionalizací tak senát zavedl tzv. “*double keyhole test*”, kterýžto je toliko vlastní právě rozhodčímu řízení dle ICSID (dle kterého je třeba, aby se investice „vměstnala“ jak do definice v BIT, tak do definice Úmluvy ICSID), a to na základě vytvoření vlastního aplikačního testu vyplývajícího z textace preambule Dohody, definice „výnosů“ a opakovaným odkazem na „území“, v souvislosti s investicí, kteréžto všechny společně podtrhují ekonomickou aktivitu zahrnující

⁹² Především citující následující pasáže: „*recognizing the need to promote and protect foreign investments with the aim to foster economic prosperity of both States*“ and „*desiring to intensify economic cooperation to the mutual benefit of both States*“.

⁹³ Romak, odst. 190 násl..

určitou trvalost resp. trvání ve vztahu k hostitelskému státu.⁹⁴ Na základě těchto, dle senátu klíčových pojmů, které ohraničují obsah svébytného významu definice “investice” dle BIT, bez ohledu na to, zda se investor uchýlil k ICSID, a nebo UNCITRAL procesním pravidlům, neboť dle senátu jsou klíčovými prvky, vlastní a definující každou investici, právě předpoklady vnosu trvajících po určitou dobu zahrnující určitou míru podnikatelského rizika.

Takovýto výklad dle mého názoru však zcela ignoruje specifika daného případu, protože se právě naopak snaží vnést do problematiky zcela nepřiměřený prvek unifikace a uniformity, v důsledku čehož nelze mít takto stanovenou definici za “svébytnou” ale naopak za zcela obecnou, která se však absolutně příčí smyslu a účelu BIT, neboť do jasně gramaticky vyjádřené vůle Vysokých smluvních stran vkládá definici dle standard ICSID vytvořenou v rámci judikatury senátů ICSID.

Senát pak velmi kreativně poté, co „nalezl“ onen svébytný význam definice, obrátil svou argumentační linii směrem k závěrům dalších rozhodčích senátů (jejichž použitelnost v úvodu sám odmítl). Tyto rozhodnutí, dle senátu Romak, následují zcela konzistentním způsobem prvky rizika, trvání a přínosu za určující znaky „investice“. Senát však na tomto místě odkazuje výslovně jen na judikaturu ICSID.⁹⁵

Ve světle nalezené definice investice následně tribunál analyzoval předmětný spor se zjištěním, že nárok na peněžité plnění (spočívající v rozhodčím nálezu vydaném ve prospěch Romak vůči Uzbekistánu, který jednoznačně spadá pod výslovné znění čl. 1(2) BIT upravující definice chráněných investic) není investicí ve smyslu BIT.

Lze uzavřít, že senát v této věci se očividně rozhodnul, že je na čase posunout paradigma dále a za tímto účelem generalizovat partikulární

⁹⁴ *Ibid.*, odst. 206.

⁹⁵ *Ibid.*, odst. 207.

system ochrany investic postavený na roztríštených procesních mechanismech. Jsem přesvědčen o tom, že tento krok, byť motivován dobrým úmyslem, nemá jiného než negativního dopadu. Je samozřejmé, že v případě doktrinnálního posunu se vždy jedná pro všechny zúčastněné o krok do neznáma. Je ovšem na místě si položit otázku, zda v tomto případě předmětný krok nebyl až moc dlouhý. Argumentace rozhodčího senátu v této věci je zcela nepřesvědčivá, cyklická a nepředstavuje ospravedlnitelné důvody pro to, aby se tento judikatorní experiment (k zřejmé tíži investora) stal základem doktríny definiční uniformity v investičním rozhodčím řízení, byť se zde obdobné názory již objevily.⁹⁶

Zvolený přístup senátu ve věci Romak totiž v obrysech není nikoliv nepodobný citovanému případu v úvodu této kapitoly –*Alps France* – a z empirického hlediska pouze podtrhuje skutečnost, že mnohdy rozhodci v tomto ohledu tápou co do hierarchie jak jak betikální, tak horizontální mozaiky aplikovatelných norem a proto se uchylují pro inspiraci právě k rozhodnutím jiných senátů, ovšem bez důsledné distinkce specifik toho kterého případu. Absence druhé instance u ad hoc řízení pak jen přispívá k tomu, že takováto rozhodnutí jsou technicky nepřezkoumatelná a mohou sloužit dalším jako ev. zavádějící interpretační nástroj, pomocí nějž bude pomalu systém procesních pravidel unifikován, i když zde k tomu není reálný základ. Musí zde být tedy patrná linie, resp. povědomí o těchto rizicích ze strany rozhodujícího orgánů z hlediska jejich role v dotváření (byť subsidiárně) právního rámce systému ochrany investic a musejí to být opět rozhodující instituce resp. osoby rozhodců, kteří v tomto systému fakticky suplují roli strážců vývoje sekundárního práva směrem k jeho

⁹⁶ *Alps France v. The Slovak Republic*, ICC náleží ze dne 5. března 2011, dostupný v el. Formě: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0027.pdf>; (naposledy navštíveno dne 10. 12. 2016).

neutralitě mezi pojmově „znenárodněnými“ stranami investičních sporů-tj. státy jako suverény a investory jako subjekty soukromého práva. Jak je však z uvedených případů vidno, systém vnitřní ochrany sekundární „normotvorby“ není dokonalý resp. je otázkou, zda o něm lze vůbec hovořit jako o systému, neboť mu zjevně chybí určující znaky pro systém jako takový.

3.6. Precedent-mantie?

Tuto kapitolu-výhradu autora lze tedy uzavřít s tím, že zde jistá quasi precedenční, či spíše referenční struktura uznávání jednotlivých případů existuje, což potvrzuje sama rozhodčí praxe. I když je formální odstup rozhodců od problematiky závaznosti předcházejících rozhodnutí zcela pochopitelný a na místě, paradoxně tento stav vede spíše k pocitu právní nejistoty, neboť rozhodci jsou v takové situaci vázání pouze psaným právem, které je však v oblasti mezinárodní ochrany investic, jak bylo výše vysvětleno, spíše obecné povahy a bez opory v rozhodovací praxi je tak dán rozhodcům velmi široké pole působnosti. Na druhou stranu, i když je předvídatelnost systému významnou vlastností, je třeba s ohledem na právní rámec ochrany investic vyvážit zájmy plynoucí z diagonálních vztahů toho zvláštního systému a nalézt rovnováhu celého systému. To v praxi znamená, že systém založený na mezinárodních smlouvách, které vyjadřují úmysl těchto vysokých smluvních stran, nelze měnit bez jejich souhlasu na základě rozhodovací praxe (ad hoc) rozhodčích senátů sledujících vyjasnění či zpřesnění nejdosažitelnějšího konsensu suverénů, vyjádřeného předmětnou BIT. Budováním takovéto předvídatelnosti se totiž rozhodčí tribunály pouštějí paradoxně do destrukce předvídatelnosti systému, neboť i když jsou výchozí pravidla spočívající na konsensu států vtěleného do BIT leckdy velmi obecná a normativní, právě tato jejich vlastnost se s postupem času ukazuje jako nadčasová, neboť výklad jednotlivými rozhodnutími a jejich případným přejímáním i za předpokladu aplikace doktríny „měkkých precedentů“ jak byla popsána výše, znamená zásah do rovnováhy systému, který má tendenci se zákonitě partikularizovat, čímž ztrácí svoji normativní váhu. Je tedy zcela pochopitelné, že jsou

v dnešní době slyšet i hlasy,⁹⁷ které volají po návratu k této prapůvodní normativní hranici, a já s nimi v tomto ohledu souhlasím, neboť takovýto model minimalizuje rizika snahy o posun doktrín skrze generalizaci závěrů obsažených v jiných rozhodnutích, v důsledku čehož se postupně celý systém plíživě transformuje zcela mimo svůj normativní rámec, čímž dochází k vytrácení jeho legitimacy. Z praktického hlediska pak přílišná upjatost k závěrům rozhodčích senátů jakožto závazné autority může být ošemetná, a proto je třeba brát generalizaci závěrů jednotlivých senátů obsažených v publikovaných nálezech s výhradou.

Ovšem specifika systému ochrany investic, stojícího na systému bilaterálních Dohod jako pramene MPV umožňují, aby rozhodovací praxe rozhodčích senátů nabyla normativní podoby prostřednictvím obyčejového práva, tj. tam, kde rozhodovací praxe bude k předmětným otázkám dostatečně ustálená a současně zde bude existovat praxe smluvních stran- států, která bude odpovídat této rozhodovací praxi, lze hovořit o tom, že subsidiární výkladový pramen práva (rozhodčí nález) se stal součástí obyčejových norem jako primárního pramene práva. K tomu, aby se však, byť v některé z oblastí ochrany investic, dalo o proliferaci obyčejových norem vzešlých z rozhodovací praxe hovořit, však absentují dva primární znaky obyčeje - a to ustálenost takového pravidla a pak převedším praxe států, které tyto pravidla dodržují s ohledem na jejich přesvědčení, že se jedná o závaznou normu.

Z hlediska této práce je pak daná výhrada zcela namístě, neboť podpůrné argumenty obsažené v citovaných rozhodnutích jsou navíc filtrovány skrze osobu autora a jeho osobní postoje k této problematice,

⁹⁷ Např. výborná přednáška Joshui Fellenbauma 5. dubna 2011 ve Washingtonu D. C., USA, v rámci konference Fifth Annual Investment Conference: A Debate and Discussion, na téma budoucnosti ICSID, kde vystoupil ostře proti další partikularizaci systému právě formou výkladu pravidel ICSID, neboť tato praxe jde proti smyslu systému ochrany investic jako takového.

což hraje významnou roli při implementaci uváděných závěrů případně v praxi.

4. INVESTIČNÍ NÁROK A DISPOZICE S NÍM

4.1. Teoretické východiska definice „Investičního nároku“

Těžištěm této práce je investiční nárok, přičemž obsah definice tohoto pojmu má rozhodující význam pro správné uchopení zkoumané problematiky.

Dle nejlepšího vědomí a svědomí autora (s jedinou výjimkou⁹⁸) se však doposud nikdo kvalifikovaně nezabýval podstatou „investičního nároku“ jako takového a proto zde neexistuje obecně uznávaná definice, jež by předmět této práce predeterminovala. Důvod neexistence definice je však zřejmý-na první pohled se totiž definice uvedeného pojmu jeví zcela triviální, neboť povaha „nároku“ je v obecné lingvistické a gramatické rovině vnímána jakožto forma práva uplatňovaná procesními prostředky - fakticky tedy procesní zhmotnění požadovaného plnění (práva), kterému v protiváze svědčí určitá povinnost protistrany v procesní rovině a jejíž porušení či dodržení se strana skrze nárok domáhá. Takto vnímá „nárok“ již i prvorepublikový Masarykův slovník naučný, dle kterého se

„Nárokem (...) rozumí právo na určité chování (plnění nebo opominutí), směřující proti určitému podnětu. Právním nárokem jest toliko nárok, jež možno uplatňovati právními prostředky, žalobou nebo obranou nebo oběma. Žalobní nárok je žalobní právo, právo vynutiti si právními prostředky takové chování určité osoby, jaké plyne z právního poměru.“⁹⁹

Autor této práce vnímá nárok jako právo v jeho procesní podmíněnosti-tj. oprávnění domáhat se domnělého či tvrzeného práva (jakéhokoliv) je

⁹⁸ DOUGLAS, Zachary. Hybrid Foundations of International Law, in. 74 *British Yearbook Of International Law*, 2004, str. 151-290, respektive DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

⁹⁹ KOLEKTIV. *Masarykův slovník naučný, lidová encyklopedie všeobecných vědomostí, 5. Díl, N-Q*, 1931, Praha: Československý kompas, str. 56.

možné v rámci demokratické společnosti (z hlediska MPV pak v systému práva uznávaného civilizovanými národy)¹⁰⁰ prostřednictvím institucionalizovaných mechanismů pro řešení sporů, přičemž typ a druh nároku je bytostně svázán a determinován obsahovou složkou práva či povinnosti svědčící investorovi jak z hmotněprávních, tak procesních instrumentů upravujících a regulujících problematiku (ochrany) investic.

Pro ilustraci popsaného vnímání a porozumění teoretické podstatě nároku a jeho jednotlivých modalit si dovoluji načrtnout následující abstraktní vztahovou matici ilustrující roli a funkce nároku jako procesního prostředku uplatnění práva v systému ochrany investic, která bude sloužit i jako východisko pro další část této práce zabývající se „dispozitivností“ investičních nároků.

Předpokladem přeměny potenciality tvrzeného práva (nároku) v právo závazné a vůči druhé straně sporu vymahatelné, je pak jeho nezávislé a nestranné posouzení v rámci autoritativně stanoveného, anebo stranami dobrovolně sjednaného mechanismu řešení sporů zakotveného v minimálním normativním rámci vytvořeném (suverénní či jinou) autoritou, skrze který bude nezávislou a nestrannou entitou podle určených či stanovených pravidel ověřena oprávněnost uplatňovaného nároku, přičemž výsledkem takového řízení bude autoritativní potvrzení, anebo zamítnutí nároku, resp. jeho prostřednictvím procesně uplatňovaných práv.

Výrokem potvrzujícím oprávněnost (obsahu) nároku pak dochází k přeměně práv uplatňovaných prostřednictvím nároku z jejich hypotetické potenciality¹⁰¹ jak do formy, tak i kvality, protože se v důsledku této přeměny obsah nároku stává vůči jeho adresátům

¹⁰⁰ Dle článku 2 odst. 3 Charty spojených národů pak „*All members shall settle their international disputes by peaceful manner that international peace and security, and justice, are not endangered.*“

¹⁰¹ Tvrzené existence práva jemu a odpovídající povinnosti druhé strany sporu.

závazným (a vykonatelným) a současně dochází k jeho materiálnímu zhmotnění v podobě *titulu*, který *osvědčuje* jeho existenci *erga omnes*.

S kvalitativní přeměnou (obsahu) nároku je spojeno i závazné potvrzení existence nárokem tvrzené a specifikované povinnosti druhé strany sporu odpovídající uplatňovaným právům, a závazku stanovenou povinnost splnit.

Nejvýznamnějším z důsledků kvalitativní přeměny nároku do podoby titulu je pak utvrzení závazku stran sporu daného Autoritě, resp. plynoucí z povahy pravomocí Autority nad stranami sporu, že povinnost stanovená titulem bude splněna dobrovolně. Pro případ porušení tohoto utvrzeného závazku je Autorita sama vůči povinné straně oprávněna uplatňovat nárok plynoucí z porušení daného závazku¹⁰².

V obecné rovině je tento abstraktní teoretický model popisující fungování mechanismů pro (alternativní) řešení sporů i na úrovni vnitrostátního práva, když po dosazení jednotlivých proměnných (autorita- stát, nezávislá a nestranná entita - soud či rozhodce, titul - rozsudek či rozhodčí nález jinak nadané z vůle státu vykonatelností

¹⁰² Tato koncepce je pouze skicou konstrukce, jejímiž konstrukčními prvky se budeme následně zabývat detailně v souvislosti s dvojkolejností odpovědnostního systému v MPV z hlediska ochrany investic. Tato skica slouží čistě pro logické rozložení „nároku“ jak z hmotně-právního, tak procesního hlediska na prvočinitele, od nichž budeme následně dále postupovat k jejich systematickému zařazení uvnitř systému MPV za účelem zjištění, „odkud“ nárok fakticky plyne- tj. za účelem potvrzení či vyvrácení premisy, že investiční nárok je v podstatě nárok sdílející stejné stavební elementy s nárokem uplatňovaným v rámci diplomatické ochrany (domovským státem poškozeného cizince). Na tomto místě je tedy pouze třeba čtenáře upozornit na skutečnost, že zdánlivá nelogičnost závazku povinného vůči Autoritě tkví v podstatě soukromoprávního nazýrání na problematiku této teoretické analýzy struktury nároku. Tato zjednodušená forma byla zvolena záměrně pro lepší uchopení problematiky. Pokud bychom měli být důslední, bylo by nezbytné (ovšem taktéž nepřehledné) do dané rovnice ještě včlenit další entitu- druhou smluvní stranu- suveréna, nikoliv však v pozici autority, ovšem v pozici suverenní entity- oprávněné z porušení mezinárodněprávního závazku vůči ní- byť jednáním ovlivňujícím investora takového poškozené suverenní entity. Tyto další rovně jsou předmětem dalšího a zevrubného zkoumání v rámci navazujících kapitol; autor však cítil potřebu danou vztahovou maticí čtenáři vysvětlit co nejuhopitelněji, neboť tato slouží jako výchozí premisa této nosné kapitoly.

prostředky jeho moci výkonné) odpovídá toto schéma autoritativnímu postupu při rozhodování o právech a povinnostech stran sporu resp. nalézání práva. Přitom mechanismus pro řešení sporů z investic obsažený (v drtivé většině) BIT nabízí investorům rozhodčí řízení jako alternativu k vnitrostátnímu soudnictví hostitelského státu- tj. entity, vůči níže je nárok uplatňován.

System práva ochrany investic je uvedenému v mnoha aspektech velice podobný, ale současně je naprosto odlišný. K pochopení specifík tohoto mozaikového systému je nezbytné si uvědomit, že tento systém je vybudován na síti relativně samotných, byť mnohdy nesystematicky propojených¹⁰³ instrumentech smluvního MPV¹⁰⁴, které v mnoha aspektech myšlenkově a doktrinálně vycházejí ze specifické odnože MPV, a to práva diplomatické ochrany, jejíž pilíře sahají hluboko do obyčejového práva a extenzivně vyzdvihují koncepty ochrany suverenity státu jakož i reciprocity v rámci mechanismu ochrany cizinců, které reziduálně a mnohdy nesystematicky ovlivňují celý systém ochrany investic, který má jinak vnitřně (a to prostřednictvím proliferace podpůrných pramenů - rozhodovací praxe rozhodčích senátů povolaných rozhodovat spory z investic) silné sekularizační tendence. Přitom tyto sekularizační impulzy přicházejí nikoliv od zakladatelů systému - vysokých smluvních stran investičních instrumentů, ale

¹⁰³ Viz. Další výklad k MFN v souvislosti se standardy ochrany garantovaných BITs.

¹⁰⁴ Na základě Dohod bylo k 1. lednu 2016 uplatněno dle veřejně dostupných informací doposud 696 investičních nároků, v rámci kterých je na straně odpůrce ve více než jednom řízení 103 států. V roce 2015 bylo na základě těchto instrumentů, které v roce dosáhly závratného počtu 2946 BITs zahájeno 70 nových řízení, což je dle UNCTAD nejvyšší počet nově zahájených sporů oproti předcházejícím letům. Česká republika je hostitelským státem na třetím místě žebříčku nejčastěji žalovaných států dle Dohod, kde na prvním místě vedených sporů je Argentina (59) následovaná Venezuelou (36) a ČR (33), s meziročním přírůstkem 3 sporů v roce 2015, z nichž dva jsou vedeny dle BIT mezi Českou republikou a Velkou Británií. V podrobnostech viz UNCTAD, *World investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges*, 2016, str. 101 a násl, dostupné elektronicky skrze www.unctad.org (naposledy navštíveno dne 16. 8. 2016).

naopak zevnitř a to skrze rozhodovací praxi rozhodčích senátů povolaných k rozhodování sporů z investic přičemž současně dochází k výkladovému přetváření a dotváření psaného práva bez souhlasu Vysokých smluvních stran a živelným odklonům od výchozích premis fungování ochrany investic vůbec (viz případy popsané v úvodu této práce).¹⁰⁵ Dalším z určujících specifík je skutečnost, že z hlediska MPV jsou Dohody považovány¹⁰⁶ za *lex specialis* k obecným pravidlům upravujícím odpovědnost za mezinárodně protiprávní jednání států, což tento odpovědnostní systém orientuje uživatelsky právě na státy, resp. mezinárodní společenství jako celek, neboť fakticky představuje principiální regulačně-bezpečnostní systém pro zajištění stability

¹⁰⁵ Na tomto místě však nutno podotknout, že klasická vnitřní struktura BIT vedle mechanismů řešení sporů z investic mezi smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany obsahuje i ujednání pro řešení sporů z BIT mezi oběma smluvními stranami; byť tato rozhodčí doložka povětšinou limituje co do arbitrability okruh sporů na výklad ustanovení předmětné BIT, je poněkud s podivem, že alespoň pokud je autorovi známo, využití tohoto systému řešení sporů za účelem upřesnění výkladu sporných či příliš obecných ustanovení takové Dohody je prakticky využíváno minimálně. Přitom se jedná o zcela zásadní mechanismus sjednaný tvůrci dané Dohody právě proto, aby výklad obsažených ustanovení obdržel zcela jasnou a určitou vůli smluvních stran, neboť při absenci jasné a určité textace obsahu BIT pak v případě sporu musí být nutně obsah daných ustanovení interpretačně doplněn, přitom však dle použitelného práva (tj. obecných norem MPV) způsobem a dle subjektivního přesvědčení rozhodčího senátu o správnosti výsledku procesu interpretace v souladu se smyslem a účelem Dohody dle okolností daného případu, což však vždy nemusí zcela odpovídat dosaženému konsensu smluvních stran vyjádřeného a vtěleného do textu BIT. Lze však předpokládat, že s proliferací investičních sporů, v nichž bude odpůrcem stát, kterého lze zařadit z hlediska klasické taxonomie investiční ochrany do skupiny států exportujících kapitál, jenž fakticky iniciovaly vytvoření stávajícího systému BITs, budou se tyto výkladová stanoviska uvedeným způsobem objevovat častěji a častěji právě z důvodů korelace nekonzistentní rozhodčí praxe, která na rozdíl od takovýchto výkladových stanovisek k BIT sjednaných mezi oběma smluvními stranami, má povahu čistě podpůrného (interpretačního) pramene práva, který se však (jeho normativní část) může postupně usídlit i v rovině obyčejového práva za předpokladu, že dojde k akceptaci takového pravidla ze strany států, které se takovýchto pravidel budou v budoucnu dovolávat, pročež tedy není jisté na místě rozhodovací praxi investičních senátů brát zcela na lehkou váhu. Je však na samotných tvůrcích systému ochrany investic, a by případný pocit „ztráty kontroly“ regulovali sami skrze uvedený mechanismus, který by zhoubné bujení systému reguloval zevnitř.

¹⁰⁶ Význam tohoto slova ve smyslu „domněnky“ bude rozveden dále v této práci.

mezinárodního systému specifikací mezinárodní odpovědnosti a limitací druhů, rozsahu a intezity opatření k nápravě následků vyplývajících zodpovědnosti delikventního státu, když v rovině MPV neexistuje centrální autorita, která by byla povolána k autonomní regulaci vztahů a kontrole jejich dodržování. Nutno podotknout, že regulace odpovědnosti na poli MPV, byť fakticky předvídá možnost vzniku a existence práv a povinností plynoucích z mezinárodně-protiprávního jednání jedinci povinovaného státu, ponechává na státech, aby tyto individualizované závazky adresované soukromoprávním subjektům (které fakticky nejsou subjekty MPV) specificky upravily též co do jejich obsahu a rozsahu. Z tohoto hlediska tak základ odpovědnostních vztahů dle MPV bude vždy dvojkolejný, když porušení BIT smluvní stranou skrze porušení závazku vůči investorovi bude primárně zakládat závazky domovskému státu investora z porušení smluvně zakotveného závazku deliktního státu, přičemž sekundárně pak povinnosti založené odpovědnostním vztahem z tohoto mezinárodního závazku budou adresovány přímo investorovi, kdy tato dvojaká povaha odpovědnostně indukovaných nároků představuje příčinu zkoumání povahy investičního nároku.¹⁰⁷

V každém případě pokud z daného systému vzejde spor spočívající na zásahu do práv investora či investice, jeho těžištěm bude investiční nárok. Nárok, který bude investor uplatňovat vůči suverénovi, který disponuje celým spektrem nástrojů MPV, zatímco investor má k dispozici jen zlomek nástrojů z tohoto systému, ohraničený hmotněprávními a procesními právy mu plynoucími z příslušné BIT, která zhmotňuje suverénní závazek daný domovskému státu investora, jak se k investorovi bude hostitelský stát chovat. Nedodržení tohoto závazku je ale současně porušením BIT vůči domovskému státu investora, který by mohl sám uplatňovat nároky z titulu mezinárodní odpovědnosti a současně domovskému státu investora (s výjimkami

¹⁰⁷ DOUGLAS, Zachary. Hybrid Foundations of International Law, in. 74 *British Yearbook Of International Law*, 2004, str. 151.

popsanými dále) převzít nárok investora a prostřednictvím nástrojů diplomatické ochrany uplatňovat nároky investora svým vlastním jménem.

Z důvodů komplexnosti je na tomto místě třeba též doplnit, že předmětem této práce je nárok „investiční“. Pokud bychom tedy měli výše uvedený teoretický rozbor zasadit tematicky do rozsahu této práce, konstatujeme, že tedy investičním nárokem se pro účely této práce dále zejména rozumí všechna tvrzená práva svědčící investorovi dle MPV (ať již v obecné rovině či v rovině partikulárního práva - BITs), která měla vzniknout v důsledku mezinárodně protiprávního jednání, spočívajícího v hostitelském státu přičitatelném jednání či opomenutí představujícím porušení závazků hostitelského státu daného druhé smluvní straně (domovskému státu investora) skrze BIT, že bude s investicí investora nakládáno způsobem sjednaným v BIT, přičemž předpokládáme, že tyto sekundární práva založená odpovědností deliktního státu pak může investor uplatňovat za podmínek a skrze procesní nástroje aprobované oběma Vysokými smluvními stranami BIT pro tyto případy.

Jak bude ukázáno dále, tato hypotetická konstrukce je brána mnohdy jako fakt, právě s ohledem na podstatu fungování systému jak bylo uvedeno výše, ovšem aniž by bylo zkoumáno, zda její jednotlivé prvky, návaznosti a souvztažnosti skutečně odpovídají psanému (či obyčejovému) právu. Tento konstrukt tedy taktéž podrobíme analýze v následujících kapitolách za účelem ověření jeho právní validity, přičemž zde jej používáme jak východisko rámce námi zkoumané problematiky.

Takto definovaný investiční nárok však představuje široké spektrum samostatných kategorií nároků - může se jednat o nárok investora na ochranu (jak hmotněprávní tak procesní) vůči neoprávněnému zásahu hostitelského státu vyplývající z porušení jednotlivých závazků z katalogu hmotně-právních ustanovení BIT (standardů ochrany) spočívající v nároku uplatňovaném vůči povinnosti hostitelského státu

odstranit protiprávní stav a současně s ním propojený nárok na odstranění následků újmy způsobené protiprávním jednáním.

Z procesního hlediska pak lze hovořit o vzniku nároku na zahájení investičního rozhodčího řízení vůči hostitelskému státu¹⁰⁸, jež odpovídá procesnímu právu, aby jeho spor se suverénní entitou představovaný zásahem do jeho práva garantovaných BIT byl projednán u nezávislého a nestranného orgánu povolaneho skrze BIT k rozhodování sporů z investic. Přičemž se jedná o právo opět v jeho podmíněnosti¹⁰⁹, i když záleží na investorovi, zda daný instrument pro řešení sporů z investic využije, anebo využije procesní prostředky hostitelského státu k řešení jeho sporu, kterýžto však bude domovskými soudními orgány vnímán povětšinou odděleně od jeho mezinárodněprávní podstaty.¹¹⁰ Investorovi je tak v rámci Dohod dáno na výběr (v proměnlivém rozsahu¹¹¹ a ev. vzájemné podmíněnosti), zda se vydá cestou vnitrostátní justice

¹⁰⁸ Autor toto téma (procesního nároku, byť v jiných souvislostech) jednou komplexně zpracoval, v podrobnostech viz ČERNÝ, Filip. *Postupitelnost nároku*.

¹⁰⁹ S odhlédnutím od individuálních podmínek, jejichž vznik je podmíněn jejich ujednáním partikulární úpravou, což předvídají pravidla mezinárodní odpovědnosti, jak rozebráno dále.

¹¹⁰ Takovéto řešení prostředky vnitrostátního práva totiž povětšinou nebude nabývat rozměru investičního sporu, neboť na úrovni vnitrostátního práva se bude jednat o specifickou sporovou agendu soudní či správní povahy, jejíž výsledek sám o sobě následně může založit investiční spor. Dohody totiž *explicite* nezakládají specifické mechanismy pro řešení sporů z investic před orgány hostitelského státu, kde totiž samotná povaha investičního nároku implikuje ve své podstatě „podjatost“ vnitrostátních orgánů státu, který se měl protiprávního jednání vůči investorovi a jeho investici dopustit, neboť se jedná o orgány moci soudní či výkonné této entity- subjektu mezinárodního práva veřejného.

¹¹¹ Jak bude pojednáno dále, ne všechny BIT obsahují „plno-spektrální“ nabídku k rozhodčímu řízení, kdy tyto nabídky jsou pro řešení sporů s investory často limitovány různorodým okruhem otázek, které je možno v rámci denacionalizovaného rozhodčího řízení mezi investorem a hostitelským státem řešit-arbitrabilita investičních sporů dle příslušných BIT tak osciluje od „veškerých sporů z investic nebo týkajících se investic“ až k úzkým otázkám spočívajícím např. pouze ve stanovení výše náhrady škody.

hostitelského státu, anebo se uchýlí k investičnímu rozhodčímu řízení dle možností obsažených v dané BIT. Tato volba je pak též často již neměnná a rozhodnutí vydat se tím či oním směrem následně vylučuje možnost zvolit cestu druhou.¹¹² Na druhou stranu obecné mezinárodní právo regulující otázky odpovědnosti předpokládá (nad rámec multilaterálních dohod pro řešení sporů (Úmluva ICSID), specifických procesních (rozhodčích) pravidel) možnost smluvních stran BIT vymínit si další specifické podmínky, jejichž splnění představuje prerekvizitu přípustnosti resp. založení pravomoci příslušného orgánu povolného dle BIT k řešení sporů investic mezi smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany.¹¹³

Konečně z hlediska exkurze do rozsahu katalogu nároků pak v případě úspěšnosti při uplatnění nároku v nalézacím řízení dochází k jeho přeměně spočívající v nároku na přiznané plnění, kdy samo nesplnění titulu zakládajícího takového právo investora samo o sobě představuje mezinárodně protiprávní jednání, jehož splnění pak již může požadovat (v závislosti na procesní platformě skrze kterou byl spor řešen) kterákoliv z dotčených smluvních stran¹¹⁴, tj. i států.

¹¹²Toto ustanovení v BIT bývá označováno jako „*fork in the road*“ a představuje překážku pravomoci jednoho procesního fóra vůči druhému tam, kde byla provedena jednou volba druhu řízení. Poukazují na to, že ust. Čl. 26 Úmluvy ICSID spojuje účinek „*fork in the road*“ se seouhlasem k rozhodčímu řízení před Střediskem ICSID.

¹¹³ Viz ILC ASR, specificky čl. 44., který předvídá individualizaci podmínek v rámci partikulárního práva v podobě pravidla nacionality nároku a současně též poněkud paradoxně (s ohledem na *fork in the road clause*) podmínky pro vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků.

¹¹⁴ Dobrovolné nesplnění povinností stanovených pravomocným rozhodčím nálezem vydaným postupem předvídaným Úmluvou ICSID zakládá mezinárodní odpovědnost a takového jednání je vyloučeno z omezení založených čl. 27 Úmluvy ICSID, která limituje smluvní strany při uplatňování nároků, která jsou předmětem řízení před ICSID jinými způsoby (např. diplomatická ochrana); Přitom porušení uvedeného závazku zakládá samo o sobě porušení Úmluvy ICSID, a proto práva vyplývající z odpovědnosti vůči deliktárnímu státu mohou dovolávat všechny strany této Úmluvy.

Byť BITs obsahují specifické instrumenty pro procesní řešení sporů z investic mezi hostitelským státem a investorem z druhého smluvního státu BIT, tj. specifické instrumenty pro procesní uplatnění nároků investora a samotný mechanismus řešení sporů ve své podstatě implikuje nárok investora na specifický procesní postup pro řešení jeho sporu z investice, investor má vždy na vybranou, zda využije přímo aplikovatelných ustanovení pro řešení sporů z investic a iniciuje investiční rozhodčí řízení u instituce či orgánu, jež je povolán v rámci BIT, a nebo bude postupovat v souladu s procesními pravidly hostitelského státu, či od uplatňování svých nároků z investice vůbec upustí.

Už sama rozhodčí „smlouva“ obsažená v příslušné BIT je totiž instrumentem *sui generis*; není totiž perfektní¹¹⁵, jedná se v čisté formě o „ofertu“ (obvykle v odborné literatuře nazývanou jako „*offer to arbitrate*“¹¹⁶) adresovanou neuzavřenému okruhu subjektů, které při

¹¹⁵ Na rozdíl od rozhodčí doložky obsažené v BIT pro řešení sporů mezi vysokými smluvními stranami BIT (povětšinou však limitována k řešení otázek výkladu a interpretace BIT), která byť svědčí vysokým smluvním stranám BIT a nikoliv investorovi může být k uplatnění nároku též potenciálně využita, viz dále.

¹¹⁶ Vztaženo do sféry vnitrostátního práva (zde České republiky), tento instrument může vzdáleně připomínat *per analogiam* alternativní metody pro řešení sporů (byť se jedná o konciliaci) zakotvené zákonem č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, v aktuálním znění (dále jen „ZOS“), prostřednictvím kterého je spotřebiteli umožněno, a to právě poté, co dojde ke vzniku sporu, obrátit se na nezávislý orgán pro řešení spotřebitelských sporů tam uvedených (§20n a násl. ZOS). Velice zajímavým aspektem tohoto zákonného řešení je forma souhlasu obchodníka-podnikatele, jehož vztah se spotřebitelem byl založen specifickým typem smlouvy uzavřené v rámci jeho podnikatelské činnosti (§20d ZOS), která však doložku o ADR neobsahuje. Pravomoc příslušného orgánu pro řešení spotřebitelských sporů je tak založena ze zákona tam, kdy spotřebitel svůj nárok postupem dle §20n a násl. ZOS uplatní u příslušného orgánu povolaného k řešení těchto sporů, přičemž souhlas odpůrce (podnikatele) je založen *fikcí* dle §20o ZOS, na základě které se návrh na zahájení takového řízení spotřebitelem považuje za uzavření dohody o mimosoudním jednání věřitele a dlužníka o právu nebo povinnosti, které právo zakládá, dle §647 z.č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Nutno podotknout, že toto ustanovení ale upravuje pouze během promlčecí doby, nikoliv hmotněprávní základ ospravedlňující zásah do autonomie vůle stran. Pokud se ale vrátíme k podstatě této analogie, postavení podnikatele je v řízení dle ZOS fakticky velmi podobné postavení státu dle BIT- existuje zde oferta neuzavřenému okruhu osob splňujících kvalifikační

splnění kvalifikačních předpokladů obsažených v definičních ustanoveních příslušné BIT pro „investora“ a „investici“ mohou při splnění daných kvalifikačních předpokladů takovouto „nabídku“ řešení sporů akceptovat, v důsledku čehož dojde k perfekci rozhodčí smlouvy za podmínek obsažených v ofertě.

Teprve takovýto kvalifikovaný subjekt je totiž oprávněn, a to oprávněním založeným na základě konsensu Vysokých smluvních stran - států, které spolu uzavřely příslušnou BIT, řádně uplatňovat své hmotněprávní nároky z BIT prostřednictvím akceptace této oferty dané hostitelským státem postupem upraveným v dané BIT. Posuzování splnění těchto specifických kvalifikačních předpokladů a jejich samotné splnění je již otázkou pro danou rozhodčí instituci či senát, přičemž pozitivní odpověď na tuto otázku je pak předpokladem založení pravomoci takovéto rozhodčí instituce či orgánu k rozhodování daného investičního sporu.

Teprve v okamžiku řádného projednání hmotně-právního nároku povolaným (rozhodčím či jiným) orgánem se tento specifický investiční nárok přetváří do podoby titulu na kvantifikovatelného plnění v podobě předvídané MPV¹¹⁷ spojeným s další formou nároku, a to domáhat se výkonu rozhodnutí v případě, že povinná strana z rozhodčího titulu nebude plnit to, co bylo přiznáno, straně druhé dobrovolně (tj. opět nárok vyplývající z odpovědnostního vztahu).

předpoklady pro zahájení řízení, kdy kvalifikační předpoklady dle ZOS je existence (spotřebitelského) sporu s podnikatelem vyplývající z typizovaného smluvního vztahu, jehož předpokladem je specifická kvalifikace stran sporu (podnikatel /spotřebitel) s jedním podstatným rozdílem a to, že v případě řízení dle ZOS to není podnikatel, kdo by danou ofertu k ADR dal, ale činí tak za něj stát, tudíž tento model řešení formou ADDR postrádá jeden ze základních určujících znaků ADR, kterým je právě autonomie vůle stran.

¹¹⁷ Viz dále v této kapitole k podobám plnění možného a dovoleného dle MPV.

Ovšem předpokladem pro zdárné projednání sporu před orgánem povoláním BIT pro řešení sporů z investic (kterýmžto se věnuji v samostatné kapitole této práce), je formulace investičního nároku formou, v rozsahu a způsobem, který tento nárok činí procesně projednatelným. Na tomto místě uveďme pouze příkladmo Pravidla UNCITRAL, která v čl. 3/3¹¹⁸ zakotvují specifické požadavky na obsah „*Notice of Arbitration*“, kde vedle obecných požadavků na identifikaci stran sporu, jakož i smluvních podkladů prokazujících existenci rozhodčí smlouvy a základ sporu, je výslovně zakotven požadavek na stručné vymezení nároku,¹¹⁹ jakož i uvedení hodnoty sporu, pokud je hodnota sporu určitelná v penězích a následně v dalším bodě požadavek na specifikaci žalobního návrhu (*petitu*).¹²⁰

Tento koncept tedy odpovídá našemu teoretickému východisku povahy investičního nároku, když tento posuzuje oddělené od žalobního návrhu

¹¹⁸ Článek 3 odst. 3 Pravidel UNCITRAL stanoví, že:

The notice of arbitration shall include the following:

(a) A demand that the dispute be referred to arbitration;

(b) The names and contact details of the parties;

(c) Identification of the arbitration agreement that is invoked;

(d) Identification of any contract or other legal instrument out of or in relation to which the dispute arises or, in the absence of such contract or instrument, a brief description of the relevant relationship;

(e) A brief description of the claim and an indication of the amount involved, if any;

(f) The relief or remedy sought;

(g) A proposal as to the number of arbitrators, language and place of arbitration, if the parties have not previously agreed thereon.

¹¹⁹ viz čl. 3/3 písm. e) Pravidel UNCITRAL.

¹²⁰ Viz čl. 3/3 písm. f) Pravidel UNCITRAL.

(tj. čeho se navrhovatel domáhá) a ohraničuje tedy nárok vymezením skutkovými a právními tvrzeními odůvodňujícími samotný návrh.

Obsahovým těžištěm nároku pak vždy bude nejméně vymezení (specifikace) porušení individualizovaného (hmotněprávního) závazku hostitelského státu z předmětné BIT jakož i specifikace následků spojovaných s porušením tohoto závazku (odpovědnost za porušení stanoveného závazku), jenž zakládají oprávněnost žalobního návrhu představovaného stanovením povinnosti ve formě předvídané právním instrumentem (BIT/ILC DRS) určujícím formu, druh a výši odškodnění za nedodržení daného závazku a následky takového porušení.

V následujících kapitolách navazujících na tuto obecnou definiční kapitolu se tedy zaměříme na konstrukčních elementy nároku, předně tedy na vymezení katalogu hmotněprávních závazků hostitelského státu z BIT vůči investorovi/investici – standardů ochrany, představující těžiště investičního nároku v jeho potencialitě, na což navážeme analýzou problematiky mezinárodní odpovědnosti a jejich specifik vyplývajících z diagonality vztahů založených BIT, jako předpokladu pro vznik investičního nároku a současně zahrnující i mechanismy nápravy odstraňující negativní důsledky porušení mezinárodních smluvních závazků z BIT, přičemž následně se již zaměříme na procesní aspekty uplatňování investičního nároku, které mohou námi stanovenou výchozí definici investičního nároku dále individuálně (co do rozsahu) modifikovat. S ohledem na rozsah problematiky standardů ochrany investic/investora a mezinárodní odpovědnosti budou tyto kategorie pojednány formou heslovitého exkurzu v rozsahu nezbytném pro uchopení dalších kapitol této práce (neboť investiční nárok inherentně vyplývá ze sporu, jehož předpokladem je porušení primární povinnosti garantované hostitelským státem), když obě dvě uvedené navazující oblasti problematiky jsou natolik obsáhlé, že jejich podrobné zkoumání by v každém z případů bylo námětem samostatné monografie.

4.2. Dispozice s investičním nárokem

Systematicky druhá část názvu předmětu této práce, jež je neméně důležitou, je pojem „Dispozice“. Tento termín je pro účely této práce třeba vnímat zejména ve dvou rovinách.

Zprvce v rovině, která vychází z premis inherentních podstatě systému ochrany investic jako subsystému MPV, kde relevantními subjekty způsobilými nabývat práva a povinnosti jsou pouze svrchované státy. Dohoda zakotvující oprávnění investora tudíž tradičně literatura pojímá jako projev konsensu vysokých smluvních stran-států, které z titulu své svrchovanosti jako jediné disponují právy, povinnostmi a s nimi spojenými nároky vyplývajícími z porušení primárního závazku druhou Vysokou smluvní stranou- státem, a to v rovině mezinárodního práva veřejného, specificky v rovině mezinárodní odpovědnosti, která je klíčovým elementem pro uchopení těchto vazeb, a které bude věnována v tomto ohledu samostatná kapitole dále v této práci.

Toto tradiční pojmání práv a povinností investora jakožto práv odvozených od práv Vysokých smluvních stran odpovídá tradičnímu pojmání ochrany investic jakožto specifické subkategorie práva ochrany cizinců, která je tradičně součástí obyčejově formovaného práva diplomatické ochrany. V další části této práce se však budeme zabývat otázkou, zda-li však tato koncepce nebyla již v praktických ohledech překonána.

Byť je tedy z tradičního pohledu investice investora adresátem/objektem daných závazků, důsledky porušení těchto závazků zakládají sice odpovědnost vysoké smluvní strany, která se předmětného mezinárodně protiprávního jednání dopustila, přičemž ale v rovině MPV je a může být jediným aktivně legitimovaným subjektem pro invokaci mezinárodní odpovědnosti z porušení daného závazku opět jen druhá smluvní strana BIT-stát. Současně je to opět pouze a jen tato dotčená smluvní strana, kdo může být adresátem sekundárních práv (nároků) z takto založené mezinárodní odpovědnosti.

Z hlediska klasického Vatteliánského vnímání MPV, je rozsah práv a postavení investora, jako objektu - non-subjektu MPV, projevem smluvně (skrže BIT) zakotvené a modulované diplomatické ochrany¹²¹, dle které je poskytována investici investora ochrana za předpokladu prokázání specifické vazby¹²² ke svému domovskému státu, přičemž v důsledku *fikce* je újma investici investora transformována do újmy státu, pročež vzniká nárok domovskému státu investora vůči škůdci tento uplatňovat jako autonomní nárok, byť ve prospěch investora. Pokud tedy investor není subjektem MPV, porušení závazku BIT vůči němu nezakládá mezinárodní odpovědnost; mezinárodní odpovědnost plyne z porušení závazku z BIT vůči druhé smluvní straně Dohody. Touto optikou nazíráno pak investor neuplatňuje nárok z porušení BIT jako svůj vlastní, ale jako nárok svého domovského státu, který jej pouze „zmocnil“ či pověřil k tomu, aby investor takový nárok z porušení BIT uplatnil, přičemž v důsledku invokace mezinárodní odpovědnosti z porušení BIT vznikne domovskému státu investora

¹²¹ V detailech rozvedeno dále, pro účely zdejší definice však uveďme, že je považováno za obecně přijímaný fakt, že ochrana investic a diplomatická ochrana jsou součástí širšího rámce obyčejového práva ochrany cizinců v zahraničí, přičemž tento obyčejový rámec ochrany cizinců vyplývá z premisy, že z povahy své suverenity je domovský stát jednotlivce oprávněn vykonávat svrchovanou pravomoc vůči jednotlivci, který se nachází na jeho území a je s ním svázán určitým pojátkem- státní příslušností (viz další poznámka pod čarou), která umožňuje takového jednotlivce domovskému státu chránit i tehdy, pokud tento bude poškozen jednáním cizího státu na jeho území. Aby však byla tato koncepce ospravedlnitelná z hlediska zásahu do suverenity státu, který újmu příslušníku domovského státu způsobil, vytvořila judikatura z počátku 20. století *fikci*, dle níže je újma příslušníku jednoho státu způsobená druhým státem na svém území, za předpokladu že příčinou újmy je mezinárodně protiprávní jednání, založit domovskému státu poškozeného jednotlivce uplatnit svůj vlastní nárok (státu) z porušení mezinárodního práva, v důsledku kterého došlo k újmě na právech jednotlivce (který jako non subjekt neměl možnost jak nárok vůči státu přímo uplatnit) a uplatňovat vlastní nárok domovského státu s tím, že vyvoláním důsledků odpovědnosti by reparace újmy domovského státu fakticky představovala kompenzaci škody ve prospěch soukromoprávního subjektu.

¹²² Skrže státní příslušnost fyzické osoby anebo prostřednictvím inkorporace právnické osoby, které obecně zakládá danou vazbu mezi státem a soukromoprávním subjektem v jeho svrchované pravomoci.

nárok na reparaci, který v majetkové rovině odpovídá majetkové újmě způsobené ve sféře investice investora.

Proto je v tomto výchozím rámci klíčové zkoumat roli a postavení (investice) investora jako adresáta přímých práv z BIT jako východiska pro stanovení podstaty *locus standi*, tj. zda investor vystupuje na základě originární způsobilosti anebo odvozeně, a to jako zmocněnec či beneficent práv vzniklých v důsledku porušení primárních norem resp. závazků mezi Vysokými smluvními stranami ovšem ve prospěch a na účet domovského státu investora. Tato teorie nepřímých práv, zdá se, má oporu v textaci samotných BIT, když valná většina BITs činí adresátem ochrany primárně *investici* investora, nikoliv investora samotného. Proto prostá analýza primárních závazků vyplývajících z BITs nemůže dostatečně odůvodňovat závěr ohledně povahy investičních nároků a jejich (ne)autonomii na smluvních stranách BIT. Z tohoto hlediska jsem se rozhodl analyzovat též odpovědnostní mechanismus v systému MPV jako prostředek vzniku sekundárních odpovědnostních norem a jejich adresátů jako východisko pro stanovení postavení investora v rámci systému ochrany investic. Zodpovězení této otázky je totiž klíčovým cílem této práce, přičemž současně představuje i východiska a predeterminanty pro ev. další analýzu mezí dispozice s investičním nárokem, neboť podstatou „dispozitivnosti“ nároku je totiž zodpovězení otázky, *komu nárok fakticky a právně svědčí*- tj. zda-li Vysoké smluvní straně a to z titulu porušení primárního smluvního závazku z dané BIT druhou smluvní stranou – hostitelským státem investora nebo investorovi přímo. Ovšem k tomu, aby investor mohl se *svým* nárokem bez dalšího disponovat, musí být splněn předpoklad existence jeho právní subjektivity v rovině MPV, kterážto však z textace samotných BITs ani obecného MPV výslovně neplyne. Této otázce tedy bude taktéž dále věnována pozornost jakožto jednoho z nezbytných předpokladů pro zkoumání mezí dispozic resp. dispozice s investičním nárokem ze strany investora.

Zadruhé, a to v závislosti na určení povahy investičního nároku pak je třeba dispozicí rozumět meze jakéhokoliv (dovoleného) nakládání s investičním nárokem ze strany investora, jak přímo vyplývá ze zákona, tj. matice složené z pramenů mezinárodního práva veřejného a jeho jednotlivých partikulárních systémů, tj, vnitrostátního práva zahrnujícího současně právo mezinárodní soukromé, tak též z pravidel pro řešení sporů z investic (jež mohou být jak vnitrostátní, tak mezinárodní povahy).

Samotný rámec dispozice pak bude specifikován postupně v práci a to v závislosti na zjišťování povahy investičního nároku, který se odráží v povaze a rozsahu povolených dispozic.

5. PRIMÁRNÍ ZÁVAZKY VYSOKÝCH SMLUVNÍCH STRAN ZALOŽENÉ PROSTŘEDNICTVÍM DOHOD

5.1. Výkladová pravidla pro interpretaci BIT, význam preambule

Pro věcnost a názornost následující subkapitoly této práce jsem zvolil specifickou BIT, na níž bude demonstrován katalog práv (investice) investora, respektive mezinárodně-právních závazků garantovaných takovou dohodou investorům jednoho smluvního státu na území druhého smluvního státu BIT. S ohledem na skutečnost, že obecně mohou mít jednotlivé BIT s ohledem na jejich „stáří“¹²³ či původ v té které generaci „vzorových“ BIT různorodý charakter garantovaných práv či rozsah těchto práv, považuje autor za legitimní, aby v rámci této kapitoly byly akcentovány též praktické aspekty výkladu jednotlivých práv dle BIT a proto se rozhodl čtenáři přiblížit tento katalog na specifické BIT, a to jmenovitě na *Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic* ze dne 5. 10. 1990 (dále jen „**CZ-CH BIT**“¹²⁴).

Preambule CZ-CH BIT je uvedena následujícími proklamacemi:

„Vedeny přáním rozvíjet hospodářskou spolupráci k vzájemnému prospěchu obou států, Ve snaze vytvořit a zajistit výhodné podmínky pro investice investorů jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany,

¹²³ Za „Pramatku“ všech BIT je všeobecně považována vzorová úmluva OECD: The OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, dostupný v el. formě na:

<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>

(naposledy navštíveno dne 15.8.2016).

¹²⁴ Nevyplyne-li z kontextu dalšího výkladu cokoli jiného, jedná se výlučně o Dohodu mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 5. 10. 1990.

Jsouce přesvědčeny o potřebě podporovat a chránit zahraniční investice s cílem posílení hospodářské prosperity obou států,

(...), dohodly se takto:“

Toto znění preambule stanoví rámec výkladu Dohody v rámci Vídeňské úmluvy o mezinárodním smluvním právu¹²⁵ (dále jen „VCLT“), resp. pravidel pro výklad mezinárodních smluv ve smyslu čl. 31 VCLT, dle kterých Dohody budou interpretovány v dobré víře, přičemž základním výkladovým pravidlem je výklad gramatický, který nejlépe vystihuje vůli Vysokých smluvních stran ohledně dosaženého konsensu obsaženého ve vykládané CZ-CH BIT v jejích souvislostech a ve světle jejího cíle a účelu. Z tohoto hlediska je tak preambule klíčová, neboť určuje právě rádius, cíl a účel samotné Dohody, kterým je rozvoj hospodářské spolupráce, vytvoření a zajištění výhodných podmínek pro investice investorů jakož i potřeba podpory a ochrany investic. Součástí kontextu resp. souvislostí pro výklad dané Dohody je pak dle navazujících pravidel obsažených v ust. čl. 31 odst 2 VCLT jakákoliv navazující dohoda, dotýkající se výkladu smluvního instrumentu, praxe zavedená mezi Vysokými smluvními stranami ohledně její aplikace, která by zakládala dohodu ohledně jejího výkladu, či jakákoliv pravidla mezinárodního práva veřejného, které jsou použitelné ve vztahu mezi smluvními stranami.¹²⁶

Dle výše uvedených výkladových pravidel je tak (v případě absence navazující praxe či dodatků k Dohodě) rámec výkladu daného smluvního instrumentu ohraničen a účelově určen jeho preambulí a dalšími použitelnými pravidly MPV ve smyslu čl. 38 Statutu MSD, dle kterého vedle mezinárodních smluv mezi prameny MPV řadí dále též normy obyčejového práva, obecné zásady právní uznávané

¹²⁵ Do českého právního řádu recipována prostřednictvím vyhlášky ministra zahraničních věcí č. 15/1988 Sb., ze dne 4. září 1987.

¹²⁶ Odstavec 2 čl.31 VCLT.

civilizovanými národy, v omezeném rozsahu soudní rozhodnutí a v podpůrném rozsahu pak učení nejkvalifikovanějších znalců veřejného práva.¹²⁷

Dle čl. 3 BIT hostitelský stát garantuje na svém území podporu investicím investora druhé smluvní strany a připustí takové investice v souladu se svým právním řádem. Proto všechny investice dle čl. 2 CZ-CH BIT prováděné investorem naplňujícím znaky stanovené čl. 1 CZ-CH BIT budou chráněny ve smyslu navazujících ustanovení takové dohody a ve stanoveném rozsahu, přičemž budou subsidiárně aplikovány další prameny MPV, zejména pak z oblasti práva obyčejového a z hlediska výkladových otázek relevantní judikatury dotýkající se předmětu sporu.

Vedle toho je zakotven v čl.3 CZ-CH BIT závazek hostitelského státu k podpoře investic, které nejsou v rozporu s jejím právním řádem. Tím jsou myšleny především investice aprobované právem hostitelského státu a investorem realizované v dobré víře. Další odstavec tohoto článku pak stanoví závazek hostitelského státu vůči povoleným

¹²⁷ Článek 38

1. Dvůr, jehož úkolem je rozhodovat podle mezinárodního práva spory, které jsou mu předloženy, aplikuje:

a) mezinárodní úmluvy, ať obecné či partikulární, stanovící pravidla výslovně uznaná státy ve sporu;

b) mezinárodní obyčej, jakožto důkaz obecné praxe uznávané za právo;

c) obecné zásady právní uznávané civilizovanými národy;

d) s výhradou ustanovení článku 59 soudní rozhodnutí a učení nejkvalifikovanějších znalců veřejného práva různých národů jakožto podpůrný prostředek k určování právních pravidel.

2. Toto ustanovení se nedotýká pravomoci Dvora rozhodovat ex aequo et bono, jestliže strany s tím souhlasí.

investicím (při absenci výslovného schvalovacího procesu je třeba presumovat, že se jedná o všechny investice z druhého smluvního státu, realizované *bona fide* a v souladu s právními předpisy hostitelského státu) v rozsahu zaručení potřebných povolení v souladu se svým právním řádem.

Dodatkový protokol č.1 k této CZ-CH BIT pak stanoví dodatečnou povinnost u strukturálních investic skrze ovládací podíl v jiných společnostech prokázat realizaci investice jako předpoklad pro to, aby taková investice na území hostitelského státu byla uznána.¹²⁸

Závěrem k preambuli si n tomto místě dovoluji poukázat na skutečnost, že preambule nehovoří toliko o právech adresovaných investorům, ale investicím investorů, jakožto předmětu resp. objektu úpravy, což bude zasazeno do souvislostí v další kapitole.

5.2. Katalog práv a standardů ochrany garantovaných investic investora/investorovi na území hostitelského státu

Začněme okruhem působnosti CZ-CH Dohody, který je vymezen v čl. 2, který v odst. 1 vymezuje rozsah úpravy Dohody *rationae materiae* a *temporis* Materiálně se vztahuje (pozitivní vymezení) na 1) investice zřízené na území jedné smluvní strany 2) investory druhé smluvní strany, 3) (negativní vymezení) s vyloučením práv a závazků smluvních stran ve vztahu k investicím mimo okruh působnosti Dohody.

Časově je předmět Dohody co do poskytované ochrany ohraničen pro body 1) a 2) (tj. investice investorů) *pro futuro* od 2. ledna (po 1.lednu) 1950.

Kvalifikační předpoklady pro vyvolání účinků této Dohody spočívající v garanci dále specifikované ochrany tak závisí na naplnění „dvojjediné“ definice *investice investora*, přičemž tento tandem

¹²⁸ Protokol k čl. 1 Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 5.října 1990.

specifických majetkových hodnot (ve vlastnictví/pod kontrolou) osoby, mající definovanou vazbu ke smluvní straně Dohody (dále jen „**domovský stát**“) zřízené na území druhého smluvního státu Dohody (dále jen „**hostitelský stát**“) představuje základní předmět podpory a ochrany investic, přičemž ztrátou kvality některé z určujících částí této definice, pokud to není v důsledku protiprávního jednání hostitelského státu, je povětšinou spojeno se ztrátou výhod poskytovaných danou Dohodou.

Článek 3 CZ-CH Dohody nadepsaný *podpora, povolení* stanoví závazek smluvních stran k podpoře investic investorů a současně i závazek k připuštění takovýchto investic v souladu se svým právním řádem. Byť by se mohlo zdát, že toto ustanovení dále limituje a podmiňuje kvalifikaci investice investora pro účely Dohody, mám za to, že tento odstavec má toliko význam pro odst. 2 předmětné Dohody, který stanoví závazek Smluvní strany tam, kde tato svým adresným jednáním povolila investice na jejím území dle odst. 1 čl. 3 Dohody, s tím, že těmto „povoleným“ investicím *zajistí* potřebná povolení v souladu se svým právním řádem, včetně povolení souvisejících s licenčními dohodami a smlouvami technické, obchodní a administrativní pomoci, vč. *podpory* vydání povolení pro zahraniční fyzické osoby v souvislosti s investicí.

Význam tohoto ustanovení spočívá v tom, že některé druhy investic (strategického charakteru) předpokládají pro efektivní realizaci kooperaci s hostitelským státem, byť pro ochranu dle BIT, pokud výslovně není sjednáno jinak, stačí naplnění kvalifikačních předpokladů „dvojjediné“ definice investice investora. V komplikovanějších případech nebo tam, kde dochází k realizaci investice individuální cestou skrze individuální investiční smlouvy, v rámci kterých je zamýšlena realizace investice, jež může být ev. mimo rozsah definičních ustanovení Dohody. Pokud taková individuální smlouva nestanoví vlastní režim ochrany a způsobu řešení sporů, nebude vždy považována za investiční smlouvu, pokud současně nebudou splněny kvalifikační předpoklady dle BIT. Pokud však dotčená BIT obsahuje tzv. „*umbrella*

clause“, jež je v případě CZ-CH Dohody obsažena v čl. 11¹²⁹, je možné prostřednictvím takovéto doložky, jejímž účelem je podřadit převzaté závazky smluvních stran vůči investorům, do režimu ochrany BIT. Proto závazek resp. prekondice povolení investice má dle mého názoru vazbu na závazek státu *k zaručení potřebných povolení* a jeho elevaci na úroveň závazku z mezinárodní smlouvy. Ostatních investic se netýká.

Nyní však již k jednotlivým standardům ochrany.

Naše vzorová CZ-CH BIT zajišťuje kvalifikovanému investorovi následující ochranu a standardy zacházení:

- a) Standard rovného a spravedlivého zacházení¹³⁰;
- b) Volné převody plateb souvisejících s investicí¹³¹;
- c) Plná ochrana a bezpečnost¹³²;
- d) Ochrana vlastnictví (Zákaz vyvlastnění, ledaže se tak stane

¹²⁹ Každá smluvní strana trvale zaručuje dodržování závazků ve vztahu k investicím investorů druhé smluvní strany, které převzala.

¹³⁰ Čl. 4 odst. 2 CZ-CH BIT.

¹³¹ Čl. 5 CZ-CH BIT.

¹³² Jelikož tato Dohoda obsahuje doložku nejvyšších výhod (rozvedeno dále), dochází k inkluzi tohoto standardu prostřednictvím MFN z dalších dohod uzavřených hostitelským státem poskytujících investicím investora vyšší míru ochrany, byť textace Dohody tento závazek výslovně neobsahuje. Například Mach v souvislosti s námi zkoumanou BIT poukazuje na skutečnost, že byť CZ-CH BIT neobsahuje standard „plné ochrany a bezpečnosti“, je tento standard „atrahován“ do smluvního režimu této BIT právě skrze doložku MFN ve prospěch kvalifikovaného investora, neboť například Bilaterální Dohoda mezi Českou republikou a Ázerbadžánskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 17.3.2011 tento standard ochrany obsahuje (viz čl. 2/2 této dohody); viz MACH, Tomáš. Vybrané standardy ochrany investic a jejich definiční překryvy v soudobé arbitrážní judikatuře. In: *Pocta Prof. JUDr. Květoslavu Růžičkovi, CSc. K 70. narozeninám* (POLÁČEK, Bohuslav, ed.), 2016, Praha: Wolters Kluwer.

v souladu s pravidly BIT společně se závazkem k odškodnění škod způsobených akty násilí)¹³³;

5.2.1. Standard rovného a spravedlivého zacházení

Tento standard je v CZ-CH BIT obsažen v čl. 4. odst.2 a stanoví, že:

„1/ Každá smluvní strana bude chránit na svém území investice investorů druhé smluvní strany, které byly založeny v souladu s jejím právním řádem, a nebude překážet neoprávněnými nebo diskriminačními opatřeními správě, udržování, užívání, využití, rozšíření, prodeji nebo likvidaci těchto investic[...].

2/ Každá smluvní strana zajistí na svém území řádné a spravedlivé zacházení s investicemi investorů druhé smluvní strany. Toto zacházení nebude méně příznivé než zacházení zaručené každou smluvní stranou investicím vlastních investorů na svém území nebo zaručené každou smluvní stranou investicím investorů země požívajících na jejím území nejvyšších výhod, je-li toto zacházení příznivější. Podniky se zahraniční majetkovou účastí, na nichž se podílejí investoři obou smluvních stran, budou požívat shora uvedeného zacházení jako hospodářský subjekt.“

Článek 4 CZ-CH BIT výslovně zakotvuje *standard rovného a spravedlivého zacházení* (dále jen „**FET**“) ¹³⁴, přičemž tento standard dle CZ-CH BIT nebude nižší, než standard národního zacházení,¹³⁵ respektive nebude nižší, než zacházení zaručené každou smluvní stranou

¹³³ Čl. 6 odst. 1 CZ-CH BIT.

¹³⁴ Zkratka anglického „*Fair and Equitable Treatment*“.

¹³⁵ viz čl. 4/2 CZ-CH BIT, věta druhá.

investorům požívajícím na území hostitelského státu nejvyšších výhod (dále jen „MFN“).¹³⁶

Vedle FET zakotvuje BIT pro investice realizované v dobré víře závazek hostitelského státu k ochraně investice na svém území, v souvislosti s čímž se Vysoké smluvní strany zavázaly nepřekážet neoprávněnými či diskriminačními opatřeními správě, udržování, užívání, využití, rozšíření, prodeji nebo likvidaci takových investic.¹³⁷ Standard FET tak zakotvuje *de facto* i zákaz diskriminace investora.

Dohoda CZ-CH obsahuje vedle FET i alternativu standardu zacházení, který běžně bývá nepodmíněný, ovšem zde je zaktoven v rozsahu, který není nižší než standard národního zacházení¹³⁸, respektive než standard zajištěný na základě MFN.¹³⁹

Rozsah a dosah FET, který má primárně procesní povahu, je v této BIT však rozšířen prostřednictvím inkorporace dolní či nejzazší mezní hranice FET, představované režimem národního zacházení, z čehož vyplývá, že tento standard (národní zacházení) zasahuje i do hmotněprávní roviny ochrany, byť na základě zde „nejnižšího“ stupně režimu v podobě národního zacházení. Tento garantuje investorovi zacházení nikoliv nižší, než kterého se dostává investorům (subjektům majícím státní příslušnost hostitelského státu). Proto tento standard zacházení garantuje zacházení s cizím investorem a jeho investicí

¹³⁶ Viz CZ-CH BIT, specificky čl. 4/1: Zákaz diskriminace; čl. 4/2: Standard rovného a spravedlivého zacházení společně s doložkou nejvyšších výhod, která je dále limitována v odst. Čl.4/3 CZ-CH BIT.

¹³⁷ Článek 4/1 CZ-CH BIT.

¹³⁸ V originále „*National Treatment*“.

¹³⁹ K MFN doložce viz srovněj výklad dále.

v rovině odpovídající vnitrostátní právní úpravě a to jak hmotněprávní, tak procesně právní.

Standard FET se pak promítá do vícero rovin ochrany *per se*- má význam například z hlediska hodnocení zákonnosti vyvlastnění, neboť se FET přímo promítá i do dodržení pravidel řádného procesu při odnětí majetku investora. Standard FET je nicméně ve své klasické podobě primárně procesním standardem zajišťujícím investorovi právo na spravedlivý proces před vnitrostátními orgány hostitelského státu.

Standard FET se z hlediska řádného procesu použije nejen co do soudní ochrany, ale zajišťuje ochranu investora i proti dalším formám rozhodovacích procesů přičitatelných hostitelskému státu, ev. jeho orgánů - např. rozličné formy správních či jiných administrativních řízení či rozhodnutí resp. jejich přezkumu a změnám, které mohou mít vliv a dopad do sféry investora, potažmo investice (např. změny právní úpravy, které mohou mít zásadní dopad na investiční prostředí a které byly přijaty na základě rozhodnutí správních orgánů, apod.).

Ochrana investora skrze FET není a nemůže být absolutní - byť je to mimo rámec záběru této práce, je na tomto místě třeba podotknout, že hostitelský stát jistě není povinován absolutní neměnností právního prostředí vůči investorovi. Stát bude vždy disponovat mírou diskrece co do proměnnosti svého vnitřního prostředí; toto tzv. „*right to regulate*“ však nesmí být vůči investorovi a jeho investici zjevně diskriminační resp. výkon takového práva na regulaci ze strany hostitelského státu by nemělo být v rozporu s principy FET, jakož i dalšími, které ta která BIT zakotvuje ve prospěch investora a současně obecně v rozporu se zásadou diskriminace (i mimo rámec FET). Tento princip ovšem není absolutní - existují i případy regulace, kde veřejný zájem (ochrana veřejného zdraví, přírody a krajiny, vnitřní bezpečnosti etc.) může převážit nad zájmy dodržet své mezinárodně-právní závazky a i když by jinak dané jednání ze strany hostitelského státu bylo naplňovalo znaky

mezinárodně-protiprávního jednání, okolnosti daného jednání tuto protiprávnost mohou vyloučit.¹⁴⁰

5.2.2. Faktory hodnocení porušení standardu rovného a spravedlivého zacházení

Při hodnocení protiprávnosti zásahu hostitelského státu optikou standardu FET pak rozhodčí tribunály posuzují primárně dva faktory, kterými jsou:

- a) legitimní očekávání investora a;
- b) dodržení principů spravedlivého procesu.

Ad a) Legitimní očekávání investora vyplývají z podstaty a významu daného tomuto principu vnitrostátním právem. Z hlediska mezinárodního se tento koncept promítá do roviny stability právního a ekonomického rámce fungování hostitelského státu.¹⁴¹ Určujícím etalonem je porovnání stavu právního rámce v době, kdy investor investici prováděl společně se specifickými zárukami poskytnutými hostitelským státem v době vstupu na území hostitelského státu, což ve svém souhrnu motivovalo investora k realizaci dané investice oproti změnám a jejich významu, které mají dopad do sféry investora a přímo na jeho investici. Stav právní a ujištění ze strany hostitelského státu představují určující prvky definující tento standard:^{142 143}

¹⁴⁰ Detailně viz čl.39 ILC ASR k otázce okolností vylučujících protiprávnost (v originále „*circumstances precluding wrongfulness*“).

¹⁴¹ Z praktického hlediska porovnej např. *Occidental Exploration and Production Co. V. Republic of Equador* (Award), (UNCITRAL, 2004), odst. 183 (dále jen „**Occidental**“).

¹⁴² *Saluka Investments BV (The Netherlands) v Czech Republic*, (UNCITRAL, 2006), Interim Awards of April 17, 2006, odst. 302 (dále jen „**Saluka**“).

¹⁴³ Viz *Técnicas Mediambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States Mexico*, (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award of 29 May 2003, odst. 98., formulace

Rozhodujícím momentem pro srovnávací postup je okamžik umístění investice na území hostitelského státu - od tehdy se posuzují změny v právním rámci a současně nelze apelovat na nevýhodné úpravy tam, kde zde daná (nevýhodná) úprava existovala v době před tím, než investor svou investici umístil na území hostitelského státu.¹⁴⁴

Samotný princip legitimního očekávání může mít zásadní dopad na nároky plynoucí z jeho porušení. Kupříkladu ve věci *Occidental* daná očekávání sehrála klíčovou roli při zjištění, zda byl porušen FET ze

citována i v *MTD Equity Sdn Bhd. And MTD Chile S.A. v Republic of Chile*, (ICSID Case No. ARB/01/7), Award, 25 May 2004, odst. 114, kde rozhodčí senáty rozvedly, že

[...] to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the state that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the state to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation.

Obdobně pak *Occidental v Ecuador* (odst. 183) dle kterého je stabilita právního a obchodního prostředí podstatným prvkem standardu řádného a spravedlivého zacházení.

¹⁴⁴ *Oscar Chinn Case*, PCIJ (1934), dostupné elektronicky na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_63/01_Oscar_Chinn_Arret.pdf (naposledy navštíveno dne 13. 12. 2016).

strany hostitelského státu-Ekvádoru, když správce daně investorovi znemožnil uplatňovat refundaci vratky DPH na vyváženou ropu, a to i přes to, že zakázané jednání bylo ze strany investora legitimní a po právu v době provedení investice investorem, neboť toto představovalo jeden ze základních pilířů a vůbec předpoklad pro realizaci investice na území státu Ekvádor ¹⁴⁵. Z hlediska legitimacy očekávání investora hraje klíčovou roli stav vnitrostátních předpisů v době instalace investice se situací resp. změnou vnitrostátních pravidel majících (byť nepřímý) dopad do sféry investora resp. jeho investice a ospravedlnitelnost těchto opatření, které mají vliv na realizaci investice jako takové na straně státu.

Vedle legitimních očekávání vložených do relativní neměnnosti vnitrostátního práva je však princip legitimních očekávání bez dalšího aplikovatelný i v rovině MPV- je však otázkou, zda se ve stejné míře bude princip co do stability systému (tj. rámce založeného příslušnou BIT a podpůrnými instrumenty obecného MPV, na které nemá ani hostitelský, ani domovský stát investora výlučný vliv jako ve své vnitrostátní sféře) aplikovat z hlediska investora jak vůči státu hostitelskému, tak vůči státu domovskému. Tato úvaha však překračuje účel této kapitoly, kterým je poskytnout čtenáři alespoň základní rámec pro orientaci v problematice standardů ochrany investora a investice.

Ad b) Dodržení principu spravedlivého (řádného) procesu ve vnitrostátních rozhodovacích mechanismech, kterými se rozumí vztah dovnitř hostitelského státu na všech úrovních s dopadem do sféry investora- bez ohledu na rozhodování o normativních právních aktech, či individuálních právních aktech ve vztahu k investorovi a jeho investici či s dopadem do sféry jak investora, tak investice. Předpokladem řádného procesu je dodržení vnitrostátních pravidel pro ty které procedury a procesní postupy orgánů, jejichž jednání je možno považovat v souladu s ILC ASR za přičitatelné hostitelskému státu.

¹⁴⁵ *Occidental v Ecuador* (odst. 183).

Nejen nesprávný úřední postup, ale též i jednání orgánů hostitelských států *ultra vires* je státu přičitatelné.¹⁴⁶ Vedle nedbalostních zásahů do řádného procesu stojí *prima facie* úmyslné zásahy spočívající ve zlé víře, zneužití pravomoci státních úředníků, diskriminaci. Takovéto zásahy jsou k prokázání porušení standardu dostačující, neboť mohou představovat mezinárodně-protiprávní jednání, jehož důsledkem je vznik odpovědnostního vztahu host. státu.¹⁴⁷

Otázku legality zásahu ze strany hostitelského státu je třeba posoudit výlučně dle mezinárodního práva –legalita jednání státu dle jeho vnitrostátního práva zde není relevantní;¹⁴⁸ předpokladem poskytnutí ochrany investici je pak prokázání existence dobré víry investora v právní stabilitu přijímajícího státu a legitimních očekávání co do presumpce správnosti činnosti státních orgánů státu hostitelského.

Z takových premis lze uzavřít, že mezinárodně-protiprávní jednání, (porušení FET)- pokud nebudou dány okolností vylučujících protiprávnost jednání státu, ev. prokázána legitimita veřejného zájmu k tíži investice investora, lze považovat již porušení závazku žádného zacházení s investicí v garantovaném rozsahu daných procesních standardů ochrany dle BIT.

Otázka legitimního očekávání adresáta veřejné moci v rámci standardu FET se pak paralelně promítá do několika samostatných rovin, které se v našem případě spojují, a to do (i) *roviny standardu očekávání v režimu mezinárodního práva* a do roviny (ii) *standardu očekávání podle vnitrostátního práva*.

¹⁴⁶ Čl. 7 ILC ASR.

¹⁴⁷MCLACHLAN, Cambell, SHORE, Laurence a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2007, New York: Oxford University Press, odst. 7.99.

¹⁴⁸ Viz čl. 3 ILC ASR.

V rovině mezinárodního práva lze uvést, že problematika principu rovného zacházení je zahrnuta pod rozsah standardu FET a tvoří jeho nedílnou součást. Tento standard je sám ukotven v obecném mezinárodním obyčejovém právu, což potvrdil LCIA tribunál ve věci *Occidental*¹⁴⁹, který uzavřel, že princip stability a předvídatelnosti právního a ekonomického rámce investice (rozuměj princip legitimních očekávání investora) je součástí FET, přičemž v tomto rozsahu odpovídá vnímání daného principu též v rovině MPV.

Komplexní meze definice standardu FET v mezinárodním právu je však třeba v obecné rovině vnímat jako soubor představovaný řadou atributů či kategorií otázek zahrnujících aspekty přístupu k investorovi a investici a zacházení s osobou investora jakož i jeho investicí. Exaktní obsah tohoto standardu je však nepřetržitě dotvářen jak judikaturou mezinárodních soudních a rozhodčích orgánů, tak samotnou smluvní praxí států.¹⁵⁰

¹⁴⁹ *Occidental*, odst. 190 (překlad autorem):

„ Senát je toho názoru, že se v tomto případě standard (ochrany, dopl. autorem) zakotvený Dohodou neliší od požadavků mezinárodního práva veřejného, a to jak co do stability, tak i předvídatelnosti právního a obchodního rámce investice. V tomto rozsahu tak standard zakotvený dohodou může být postaven naroveň se standardem dle mezinárodního práva veřejného, jak ostatně prokazují i názory rozličných senátů citovaných výše. “

¹⁵⁰ K diskusi vztahu autonomie standardu FET a minimálního standardu v mezinárodním právu obyčejovém, srov. DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, ISBN 978-0-199-21176-0, s. 135. Tato diskuze však nadále pokračuje i prostřednictvím judikaturní praxe, v tento okamžik však lze s jistotou uzavřít, že některé z modelové BIT, mezi nimiž i je i ta Švýcarská, jsou relevantní jako východisko pro později uzavírané BIT ze strany ČR, výslovně chápou tento standard jako samostatně stojící standard s vlastním obsahem odděleným a nezávislým na etalonu obsahu a rozsahu založeným v obecném MPV.

Pokud se však vrátíme zpět k CZ-CH BIT, je zřejmé, že v daném textu lze identifikovat následující elementy závazků hostitelského státu vyplývající ze standardu FET:

5.2.3. Rozsah a obsah závazků vyplývajících ze standardu rovného a spravedlivého zacházení

1. Závazek dodržovat právo na spravedlivý proces a to v rozsahu veškeré vnitrostátní procesní činnosti, která by mohla mít dopad do sféry investora.¹⁵¹ Promítnuto do vnitrostátního prostředí hostitelského státu, zde je třeba jít vždy do judikurního rámce vyšších soudů, které tento neurčitý, ústavně garantovaný princip a pojem skutkově naplňují. Pokud bychom chtěli prakticky demonstrovat tyto vnitrostátní implikace, tak vztaženo na úroveň vnitrostátního práva ČR lze poukázat na judikaturu Ústavního soudu ČR (dále jen „ÚS ČR“) (srov. např. nález Ústavního soudu České Republiky sp.zn. IV. ÚS 690/01).¹⁵²

¹⁵¹ SORNORAJAH, M., THE INTERNATIONAL LAW OF FOREIGN INVESTMENT, 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 340.

¹⁵² *Obiter* tohoto nálezu ÚS ČR ze dne 27. 3. 2003, sp.zn. IV. ÚS 690/01 výslovně stanoví, že:

„Ke znakům právního státu a mezi jeho základní hodnoty patří neoddělitelně princip právní jistoty (čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR). Jeho nepominutelným komponentem je nejen předvídatelnost práva, nýbrž i legitimní předvídatelnost postupu orgánů veřejné moci v souladu s právem a zákonem stanovenými požadavky. Tato předvídatelnost postupu je vyjádřením maximy, na základě níž se lze v demokratickém právním státě spolehnout na to, že ve své důvěře v platné právo nikdo nebude zklamán. Pouze takto předvídatelné chování naplňuje v praxi fungování materiálně chápaného demokratického právního státu a vylučuje prostor pro případnou svévoli“.

2. Závazek poskytovat ochranu principu dobré víry a sám jednat v dobré víře,¹⁵³ který je nedílnou součástí generálního MPV,¹⁵⁴ ¹⁵⁵ protipólem tohoto závazku je závazek nejednat vůči investorovi a jeho investici in mala fides. Zlá víra přičitatelná jednání státu je pak bez dalšího považována za porušení principu FET.

3. Závazek nejednat vůči investorovi a jeho investici diskriminačně¹⁵⁶, a

¹⁵³ Pro ilustraci sumarizace judikaturní definice institutu rovného a spravedlivého zacházení lze použít následující excerptum:

„Thus, it is now reasonably well settled that the standard requires a particular approach to governance on the part of the host country that is encapsulated in the obligations to act in a consistent manner, free from ambiguity and in total transparency, without arbitrariness and in accordance with the principle of good faith.“

(viz Muchlinski, M.. *‘Caveat Investor’? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard*, 55 THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY, 2006, str. 530. V této souvislosti Muchlinski též cituje *TECMED*, odst. 154-5.

¹⁵⁴ *TECMED*.

¹⁵⁵ K diskuzi ohledně principu „good faith“ jako součásti obecného MPV viz KLEIN BRONFMAN, Marcela. Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard. In: *Max Planck Yearbook Of United Nations Law*, Vol. 10, 2006 (VON BOGDANY, A., WOLFRUM, R., eds) str. 618.

¹⁵⁶ V případě *Saluka* (odst. 408 a násl.) rozhodčí senát dospěl k závěru, že Česká vláda nezacházela s cizí bankovní institucí stejně jako s domácími polostátními entitami. Přitom bylo konstatováno, že se Vláda ČR odmítla s investorem dohodnout smírně a místo toho zvýhodnila domácí bankovní ústavy. Toto jednání ČR vůči investorovi rozhodčí senát zhodnotil jako diskriminační a na tomto základě konstatoval porušení standardu FET.

- 4. Závazek rozhodovat transparentně¹⁵⁷, konzistentně¹⁵⁸ a předvídatelně;**
- 5. Závazek jednat v souladu vnitrostátním právem dle pravidel dělby moci a nikoliv ultra vires;¹⁵⁹**
- 6. Závazek zohledňovat v rozhodovacím procesu princip přiměřenosti (proportionalita);¹⁶⁰¹⁶¹**

V tomto kontextu odkazuji na další judikaturu recitující obyčejové mezinárodní právo, jmenovitě MSD v případě *Interpretation of Peace Treaties (Second Phase)*, dle kterého „*refusal to fulfill a treaty obligation involves international responsibility,*”¹⁶² když tato rozhodnutí s plošnou relevancí pro MPV, tj. i pro jeho partikulární oblasti (s výhradami uvedenými dále), mezi které spadá i ochrana investic, navazuje na rozhodovací rozhodčí praxi z počátku 20. století, konkrétně v případech *Chiessa*,

¹⁵⁷ *Metalclad Corporation v. United States of Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award of 30 August 2000.

¹⁵⁸ *Occidental*, odst. 184.

¹⁵⁹ *TECMED* odst. 174.

¹⁶⁰ *MTD Equity Sdn Bhd. And MTD Chile S.A. v Republic of Chile*, (ICSID Case No. ARB/01/7), Award, 25 May 2004.

¹⁶¹ Viz srovnaj DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, ISBN 978-0-199-21176-0, s. 143.

¹⁶² *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion*, I.C.J. REPORTS 1950, s. 221 na str. 228 a násl.

*Sessarego, Sanguinetti, Vercelli, Queirolo, Roggero, Miglia.*¹⁶³

5.2.4. Volné převody plateb souvisejících s investicí¹⁶⁴

Dalším ze standardů ochrany, respektive spíše zacházení s investorem a investicí je garance volných převodů plateb souvisejících s investicí. Námi zkoumaná CZ-CH BIT tuto garanci poskytuje ve svém čl. 5,¹⁶⁵ přičemž znění tohoto článku, resp. obdobných článků obsažených v jednotlivých BITs, nezakládá příliš nejasností na rozdíl od standardů citovaných výše. Přitom se však jedná o jeden ze stěžejních principů, které garantují investorovi příliv a taktéž odliv kapitálu souvisejícího s jeho investicí a v drtivé většině případů pak předpoklad garance volného toku kapitálu generovaného investicí sama o sobě představuje základ podnikatelského záměru investora. Na druhé straně vůči této garanci stojí oprávněný požadavek hostitelského státu spořívající v jeho

¹⁶³ CRAWFORD, J., *The International Law Commissions Articles On State Responsibility, Introduction, Text And Commentaries*, 2002, Cambridge: Cambridge University Press, str. 78, pozn. Pod čarou 42.

¹⁶⁴ Čl. 5 CZ-CH BIT.

¹⁶⁵ *Volné převody*

1) *Každá smluvní strana, na jejímž území byly zřízeny investice investorů druhé smluvní strany, zaručí těmto investorům volný převod plateb, které souvisejí s investicemi, zejména:*

- a) *výnosů z investic,*
- b) *částek vztahujících se k půjčkám poskytnutým investici;*
- c) *dodatečného zvýšení kapitálu, jehož je třeba k udržení nebo rozvoji investice;*
- d) *výnosů z prodeje nebo částečné nebo úplné likvidace investice, včetně případného zhodnocení kapitálu.*

2) *Investoři budou oprávněni k nákupu jakýchkoliv částek cizí měny podle úředního kursu pro převody podle odstavce 1) tohoto článku.*

monetární suverenitě, tj. zájmu na ochraně měny a devizových rezerv a dohledu nad objemnými devizovými platbami a přílivu, jakož i odlivu kapitálu do a z hostitelského státu, které mohou být příčinou až destabilizace domácích finančních trhů.¹⁶⁶ Není proto překvapením, že právě tyto ujednání v Dohodách členských států EU s nečlenskými státy rozpoutaly tažení vůči BITs jakožto potenciálnímu nebezpečí pro jednotný Evropský trh a vedly k zahájení diskusí o potřebnosti, a vůbec slučitelnosti Intra-EU BITs s principy komunitárního práva.

S ohledem na výše uvedené je zřejmé, že tyto ujednání jsou zastoupeny téměř ve všech Dohodách s odlišnostmi spočívajícím v rozdílných potřebách příslušných států s ohledem na ochranu jejich monetární suverenity. Klíčovým rozdílem, který představuje specifikum rozdílnosti jednotlivých znění těchto doložek v příslušných Dohodách je otázka, zda jsou v souvislosti s investicí regulovány pouze finanční toky směřující vně hostitelského státu, anebo zda jsou pokryty i finanční toky směřující dovnitř hostitelského státu.¹⁶⁷

Dle Dolzera a Schreuera¹⁶⁸ fakticky žádná BIT negarantuje volnost finančních toků absolutně bez možnosti hostitelského státu tyto toky regulovat, s tím, že specifické otázky převoditelnosti výnosů souvisejících s investicí v takovém případě podléhají vnitrostátní právní úpravě hostitelského státu, která však není neměnná, a investor tak v tomto ohledu není chráněn vůči vnitrostátním regulativním

¹⁶⁶ DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, ISBN 978-0-199-21176-0, str. 191.

¹⁶⁷ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rulemaking*, 2007, str. 57 a násl.

¹⁶⁸ DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, ISBN 978-0-199-21176-0, str. 193.

zásahům do monetárního systému, jež mohou (byť nepřímo) postihovat jeho investici a kapitálové toky s ní související.

V daném případě CZ-CH BIT reguluje demonstrativně případy toků jak vně (srovnej písm. a) a d) čl. 5 CZ-CH BIT), tak dovnitř hostitelského státu, pokud je dodržena příčinná souvislost plateb s investicí (písm. c) a b) CZ-CH BIT). Jedná se však o výčet demonstrativní, kdy jakákoliv platba v souvislosti s investicí z jednoho smluvního státu do státu druhého bude posuzována optikou generální klauzule odst. 1 čl. 5 CZ-CH BIT, kdy rozhodujícím hodnotícím činitelem bude skutečnost, zda se platba investora uskutečňuje v souvislosti s investicí.

Toto ustanovení je pak třeba vykládat společně s definičními ustanoveními zakotvenými v čl. 1 CZ-CH BIT, dle jehož odst. 3) pojem „výnosy“ znamená částky plynoucí z investice a zahrnuje zejména zisky, úroky, přírůstky kapitálu, dividendy, licenční a jiné poplatky. V tomto duchu tedy výnosy představovány pozitivním přínosem resp. výnosem investice jako takové plynoucí ve prospěch investora.

Specifikem oproti jiným BITs je pak odst. 2 čl. 5 CZ-CH BIT, který zakotvuje právo investora k nákupu jakýchkoliv částek cizí měny podle úředního kurzu pro převody dle odst. 1 čl. 5 CZ-CH BIT; tento odstavec je však natolik generální, že z něj lze dovodit, že se jedná o nákupy nikoliv pouze měny domovského či hostitelského státu, ale jakékoliv měny kteréhokoliv státu, za předpokladu, že tento nákup bude na území smluvního státu realizován za účelem provedení platby v souvislosti s investicí. Z tohoto hlediska by se tak dokonce dalo dovozovat, že toto ustanovení zakládá přímé právo investora (nárok) i vůči jeho domovskému státu za předpokladu, že daný nákup valut má sloužit k účelům souvisejícím s investicí, čímž to by v případě existence regulace objemů nákupu valut vyplývající z vnitrostátního práva domovského státu investora toto ustanovení umožňovalo investorovi dokonce obejít limity dané vnitrostátní právní úpravou a vytvářelo by tak závazek jeho domovského státu vůči samotnému investorovi nad rámec takové vnitrostátní úpravy. Je však otázkou, zda by takovýto

výklad obstál ve světle výkladové roviny preambule CZ-CH BIT, resp. smyslu a účelu dané BIT a mohl tak založit fakticky přímý investiční nárok investora vůči jeho vlastnímu domovskému státu tehdy, kdy by pro existenci vnitrostátní regulace limitující objemy nákupů valut v situaci limitované převoditelnosti měn v jeho domovském státě mohla tedy nastat situace, kdy pro existenci těchto limitů by mohlo dojít ke zmaření či poškození investice na území druhého smluvního (hostitelského) státu z důvodů spočívajících čistě ve vnitrostátní regulaci finančních toků a převoditelnosti měn domovského státu investora. Jedná se o otázku čistě teoretickou, ale z hlediska námi zde zkoumané problematiky (investičního nároku) jistě zajímavou, kterážto potenciálně rozšiřuje katalog nároků (a jistě poněkud překvapivě) ze strany investora naopak vůči jeho domovskému státu a mohla by eventuálně investorovi založit zcela autonomní hmotněprávní nárok z BIT, která jakožto instrument mezinárodního práva veřejného má dle českého právního řádu aplikační přednost před vnitrostátní úpravou.¹⁶⁹ Autonomní platforma skrze „*offer to arbitrate*“ však čistě dle gramatického výkladu využít nelze, neboť čl. 9 CZ-CH BIT otevírá tuto ofertu pouze pro spory „mezi jednou smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany“.

Tuto teoretickou otázku však ponecháme k zodpovězení budoucí rozhodčí praxi, jež je povolána k rozhodování individualizovaných sporů z investic.

¹⁶⁹ Viz čl. 10 Ústavního zákona České národní rady ze dne 16. prosince 1992, č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky (dále jen „**Ústava ČR**“)

5.2.5. Plná ochrana a bezpečnost (a její inkluze prostřednictvím doložky nejvyšších výhod)

Vedle režimu FET obsahují Dohody taktéž další standardy ochrany, mezi které patří také standard zacházení, jež je označován jako standard plné ochrany a bezpečnosti¹⁷⁰.

Obsah tohoto standardu podléhá konstantnímu vývoji a je předmětem teoretických diskuzí týkajících se jeho samostatnosti a rozsahu,¹⁷¹ včetně otázek prolínání a překrývání tohoto standardu se standardem rovného a spravedlivého zacházení.

Dle Malika dochází k proliferaci tohoto standardu postupně skrze rozhodnutí investičních rozhodčích senátů již od roku 1990, přičemž nejméně 40 z těchto rozhodnutí považovalo tento standard za samostatný standard ochrany, jehož kořeny vyvěrají z obyčejového

¹⁷⁰ V originále „*Full Protection and Security Standard*“, ovšem v textaci BITs se objevuje v různých formách a variantách jako např. „Constant Protection and Security“ anebo „Protection and Security“ nebo „Physical Protection and Security“. Prapůvodcem této formulace je dle Malika zřejmě návrh Abs Shawcrossovy „Draft Convention on Investment Abroad“ z roku 1960 (ABS, H., SHAWCROSS, H. The Proposed Convention to protect Private Foreign Investment, a Round table, *Journal Of Public Law*, vol. 1, jaro 1960, str. 115 a násl., dostupné v el. Podobě skrze <https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf> (navštíveno dne 6.5.2015), která představuje jednu z prvních modelových BIT hojně užívaných na území Evropy.

Tato stanoví v čl. I následující: „*Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures*“ (zvýraznění doplněno autorem).

¹⁷¹ MALIK, Mahnaz. *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitrations?* Winnipeg: International Institute For Sustainable Development. November 2011, str. 5 (dostupné online: http://www.iisd.org/pdf/2011/full_protection.pdf naposledy navštíveno dne 24.4.2015).

práva na ochranu cizinců, a jehož rozsah se nenápadně rozvinul ze závazku hostitelského státu poskytnout plnou ochranu a bezpečnost ve formě zajištění určitého stupně ochrany fyzické integrity investice¹⁷² postupně směrem k zajištění ochrany investice před regulatorními zásahy hostitelského státu¹⁷³, až k plné právní ochraně investice, když se tento standard rozvinul v etalon pro testování legitimacy postupů a procesů, jakož i a dobré víry při rozhodovací činnosti orgánů hostitelského státu,¹⁷⁴ jejichž rozhodování se dotýká investice. Rozvoj tohoto standardu pak příkladmo demonstruje pozvolnou transformaci režimů ochrany vlastních systémů diplomatické ochrany do systému ochrany investic, a to především skrze postupující rozhodovací praxi rozhodčích senátů. Příkladmo lze poukázat na argumentaci senátu v případě *Azurix*¹⁷⁵ který s odkazem na gramatický výklad poukázal na skutečnost, že konsensus smluvních stran je vtělen do textace BIT, která zajišťuje „investici investora plnou ochranu a bezpečnost“ bez dalšího, nelze daný standard odkazem na obyčejové právo vykládat zužujícím

¹⁷² Srovnej *Saluka Investments BV (The Netherlands) v Czech Republic*, (UNCITRAL, 2006), Interim Award of April 17, 2006; *Eastern Sugar BV (Netherlands) v. Czech Republic* (UNCITRAL *ad hoc* proceedings, SCC case no. 088/2004), Final Award of April 12, 2007; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/05/16) Final Award of 29 July 2008 nebo, když podle rozhodčího senátu ve věci *Rumeli* je podstatou tohoto standardu ochrany závazek hostitelského státu poskytnout určitou míru ochrany investici proti fyzickému poškození (dle odst. 668 uvedeného nálezu).

¹⁷³ Viz. Např. *Siemens, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Award of 24 July 2008.

¹⁷⁴ *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic*, (PCA, Award), 12. November 2010, odst 273.

¹⁷⁵ *Azurix Corp. v. Republic of Argentina*, (ICSID Case no. ARB/01/12), Award of July 14, 2006, odst. 408.

způsobem jdoucím proti výslovnému znění BIT, která ovšem žádné omezení ohledně povahy přislíbené bezpečnosti neobsahuje.

Zde popisovaný rozsah katalog standardů zacházení s investicí a investorem jsme rozšířili i o tento standard, který, byť námi jako demonstrativní vzor použitá CZ-CH BIT výslovně neobsahuje, stejně se dle této BIT aplikuje a to na základě jeho inkluze prostřednictvím doložky nejvyšších výhod (dále jen „MFN“).¹⁷⁶

Při zkoumání „nejširší“ doložky plné ochrany a bezpečnosti autor této práce analyzoval všechny BIT, jejichž smluvní stranou je ČR, přičemž valná většina těchto doložek se vztahuje k plné ochraně a bezpečnosti investic investorů na území druhé smluvní strany bez dalšího.¹⁷⁷ Vedle této série vzorových Dohod pak existuje několik Dohod dalších, které

¹⁷⁶ MFN je obsažena v čl. 4. odst. 2, věta druhá citované BIT, jež stanoví, že (řádné a spravedlivé zacházení s investicemi druhé smluvní strany) „...*nebude méně příznivé, než zacházení zaručené každou smluvní stranou investicím vlastních investorů na svém území nebo zaručené každou smluvní stranou investicím investorů zemí požívajících na jejím území nejvyšších výhod, je-li toto zacházení příznivější.*“

¹⁷⁷ Doložka plné ochrany bezpečnosti se nachází v 60 BIT, jimiž je ČR vázána, přičemž drtivá většina těchto doložek vychází ze stejného modelu-vzoru BIT, neboť má daná doložka zcela shodné znění a nachází se v totožném čl. 2. 2. příslušné BIT (znění: „*Investicím investorů každé ze smluvních stran bude za každých okolností poskytováno řádné a spravedlivé zacházení a budou požívat plné ochrany a bezpečnosti na území druhé smluvní strany.*“). V tomto znění lze nalézt tuto doložku v BITs uzavřených ČR s Ázerbájdžánem, Argentinou, Bahrajnem, Běloruskem, Bosnou a Hercegovinou, ČLDR, Egyptem, Filipínami, Gruzii, Guatemalou, Indií, Indonésií, Jemenem, JAR, Jordánskem, Jugoslávií, resp. jejími nástupnickými státy, Kambodžou, Kazachstánem, KLDR, Koreou, Kostarikou, Kyprem, Litvou, Lotyšskem, Maďarskem, Malajsií, Marokem, Mauritiem, Mexikem, Moldavskem, Mongolskem, Nikaraguou, Panamou, Paraguayí, Peru, Polskem, Portugalskem, Rumunskem, Salvadorem, Sri Lankou, Syrií, Tadžikistánem, Tuniskem, Tureckem, Ukrajinou, Uruguayí, Uzbekistánem, Velkou Británií, Venezuelou, a Vietnamem.

tento základ v absolutní rovině modifikují, a to jak ve prospěch¹⁷⁸, tak i naopak i (relativně) na úkor investora v porovnání s ostatními Dohodami, jimiž je ČR vázána¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Do této kategorie patří zejména doložka plné ochrany a bezpečnosti *investic investorů*, zakotvená v Dohodách uzavřených s:

1) Hospodářskou Uníí Belgicko-Lucemburskou, čl. 2/4: „S výjimkou opatření v zájmu veřejného pořádku požívají tyto investice stálé ochrany a právní jistoty, které jsou stejné jako pro investice náležející investorům států požívajícího nejvyšších výhod.“

2) Finskem, čl. 4/1: „... investicím plnou bezpečnost a ochranu, která v žádném případě nebude menší než ta, která byla poskytnuta investicím investorů kteréhokoliv třetího státu.“

Když tyto doložky rozšiřují úroveň ochrany na úrovni stanovené skrze vlastní doložku nejvyšších výhod; pro zjištění faktické míry ochrany skrze tuto doložku bychom ale museli prozkoumat jednotlivé dohody uzavřené těmito státy; lze však předpokládat, že skrze tyto Dohody bude lze dosáhnout de lege lata nejvyšší úrovně ochrany pro tento standard.

Makedonie, čl. 2/3: „Investicím každé ze smluvních stran bude za každých okolností poskytováno řádné a spravedlivé zacházení a budou požívat plné ochrany a bezpečnosti na území druhé smluvní strany.“ Jediná z doložek, která hovoří výslovně jen o „investicích“, nikoliv o investicích investorů, z čehož lze dovodit, že kvalifikační předpoklad *rationae personae* kladený na investora s ohledem oprávněnost nároku dovolávajícího se ochrany skrze BIT zde v případě tohoto standardu zcela absentuje. Současně je zde zakotven závazek poskytnout danou ochranu za každých okolností, tj. dalo by se dovodit, že se jedná o závazek objektivní povahy ve vztahu k investici „každé ze smluvních stran.“

¹⁷⁹ Sem spadají doložky plné ochrany a bezpečnosti dotýkající se investic investorů, obsažené v BITs uzavřených s:

Indonésie, čl. 2/2: „Investicím investorů kterékoliv smluvní strany bude za každých okolností poskytováno řádné a spravedlivé zacházení a budou požívat náležitě ochrany a bezpečnosti na území druhé smluvní strany“ Zde lze předpokládat, že se jedná pouze o chybný překlad. Pokud nikoliv a slovo „náležitý“ bylo použito záměrně, pak lze polemizovat jistě o tom, že náležitá ochrana je ochranou nižší,

5.2.6. Zásahy omezující povahy do vlastnického práva investora k investici

Právo vlastnit majetek patří do kategorie základních lidských práv, které domovský stát garantuje svým státním příslušníkům jak v ústavní rovině, tak i na úrovni mezinárodních závazků vyplývajících z mezinárodních úmluv o lidských právech. Obsahem tohoto základního práva je na jednu stranu právo jednotlivce vlastnit majetek a současně závazek jeho domovského státu nezasahovat, neomezovat či nezbavovat jednotlivce takového absolutního práva svévolně (bez existence zákona,

než ochrana plná, nabízená jinými Dohodami, i když se v obou případech jedná o neurčité pojmy.

Kanada čl. 3, písm. a): „*Investicím a výnosům investorů kterékoliv smluvní strany bude vždy poskytováno zacházení v souladu s minimálním standardem mezinárodního práva obyčejového pro zacházení s cizinci, vč. spravedlivého a rovného zacházení a plné ochrany a bezpečnosti.*“ Zde je standard plné ochrany a bezpečnosti vázán na obyčejový rámec režimu zacházení s cizinci, který je, jak bylo uvedeno výše, užší v rozsahu poskytnutí fyzické bezpečnosti a nikoliv právní. Doložka má však rozšiřující dosah i na výnosy investorů.

Ruská federace čl. 2/2: „*v souladu se svým právní řádem zaručuje úplnou a bezpodmínečnou právní ochranu investicím a investorům druhé Smluvní strany*“ Tato doložka je sice bezpodmínečným závazkem ochrany, ovšem v souladu se standardy vnitrostátního práva a dle názoru autora též i v rozsahu garantovaném takovým národním zacházením.

USA čl. 2/2: „*...vždy zajištěno spravedlivé a rovnoprávné zacházení a bude požívat plné ochrany a bezpečnosti a v žádném případě ji nebude přiznáno horší zacházení než je v souladu s mezinárodním právem*“ Byť je česká textace znění Dohody dle názoru autora nepřesná, lze dovodit, že plná ochrana a bezpečnost je ohraničena spodní hranicí, která nebude nikdy nižší, než minimální standard zacházení s cizinci (standard minimální ochrany).

Uzbekistán, čl.2/2: „*...zajišťovat řádné a spravedlivé zacházení a zaručovat jim rovněž plnou a bezpodmínečnou ochranu*“ Zde je poskytována jen ochrana, byť plná a bezpodmínečná; nikoliv však druhá část standardu spočívající na bezpečnosti investice.

jež by takový zásah ospravedlňoval), bez ospravedlnitelného důvodu podloženého veřejným zájmem a za přiměřenou náhradu¹⁸⁰.

Možnost omezení vlastnického práva tak není zcela vyloučena, je však striktně limitována předpoklady, jež mají zamezit svévolným zásahům státu do práva jednotlivce vlastnit majetek.

Podobné zásady si již našly cestu i do sféry mezinárodního práva, a tyto zásady mají i odraz v samotných BIT. V těchto je pak standardně zakotveno právo hostitelského státu omezit majetková práva investora, současně ale stanoví předvídatelná pravidla a mechanismy, na základě kterých lze takovýto zásah do práv investora realizovat tak, aby daný zásah nebyl považován za porušení mezinárodního závazku plynoucího z BIT.

Námi používaná modelová CZ-CH BIT tyto pravidla a mechanismy zakotvuje v čl. 6 odst. 1, který *expressis verbis* zakládá zákaz smluvních stran provedení opatření, ať již přímých či nepřímých, která by směřovala k vyvlastnění, znárodnění anebo jakémukoliv jinému opatření majícímu stejnou povahu nebo výsledek, s výjimkou nediskriminačních opatření provedených ve veřejném zájmu podle zákona a za předpokladu poskytnutí skutečné a přiměřené náhrady za takové odnětí majetku.

5.2.7. Definice vyvlastnění v textacích Dohod: exkurz

O samotném „vyvlastnění“ ve smyslu investičního rozhodčího řízení, jeho typech a druzích byly popsány nespočetné desítky stran odborné literatury a to jak domácí, tak zahraniční provenience, a proto si na tomto místě dovolím pouze v krátkosti shrnout základní východiska této problematiky tak, aby ne zcela zasvěcený čtenář porozuměl

¹⁸⁰ Viz. Čl. 11 odst. 1 a 4 usnesení č. 2/1993Sb. Předsednictva ČNR o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky; Čl. 1 Dodatkového protokolu k Evropské úmluvě o ochraně základních práv a lidských svobod (dále jen „LZPS“).

problematicke zde řešené z komplexního hlediska, proto také tato subkapitola (stejně jako předcházející subkapitoly ohledně standardů ochrany) má spíše heslovitý obsah.

Vyvlastnění představuje jakákoliv přímá či nepřímá opatření směřující k vyvlastnění, znárodnění nebo jakémukoliv jinému opatření mající stejnou povahu nebo následek. Dle této definice je pro kvalifikaci jednání státu v intencích zbavení vlastnictví dosahující intenzity vyvlastnění rozhodující účinek či dopad do majetkové sféry investora.

Protiprávnost zásahu představuje však nedodržení či porušení kterékoliv z podmínek zakotvených v čl. 6/1 CZ-CH BIT jež stanoví předpoklady legality takového odnětí majetku, rozhodující tedy je, zda:

- a) **opatření bylo realizováno ve veřejném zájmu**, přičemž prokázání existence veřejného zájmu na omezení vlastnického práva k investici a přiměřenost omezení takového práva bude poměřována testem proporcionality zásahu do absolutního práva vlastnit majetek investorem a takovéto důkazní břemeno bude vždy spočívat na bedrech hostitelského státu, který implementuje dané opatření;
- b) **opatření o odnětí majetku nebude diskriminační**, když zvláštní zřetel bude kladen na rozdílný režim investora dle BIT, jež vytváří potenciálně diskriminačně-pozitivní prostředí;
- c) **výkon opatření musí proběhnout v souladu s principy řádného a spravedlivého procesu**, který je v souvislosti se zásahy hostitelského státu do práva vlastnit majetek investorem považován za projev (spravedlivý proces) minimálního standardu ochrany v intencích obyčejového práva a standardu FET, který se promítá i do postupů při realizaci odnětí vlastnického práva investora, prostřednictvím kterého dochází k inkluzi FET principů do pravidel pro omezení vl. práva investora v důsledku čehož by měla být zajištěna ochrana investora i během procesu omezení či odnětí jeho vl. práva (k investici).

d) opatření musí být provedeno oproti úhradě skutečné a přiměřené náhrady za provedené odnětí. Skutečnou úhradou rozumí autor prostý fakt spočívající v *provedení* úhrady. Přiměřeností náhrady se obecně rozumí *tržní hodnota* odebraného práva či věci (tedy vyvlastněné investice).¹⁸¹ Úhrada musí být dle požadavku druhé části čl. 6/1 CZ-CH BIT provedena v měně domovského státu investice bez prodlení a k rukám oprávněné osoby, bez ohledu a to, kde je její sídlo nebo bydliště.

5.2.8. Nepřímé vyvlastnění

Pro úplnost na tomto místě zmiňme též fenomén „nepřímého“ vyvlastnění¹⁸², jehož specifikum spočívá v tom, že investor, byť mu není přímo odňat vlastnický titul k investici, je jiným, nepřímým zásahem (povětšinou administrativní povahy, např. v podobě odnětí licence či sérií obdobných kroků, jejichž výsledný efekt je totožný) fakticky omezen v jakékoliv dispozici s investicí, kterou nedokáže a ani nemůže užívat, požívat či se ji zbavit obvyklým (rozuměj ekonomicky obvyklým) způsobem.¹⁸³

Ze studie UNCTAD z roku 2000 vyplývá, že „*opatření, jejichž předmětem není fyzické zabavení majetku, mohou dosáhnout intenzity vyvlastnění tím, že jejich výsledkem je účinná ztráta kontroly, užití či správy, či značného snížení hodnoty majetku investora.*“¹⁸⁴

¹⁸¹ DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, ISBN 978-0-199-21176-0, str. 91.

¹⁸² Anglicky takéž jako „*Regulatory taking*.“

¹⁸³ například *Starrett Housing Corp., et al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.*, 16 Iran U.S. C.T.R. 112, Final Award No. 314-24-1 of 14 August 1987, *Tippetts v. Iran*, Award, 22 June 1984, 6 Iran-US CTR 219, odst 225.

¹⁸⁴ UNCTAD, *Series On Issues In International Investment Agreements: Taking Property*, 2000, str. 4, dostupné elektronicky skrze

5.2.9. Rozsah a variety zásahů do majetkové sféry investora

Jelikož jsou jednání či úkony státu co do rozmanitosti zásahů do majetkových práv investora natolik rozličné a různorodé, nelze na tomto místě, které má sloužit čistě pro střídmou katalogizaci hmotněprávního základu (obsahu) investičního nároku, veškeré tyto modalities zásahů zkoumat a ni to není cílem této práce. Na dalších řádcích tedy stručně načrtne některé z variant zásahů, jak jsou zmapovány v judikatuře investičních rozhodčích senátů s tím, že klíčovým aspektem pro posouzení daného zásahu do práv investora je vždy *účinek takového zásahu* ve vztahu k investici investora.¹⁸⁵

V případě řešeném před Střediskem ICSID ve věci *Metalclad v Mexico*¹⁸⁶ společnost inkorporovaná v USA získala povolení k výstavbě a provozu skládky od Mexické federální vlády na mexickém území. Následně však obecní orgány odmítly vydat povolení ke stavbě, neboť oblastní vláda rozhodla o tom, že území, kde měla být výstavba realizována, má být chráněno, jelikož se zde vyskytují chráněné rostliny. Rozhodčí tribunál v této souvislosti uvedl, že vyvlastnění (...) zahrnuje nejen přímé a

<http://unctad.org/en/docs/psiteiitd15.en.pdf> (naposledy navštíveno dne 13.12.2016).

¹⁸⁵ *TECMED*, odst. 114-115 nebo *Siemens*, str. 4 oddíl B s odkazem na mezitimní náleze ve věci, odst. 252 a násl., přičemž senát rozvádí koncepci tzv. „plýživého vvlastnění“, které definuje stupňujícími se administrativními zásahy, které sami o sobě neměly rozhodující účinek na omezení vl. práva investora, ale vzato v celku fakticky kulminovaly odnětím vl. Práva investora k jeho investici, náleze dostupný v el. verzi http://www.biicl.org/files/3905_2007_siemens_v_argentina.pdf (naposledy navštíveno dne 11.11.2016).

¹⁸⁶ *METALCLAD*, zde řešeno před Additional Facility Střediska ICSID v režimu NAFTA (čl. 1110) tj. MIT (nikoliv bilaterální dohody, byť rámec NAFTA je obdobný ujednáním běžně obsažených v BITs co do rozsahu omezení vlastnictví investora), čl. 102 a násl. Náleze, dostupný v el. formě <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf> (naposledy navštíveno 11.11.2016).

nezákonné „odebrání“ majetku, ale též jiné formy omezení vlastnického práva, ať již formálně (odebrání právního titulu k dispozici a užívání majetku) nebo jinak (např. obligatorní převod majetku či titulu k němu do sféry hostitelského státu), ale za vyvlastnění je třeba taktéž považovat jakékoliv zastřené či (řetězce) na první pohled náhodných zásahů či omezení do vlastnických či uživatelských (a nebo jiných) práv investora k jeho majetku, v důsledku kterých dojde k úplnému či částečnému omezení či zbavení vlastníka jeho práv k majetku v jakémkoliv rozsahu resp. v důsledku takovýchto zásahů dojde k omezení očekávatelného výnosu z takového majetku v ekonomickém smyslu, a to i tehdy, pokud takovéto jednání hostitelského státu nebude motivováno získáním majetkového prospěchu, který by jinak přináležel investorovi.¹⁸⁷ Jinak řečeno, na rozdíl od standardů zacházení, které jsou co do omezení státu relativní (resp. existují zde liberační důvody-tvz. „right to regulate“ jakožto projev suverenity hostitelského státu, při jejichž prokázání nebude jednání jinak mezinárodně protiprávní – protiprávní), potom ochrana majetkových práv je naopak absolutní, neboť bez ohledu na formu zásahu zde dle mého názoru (bez ohledu na protiprávnost jednání-rozhodující je tedy zásah do majetkové sféry investora) je dána povinnost poskytnout náležité protiplnění za vylastněný či znehodnocený majetek investora. Tato skutečnost plyne z logiky věci - i vnitrostátní právo připuští vyvlastnění při splnění stanovených podmínek proti vůli soukromého vlastníka, ovšem z hlediska vlastníka bude zcela zásadní (pokud bude veřejný zájem dán) stanovení oné přiměřené náhrady za zbavení vlastnictví. Tento mechanismus je fakticky vlastní i mechanismu ochrany majetkových práv v systému Dohod.

Ohledně omezení práv investora a spektra takového omezení stávající judikatura dovozuje, že zásah (ať už v jakémkoliv, byť minimálním rozsahu) může naplnit znaky opatření mající povahu vyvlastnění i tehdy,

¹⁸⁷ *METALCLAD*, odst. 103, prostřednictvím odkazu na náleze ve věci *Antoine Biloune v. Ghana*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability of 27 October 1989, odst. 108.

pokud zbytek práv k investici nebude takovým zásahem postížen. Daným zásahem může být totiž investor zbaven částečně hodnoty (fakticky částečné vyvlastnění) své investice¹⁸⁸ a současně předvídatelného zisku z investice, kterého by jinak byl býval dosáhl pouze tehdy, pokud by nedošlo k danému zásahu do jeho práv vlastnit, požívat a užívat (investici).¹⁸⁹

Z rozsahu existující rozhodčí judikatury k vyvlastnění (primárně na poli ICSID) lze dovodit nepsané, byť zkoumané, znaky regulatorních opatření pravidelně posuzované při posuzování legality a legitimacy opatření přijatých hostitelským státem majícím dopad do sféry investice, přičemž je zejména zkoumán 1. účinek (intenzita) zásahu; 2. kontrola/ztráta kontroly nad investicí a s tím spojená ztráta požitků plynoucích z investice; 3. délka trvání zásahu či opatření státu; dále 4. proporcionalita účinků opatření dle doktríny „*right to regulate*“; a konečně 5. z hlediska postavení investora pak oprávněnost jeho legitimních očekávání co stability právního režimu ochrany investice, který byl (účinky) opatření hostitelského státu narušen.

Ad 1) účinek (intenzita) zásahu opatření státu do práv investora (investice)

Efekt a dopad opatření hostitelského státu na ekonomický přínos investice představuje zásadní element pro posouzení, zda takové opatření dosahuje intenzity nepřímého vyvlastnění.¹⁹⁰ Obecně lze konstatovat, že pokud je intenzita účinků a délka trvání opatření natolik intenzivní, aby se to negativně odrazilo v povaze a hodnotě investice pro investora (vztaženo vždy k okolnostem konkrétního případu), bude

¹⁸⁸ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/99/6), Award of 12 April 2002, odst. 97 a násl..

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, ISBN 978-0-199-21176-0, str. 112.

prima facie dané opatření hodnoceno jako forma vyvlastnění.¹⁹¹ Dalším aspektem či spíše následkem opatření a hlediskem pro posouzení povahy opatření je ekonomická deprivace investora od investice, přičemž jestli v důsledku přijetí opatření hostitelským státem (předpokládáno prokázání kauzálního nexu) ke znehodnocení investice, z hlediska investora jako kdyby práva plynoucí z vlastnictví investice (nakládat, užívat a požívat výnosy) zcela přestaly existovat.¹⁹²

Rozhodčí praxe již výslovně adresovala i otázky práv plynoucích z investice při posuzování regulatorních opatření hostitelského státu z hlediska vyvlastnění. V řízení *RFCC v Maroko* rozhodčí senát dospěl k závěru, že se jedná o nepřímé vyvlastnění tehdy, pokud přijatá opatření účinkují s takovou intenzitou, jenž omezuje či zbavuje (investora) oprávněných výhod souvisejících s užíváním práv, které jsou předmětem přijatého opatření a to v rozsahu, v jakém je další užívání či držba takovýchto práv činí pro daný účel dále nepoužitelným.¹⁹³

Ad 2) kontrola investice jako měřítko rozsahu deprivace práv investora

Aspekt (omezení či odnětí) kontroly investora nad investicí představuje klíčový, byť nikoliv výlučný faktor při posuzování dopadu opatření při jeho posuzování jako vyvlastnění a to obzvláště v případech, kdy dojde k natolik zásadní devalvací hodnoty investice, že její kontrola již postrádá smysl, neboť bez dispozičních oprávnění s předmětem investice se tato pro investora stává fakticky bezcennou. Proto rozhodčí

¹⁹¹ *Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v Republic of Burundi*, (ICSID Case No. ARB/01/2), Award of February 10, 1999, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/99/6), Award of 12 April 2002, *METALCLAD*.

¹⁹² *TECMED*, odst. 15.

¹⁹³ *Consortium RFCC v Royaume du Maroc*, (ICSID Case No. ARB/00/6), Award of 22 December 2003, odst. 69.

senáty při posuzování regulativních opatření taktéž další aspekty investice z hospodářského hlediska, jako je ekonomická využitelnost a výhody (požitky) investic generované.¹⁹⁴ Aspekt omezení kontroly v důsledku zásahu státu ale nebude naopak toliko významný v případech částečného vyvlastnění jednotlivých prvků či práv v souhrnu vytvářejících investici, jak bylo již uvedeno výše, byť vždy bude záležet na konkrétních okolnostech toho kterého případu.¹⁹⁵

Ad 3) aspekt materiae temporae- délka trvání opatření státu

Délka omezení práv investora při volném nakládání s investicí představuje významné hledisko pro posouzení regulativního opatření jako vyvlastnění. V této souvislosti bude rozhodujícím kritériem relativní pomíjivost účinků opatření v souvislostech daného případu.¹⁹⁶ Regulativní opatření tak s ohledem na délku trvání omezení práv investora může dosahovat intenzity vyvlastnění i tehdy, pokud může představovat vyvlastnění i tam, kdy budou mít účinky opatření byť i jen dočasnou povahu.

Ad 4) Pravomoc hostitelského státu k přijetí regulativních opatření a přiměřenost (proporcionalita) opatření s ohledem na jím sledované cíle

Je bytostným právem vyvěrajícím z podstaty svrchované moci státu na svém území regulovat společenské vztahy a své vnitřní záležitosti. Současně však z titulu dobrovolného přijetí závazků z BIT je tato

¹⁹⁴ DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, ISBN 978-0-199-21176-0, str. 118.

¹⁹⁵ Viz *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/99/6), Award of 12 April 2002.

¹⁹⁶ *TECMED*, odst. 116; *Generation Ukraine, Inc. v Ukraine*, (ICSID Case no. ARB/00/9), Award of September 16, 2003, odst. 20, 32, *Azurix Corp v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/30), Award of 14 July 2006, odst. 313.

pravomoc vůči cizím investicím modifikována závazky z takové Dohody plynoucími, a to vůči druhé z Vysokých smluvních stran takové Dohody, adresovaných přímo soukromoprávním osobám-kvalifikovaným investorům dle vymezení dané BIT (vedle závazků založených skrze VCLT v rovině mezi smluvními stranami Dohody jakožto mezinárodní smlouvy v duchu maximy „*pacta sunt servanda*“).

Proto i dosavadní judikatura investičních rozhodčích senátů shodně uzavírá, že i nediskriminační, obecné a širokospektrální regulativní opatření vydané v dobré víře ve veřejném zájmu z ospravedlnitelného důvodu sledujícím legitimní cíle orgánem k tomu povolaným v souladu s vnitrostátními pravidly pro dělbu moci uvnitř státu¹⁹⁷, které bude proporcionální s ohledem na sledované cíle regulace¹⁹⁸, zásadně nezabavuje hostitelského státu povinnosti k náhradě za odnětí či omezení vlastnictví k investici investora.¹⁹⁹

Ad 5) Legitimní očekávání investora

Princip ochrany legitimního očekávání soukromoprávního subjektu vůči státu, vyplývající z důvěry ve stabilitu a relativní neměnnost právního systému jakožto východisek principu právní jistoty představuje z hlediska systému ochrany investic zejména roli při posuzování dodržení závazků hostitelského státu ze standardu FET, jak pojednáno

¹⁹⁷ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16), Award of 2 October 2006.

¹⁹⁸ *Azurix*, odst. 311; obdobně *LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/02/1), Decision on Liability, October 3, 2006, odst. 195, dle kterého hledisko pro posouzení proporcionality opatření není dodrženo tehdy, pokud investor bude (diskriminačně) exponován danému opatření a v jeho důsledku ponese osobní a nadměrnou zátěž.

¹⁹⁹ *Azurix Corp v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/30), Award of 14 July 2006.

výše. Má však své opodstatnění i z hlediska posuzování zákonnosti opatření majících účinky vyvlastnění.

Legitimní očekávání investora, respektive objektivní míra legitimacy těchto očekávání může plynout jen závazků a záruk (byť konkludentně) daných hostitelským státem. Primárním elementem zakládajícím a vytvářejícím legitimitu daných očekávání stran investora vůči hostitelskému státu je vedle existence závazků založených BIT vůči jeho domovskému státu zejména představovány samotným právním řádem hostitelského státu, jeho politické zřízení a relativní stabilita obou v době předcházející realizace investice. Z praktického hlediska vztaženo k území ČR, tento princip ochrany legitimních očekávání výslovně rozeznává i ÚS ČR, v jehož nálezech²⁰⁰ lze vysledovat tendenci chránit legitimní očekávání účastníka (správního) řízení spočívající na důvěře ve správnost jednání orgánů veřejné moci, které při výkonu veřejné moci vůči účastníkovi řízení tomuto stanovily podmínky, které tento považoval s důvěrou v akty veřejné moci za souladné s právem a své jednání těmto požadavkům přizpůsobil. Jedná se typický případ regulace po vertikále a z mocenské pozice; zde orgány státu nadané výkonem veřejné moci vystupují z pozice kontrolních či schvalovacích orgánů při vydávání oprávnění či koncesí soukromoprávním subjektům a dodržují plnění jimi stanovených podmínek plynoucích z výkonu regulovaných činností soukromoprávních subjektů. Přitom jsou to právě soukromoprávní subjekty, které upravují své jednání způsobem, vyžadovaným těmito svrchovanými orgány nadanými veřejnou mocí a s důvěrou ve správnost takto stanovených podmínek jednání. Oproti tomu, soukromoprávní subjekty, v souladu s principy presumpce správnosti jednání veřejnoprávních orgánů mohou legitimně a v dobré víře očekávat, že

²⁰⁰ Vedle již výše uvedeného pak viz např. Nález Ústavního soudu ČR, sp.zn. IV. ÚS 525/02 ze dne 11.11.2003.

jejich důvěra a očekávání v legalitu podmínek stanovených státními orgány, nebude zklamána.

Dobrověrná očekávání investora ve stabilitu právního a politického rámce však nejsou bezbřehá. Tento princip je ohraničen opětovně povahou investora, jakožto kvalifikovaného podnikatelského subjektu, který *per se* podléhá přísnějším kritériím pro hodnocení (objektivitu) svých legitimních očekávání. Očekávání investora by tak měla být hodnocena hermeneuticky ve všech souvislostech k okamžiku vstupu resp. umístění investice na území hostitelského státu a to skrze etalon „opatrného investora“, který je zkoumán z pohledu předvídatelnosti jednání hostitelského státu, kdy neodůvodněný, a tedy fakticky nepředvídatelný odklon od objektivně očekávatelného postupu státu²⁰¹ může zakládat nárok na náhradu škody způsobené v důsledku porušení legitimních očekávání a důvěry investora.²⁰²

5.2.10. Závazek k náhradě ztrát utrpěných v důsledku (ozbrojených) nepokojů²⁰³

Vedle závazku k ochraně majetkových práv plynoucích z investice a zakotvení úpravy vyvlastnění dále BITs běžně v tomtéž ustanovení²⁰⁴

²⁰¹ Dle argumentace ve věci *Saluka* lze mít za to, že z pozice investora je legitimní očekávat po instalaci investice na území hostitelského státu od tohoto řádné a spravedlivé zacházení, neboť investorovo rozhodnutí investovat na území takového státu vychází (resp. pokud se jedná o archetyp „opatrného investora“, pak by mělo) být podloženo „zhodnocením právního stavu a komplexnosti obchodního prostředí v době realizace (umístění) investice“ (*Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, (Dutch/Czech BIT), Award, 17 March 2006, odst. 301, 305.

²⁰² Viz např. *International Thunderbird Gaming Corporation v. United States of Mexico*, UNCITRAL (NAFTA), Award of 26 January 2006.

²⁰³ Tato doložka bývá též označována jako „*War clause*“.

²⁰⁴ V případě námi použité CZ-CH BIT se pak jedná o odst. 2 čl. 6.

zakotvují tradičně závazek hostitelského státu odškodnit investora za škodu způsobenou v důsledku případů *force majeure* „za ztráty utrpěné v důsledku války či jiného ozbrojeného konfliktu, revoluce, výjimečného stavu nebo povstání, k nimž došlo na území hostitelského státu, a to ve formě restituce, náhrady nebo jiného opatření.

Námi zkoumaná CZ-CH BIT pak co do způsobu a výše úhrady náhrady (kompenzace) odkazuje na své ust. Čl. 4/2, jež obsahuje FET v rozsahu nikoliv nižším než národní zacházení, pokud skrze MFN, nacházející se v tomtéž ustanovení nebude možné stanovit skrze MFN standard vyšší.²⁰⁵

5.3. Modifikační doložky mající vliv na změnu rozsahu primárních závazků smluvních stran (exkurz)

Nadepsanými doložkami se rozumí ustanovení, které buď samo nezakládá žádný hmotněprávní standard ochrany, tento v důsledku své aplikace buď rozšiřuje, a nebo naopak zužuje, kdy typickými a nejběžnějšími rozšiřujícími doložkami jsou doložka nejvyšších výhod²⁰⁶ (dále jen „**MFN**“), doložka národního zacházení („**National Treatment Clause**“) a zastřešující („deštníková“) doložka²⁰⁷ (dále jen „**Umbrella**“

²⁰⁵ Doložka MFN totiž vzájemně propojuje, porovnává a privileguje nejvyšší z jednotlivých standardů zacházení z jednotlivých Dohod uzavřených tím kterým státem a stanoví, že investorovi bude zajištěno zacházení právě na úrovni takového nejvyššího standardu. Přinejmenším fenomén provázanosti a evoluce standardů ochrany skrze MFN tak ospravedlňuje závěr, že se z hlediska bilaterálních Dohod skutečně jedná o vzájemně provázaný a pomalu se vyvíjející se systém, buď stojící na samostatně existujících dvoustranných Dohodách.

²⁰⁶ V originále „*Most Favourite Nation Clause*“.

²⁰⁷ V originále „*Umbrella Clause*“.

nebo „**Umbrella Clause**“), jejichž podstata spočívá v tom, že buď rozšiřují:

- *úroveň ochrany* na základě režimu zakotveného v jiné obdobné investiční dohodě (BIT, MIT, FTA), kterou je povinná strana vázána, v níž se zavazuje a poskytuje vyšší resp. specifikovaný standard ochrany (MFN)²⁰⁸. Doložka národního zacházení garantuje stejné (v zásadě nediskriminační) zacházení s cizinci, jaké garantuje svým vlastním investorům (dle vnitrostátního práva). Vedle toho se lze setkat s dalšími formami doložek, majících obdobnou podstatu, např. čl. 7 CZ-CH BIT obsahuje **doložku aplikační přednosti vnitrostátních předpisů** za předpokladu, že tyto budou poskytovat *investorovi* zacházení příznivější než dle BIT²⁰⁹; nebo
- *předmět ochrany* i na smluvně převzaté závazky smluvní stranou, resp. povyšují porušení takovýchto smluvně převzatých závazků státem na úroveň porušení mezinárodního práva.²¹⁰

Naopak zužující doložka („**Denial of Benefits Clause**“) se tradičně váže k omezení věcného rozsahu výhod stanovených MFN nebo doložky

²⁰⁸ Viz čl. 4/2 CZ-CH BIT, dle kterého: „*Každá smluvní strana zajistí na svém území (...) zacházení s investicemi investorů druhé smluvní strany. Toto zacházení nebude méně příznivé než zacházení zaručené každou smluvní stranou investicím vlastních investorů na svém území a nebo zaručené každé smluvní stranou investicím investorů zemí požívajících na jejím území nejvyšších výhod, je-li toto zacházení příznivější. (...).*“

²⁰⁹ Specifickou formou takovéto doložky výhodnějšího zacházení je pak v čl. 7 CZ-CH BIT ustanovení týkající se aplikační přednosti vnitrostátních předpisů té které strany, které by byly výhodnější než ustanovení BIT, po korekci skrze MFN.

²¹⁰ Viz čl. 11 CZ-CH BIT, dle kterého „*Každá smluvní strana trvale zaručuje dodržování závazků ve vztahu k investicím investorů druhé smluvní strany, které převzala.*“

národního zacházení s tím, že z jejího okruhu vylučuje výhody, které obě strany poskytují investorům třetího státu podle dohody o zamezení dvojího zdanění nebo dohody zakládající zónu volného obchodu, celní unii nebo společný trh²¹¹, neboť toto jsou tradičně multilaterální smlouvy (krom těch o zamezení dvojího zdanění), které jsou často limitovány okruhem účastníků, kterým přiznávají vyšší míru ochrany exkluzivně z důvodů členství oproti aktivním závazkům z unie plynoucím, přičemž jejichž předmět úpravy se netýká investic. Navíc si lze představit, že poskytnutí takového specifického standardu ochrany by se automaticky skrze MFN promítlo do závazků či ostatním investorům ze smluvních stran BITs daného státu, což by v důsledku mohlo být v rozporu se zájmy dotčených organizací a jejich politik vůči nečlenským státům a znamenalo tak porušení závazků poskytujícího státu vůči dotčené unii (což je ostatně i případ, byť v zásadě poněkud odlišný, týkající se probíhající diskuse na půdě EU ohledně členských extra-EU BITs).²¹² V tomto smyslu tedy omezující doložka limituje rozsah „výše“ výhod.

²¹¹ Viz specificky čl. 4/3 CZ-CH BIT.

²¹² V této souvislosti poukazují na extenzivní normotvorbu ČR v oblasti BIT, která prostřednictvím dodatkových protokolů upravila v souvislosti se svým členstvím 16 extra-EU BITs, (Bosna a Hercegovina, Jordánsko, Kazachstán, KLDR, Kuvajt, Makedonie, Maroko, Moldavsko, Rumunsko, Ukrajina, Uruguay, USA, Uzbekistán, Vietnam), jejichž předmětem je právě ochrana vnitřního trhu EU a možnost eventuálně i pozastavit účinky BIT v případě, že by tyto byly v rozporu se závazky ČR plynoucími z takovéto hospodářské, celní, měnové, daňové či jiné unie nebo společného trhu. ČR v této souvislosti do svých extra-EU BIT zakomponovalo odkazem na své členství v EU např. *výkonnostní doložku*, která v daných souvislostech týkajících se zemědělství a audiovizí může omezit povinnost volných toků kapitálu a přičemž dále došlo k zakotvení výjimek ze standardu národního zacházení či MFN ve specifických odvětvích strategických pro jednotný trh EU, viz např. Dodatkový protokol mezi ČR a USA k Dohodě mezi ČSFR a USA o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 10.12. 2003.

Tato omezení jsou v zásadě dvojaká (a to jak s ohledem na omezení vyplývající z (ne)členství popisovaných uskupení států vůči nečlenským investicím, tak z podmínek plynoucích z vnitrostátního práva hostitelského státu nad či mimo rámec regulace dotčené BIT (buď v důsledku ratifikace jiného smluvního instrumentu MPV, regulujícího partikulární oblasti MPV²¹³: buď jsou členové dotčené unie omezení co do rozsahu ochrany (dovolené) poskytované cizím investicím dle odvětví (průmyslu) či druhu a nebo typu nebo takový typ investice zcela vylučují z dosahu aplikace BIT či pro něj jako pro strategický stanovují zvláštní podmínky. Stejně tak se lze setkat s ustanoveními, která tímto způsobem regulují „holdingové“ investice prostřednictvím stanovení podmínky kontroly (51% majetková účast) resp. vylučují z ochrany „mailbox“ investory, tj. společnosti, jejichž vazba k zemi inkorporace spočívá na založení společnosti, která fakticky nevykonává jakoukoliv hospodářskou činnost, neboť jejím jediným účelem vyhovění požadavků předmětné BIT pro poskytnutí ochrany.

V souvislosti s v úvodu naznačeným přechodem do postmoderní fáze systému ochrany investic se začínají objevovat doložky omezujícího charakteru, které reflektují požadavky států směřujících k zachování relativní svobody regulace příslušných vnitřních záležitostí, kdy předmětné doplnění BITs obsahují tři části, kdy první specifikuje oblast či problematiku a druhá pak podmínky, za kterých je regulace dané oblasti (v dobré víře a spravedlivým a nediskriminačním způsobem opatření po omezenou dobu trvání, které mohou být přijaty za výjimečných okolností,...)²¹⁴, a třetí pak je interpretační pravidlo resp. vyloučení odpovědnosti ve vztahu k jednání splňujícím stanovené

²¹³ Příkladem uveďme snahu mezinárodního společenství omezit proliferaci zbraní hromadného ničení, obchod s vojenským materiálem, lidskými tkáněmi, chráněnými živočišnými druhy apod.

²¹⁴ Viz např. Dodatkový protokol mezi ČR a Indií k Dohodě mezi ČR a Indií o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 8.6.2010, čl.2.

předpoklady v daném odvětví. V tomto duchu pak doložka buď vylučuje, nebo omezuje rozsahu ochrany ve vztahu ke specifickým otázkám, resp. v daných oblastech regulace, za předpokladu dodržení uvedených podmínek pro regulaci, byť by takové jednání bylo jinak porušením mezinárodního závazku, dodržení a prokázání postupu takovou protiprávnost vylučuje.

Běžně se podobné zužující doložky realizují technicky skrze dodatkové protokoly dle potřeb stran zejména v souvislosti s jejich členstvím v hospodářských a jiných uniích (v případě ČR nejmarkantněji patrně na zúžení rozsahu a stanovení výjimek z aplikace u extra-EU BITs) a nebo dle proměnlivosti strategických odvětví (typicky energetika, zbrojní průmysl), nad nimiž si hostitelský stát chce udržet kontrolu, tudíž byť je vyloučí přímo anebo jsou nastaveny kontrolní mechanismy ohledně schvalování vstupu investorů (být holdingových) do těchto odvětví.

5.4. Procesní ustanovení o řešení sporů

Na tomto místě prozatím velmi zběžně, ovšem průřezově a přehledově pohovoříme o specifických mechanismech pro řešení sporů z investic, resp. v souvislosti s nimi, neboť předpokládám, že kdokoliv čte tuto práci, má již alespoň základní znalosti problematiky. Výklad na tomto místě představuje čistě východiska pro uchopení dalších souvislostí, neboť jednotlivé procesně-právní konotace budou vykládána v souvislosti s příslušnými instituty v rámci výkladu k hlavnímu tématu.

V Dohodách se objevují *tři* typy ustanovení ohledně řešení sporů z investic. Zatímco první dvě (tj. ustanovení o řešení sporů mezi investorem a státem a státy navzájem) jsou běžným arsenálem

obsaženým v drtivé většině BIT, poněkud exotickou se může jevit doložka o řešení sporů „*mezi investory*.“²¹⁵

Zatímco ta poslední je spíše výjimkou, doložka o řešení sporů mezi smluvními stranami je vlastní každé z BITs, přičemž jejím účelem je tradičně odstranění sporů ohledně *výkladu a použití* předmětné BIT²¹⁶.

²¹⁵Tato je obsažena v Dohodě mezi ČSFR a Austrálií o vzájemné podpoře a ochraně investic Uzavřena dne 29. 7. 1991, která stanoví závazek smluvní strany v souladu se svým právním řádem:

a) investorům druhé smluvní strany a jejich personálu v souvislosti s investicí, plný přístup k příslušným soudním či správním orgánům, aby mohli vznášet nároky a domáhat se práv v případě sporů s jejich vlastními občany nebo společnostmi;

b) povolí svým občanům a společnostem, aby provedli volbu, jak řešit spory s investory druhé smluvní strany týkající se investic, vč. rozhodčího řízení vedeného ve třetí zemi; a

c) zajistí uznání a vykonatelnost jakéhokoliv konečného rozsudku nebo nálezu.

Byť se jedná o anomálii, nelze si odpustit úvahu nad povahou závazku obsaženého v této doložce, která má spíše hmotněprávní povahu, když jednotlivé písm. a)-c) jsou uvozena „závazkem“, že každá strana a) zajistí investorům, b) povolí svým občanům a společnostem, c) zajistí (...), přičemž zde zcela bezprostředně rezonuje eventuální nárok pro „*denial of justice*“ z porušení těchto závazků.

²¹⁶ V rámci BITs uzavřených s ČR co *do rozsahu* pak tyto doložky zakládají konsensus pro řešení sporů mezi stranami, v případě, že nebude vyřešen smírně/diplomatickou cestou/jednáním/konzultacemi (navazující řízení):

1) *Týkající se/ohledně výkladu nebo použití dohody (rozhodčí řízení):*

Albánie, Argentina, Azerbajdžán, Bahrajn, Bělorusko, Bosna a Hercegovina, Bulharsko, ČLDR, Egypt, Finsko, Gruzie, Guatemala, Chorvatsko, Indie, Indonésie, Izrael, Jemen, JAR, Jordánsko, Jugoslávie, Kambodža, Kazachstán, KLDLDR, Korea, Kostarika, Kypr, Litva, Lotyšsko, Maďarsko, Makedonie, Malajsie, Maroko, Mauricius, Mexiko (spec. Forem řešení), Moldavsko, Mongolsko, Nikaragua, SRN, Nizozemí, Norsko, Panama, Paraguay, Peru, Polsko, Portugalsko, Rakousko, Řecko, Rumunsko, Ruská federace, SAE, Salvador, Saudská Arábie, Španělsko, Srí Lanka, Švédsko, Švýcarská konf., Sýrie, Tunis, Turecko -*podle*

Jedná se tradičně o doložku řešení sporů rozličného rozsahu i obsahu, které je vlastní omezení rozsahu na spory související s výkladem a prováděním (byť zde existují výjimky, viz poznámky pod čarou). Určujícím též je, že v případě uplynutí stanovené lhůty (tzv. „cooling-off“ period) pro přátelské/smírné/diplomatické/skrže konzultace řešení, smluvní strany svěřují daný spor do rukou rozhodčího senátu. Specifika, jakož i alternativní způsoby využití této doložky diskutujeme v samostatné části této práce. Nyní k podstatě této kapitoly.

Tradičně je součástí BITs i ustanovení o řešení sporů mezi Vysokou smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany. Toto ustanovení představuje těžiště celé BIT, neboť na jeho základě dochází k (relativní) denacionalizaci řízení vůči hostitelskému státu a investorovi tak bez vedlejších politických vlivů a vnitrostátních doktrín je tímto způsobem poskytnuta možnost, aby změřil své síly se suverénní entitou co do legality jejího jednání vůči jeho investici.²¹⁷

Z hlediska smluvní strany, předmětné ustanovení představuje specifickou formu jednostranného závazku neuzavřenému okruhu osob, které naplní předpoklady pravomoci stanovené tímto ujednáním, ev. další podmínky takto stanovené, podrobit předmětný spor z „investice“ rozhodčímu řízení dle specifikovaných pravidel. Jedná se tak o

zásady dobré víry a ducha spolupráce o rychlé a spravedlivé řešení, Ukrajina, Uruguay, USA, Uzbekistán, Velká Británie, Venezuela, Vietnam.

2) *jakékoliv (všechny) spory mezi stranami (rozhodčí řízení)*: Austrálie, Belgicko-lucemburská Hosp. unie.

3) *výkladu nebo uplatňování dohody (rozhodčí řízení)*: Filipíny.

4) *o výkladu nebo provádění dohody (rozhodčí řízení)*: Francie, Kanada, Tádžikistán.

5) *ohledně výkladu nebo aplikace (rozhodčí řízení)*: Kuvajt.

²¹⁷ DOAK BISHOP, R., CRAWFORD, J., REISMAN W., *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*, 2005, Den Haag: Kluwer International, str. 10.

normativní „ofertu“ neuzavřenému okruhu osob, které budou s to se kvalifikovat za podmínek sjednaných rozhodčí ofertou.

V tomto ohledu je silně litována autonomie vůle stran, když jednou ze stran sporu je potenciálně suverénní entita a sjednání podmínek řešení sporu proběhlo v rámci jednání mezi suverénními entitami, *de facto* ku prospěchu a adresně normativně predisponované skupině soukromoprávních entit, které dostojí kvalifikačním předpokladům specifikovaným v rozsahu této normativní oferty. Z procesního hlediska tato „*standing offer*“ představuje neměnný rozsah podmínek, při jejich dodržení je stát ochoten se podřít v souvislosti se specifikovaným „sporem z investice“ rozhodčímu řízení dle pravidel a způsobem tam ujednaným. *De facto* takováto rozhodčí oferta je sjednána ve prospěch třetí strany, což znamená, že bez souhlasu domovského státu je daný závazek na obě strany (smluvní strany) neměnný.

Tato forma souhlasu s rozhodčím řízením je do své formy svým způsobem unikátní, a představuje fakticky nejvýznamnější element systému ochrany investic, který Jan Paulsson označuje termínem „*arbitration without privity*“²¹⁸²¹⁹ což však činí formou sarkastické poznámky věci neslýchané.²²⁰ Podstata věci spočívá v tom, že od

²¹⁸ PAULSSON, J., Arbitration without Privity, *Foreign Investment Law Journal: ICSID Review*, vol. 10, no. 2 podzim 1995, str. 232 a násl., dostupné skrze http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf (naposledy navštíveno dne 16. 8. 2016).

²¹⁹ Ve skutečnosti uvádí, že zásada, že mezinárodní investiční právo může vytvářet „*compulsory arbitration without privity is beyond cavil*“. PAULSSON, J., Arbitration without Privity, *Foreign Investment Law Journal: ICSID Review*, vol. 10, no. 2 podzim 1995, str. 231., dostupné skrze http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf (naposledy navštíveno dne 16. 8. 2016).

²²⁰ Poněkud děsivé ovšem je, že před 21 lety(!), když tento článek vzniknul, předpovídal Jan Paulsson v jeho závěru, (1) že většina vlád států zcela „nedocenila“

okamžiku jednostranného udělení souhlasu s rozhodčím řízením (byť formou synallagmatického závazku vůči druhé smluvní straně, tudíž nikoliv faktickému adresátovi) v rozsahu otázek takto vymezených, za podmínek zde uvedených, před rozhodčí institucí či dle rozhodčích pravidel vymíněných.

V případě poškození investora ze strany státu, resp. jednáním či opomenutím orgánu hostitelského státu, může skrze ofertu obsaženou v Dohodě investor iniciovat řízení proti hostitelskému státu bez toho, aby před tím své investorské aktivity na území hostitelského státu jakkoliv notifikoval, resp. aby mu k těmto aktivitám bylo ze strany hostitelského státu vydáno individuální povolení, neboť takovéto povolení supluje existence Dohody samotné. Toto je samozřejmě zjednodušený a zabsolutizovaný popis, neboť většinou se investor styku s orgány hostitelského státu při provádění své investice na jeho území nevyhne, avšak pro pochopení konceptu „rozhodčího řízení bez vědomí hostitelského státu“ se jedná dle mínění autora této práce o popis dostačující.

Oferta je konstruovaná formou „*take it or leave it*“ se všem podmínkami zde sjednanými, ovšem v závislosti na eventualitách volby dané na výběr investorovi²²¹. Investor bude čelit limitaci rozsahu takto

úplný rozsah a dosah převzatých závazků skrze BITs. Přičemž zde existuje riziko toho, že stejně rychle jak byly dané závazky převzaty, budou ukončeny; a současně (2) že rizika výstupu smluvních stran (států) ze systému ve velké míře závisí na sofistikovanosti rozhodců, kteří budou povolání k rozhodnutí sporu, jehož předmětem bude rozhodnutí vlády státu. Proto uzavírá, že „*arbitration without privity*“ je velmi delikátní mechanismus. Jediný incident dobrodružného rozhodce překračujícího svou pravomoc v citlivém případě může být dostatečným důvodem pro vyvolání extenzivní protireakce. Pokud však bude systém fungovat rozumně, pomůže vyplnit vakuum, které existuje v souvislosti s absencí autoritativní pravomoci, a tudíž přispěje k bezpečí mezinárodního ekonomického života. Validitu tohoto závěru s ohledem na stávající situaci nechť si posoudí čtenář sám.“

²²¹ Tak například zřejmě nejkomplexnější oferta, jež se nachází v BITs, kterými je ČR vázána je ta s USA v čl. VI. Zde je nejprve stanoven okruh problematiky

jednostranně stanové arbitrability sporu stejně tak, jako predeterminovanému rozhodčímu foru. Autonomie vůle stran je zde (zcela)²²² potlačena, ovšem výměnou za svou autonomii disponuje investor alespoň denacionalizovaným forem pro řešení jeho sporu. Čím specifitější oferta je, tím užší je autonomie vůle investora v důsledku jeho akceptace dané oferty, samozřejmě v závislosti na stanoveném foru.

Specifikum tohoto modelu spočívá v tom, že k *perfekci* rozhodčí smlouvy (v závislosti na pravidlech rozhodčího řízení) dochází okamžikem akceptace této nabídky investorem tím, že iniciuje řízení způsobem dle pravidel stanovených v ofertě. Současně, druhá z možností volby (v případě absence jiných eventualit, běžně však volba rozhodčích pravidel ICSID/UNCITRAL) mu zbytková autonomie vůle umožňuje ofertu neakceptovat, resp. zvolit vnitrostátní řízení před orgány hostitelského státu ev. se uchýlit k žádosti adresované svému domovskému státu o poskytnutí diplomatické ochrany.

představující sporovou agendu (výklad nebo použití BIT mezi státem a investorem, výklad a použití uděleného investičního oprávnění, porušení jakéhokoliv práva vztahujícího se k investici, které bylo uděleno nebo se týká BIT). Navazuje ujednání o smírném řešení sporů, vč. konzultací s 3. stranou, za předpokladu jeho neúspěšnosti navazuje jednání o způsobu řešení sporů, kdykoliv po uplynutí 6. měsíční lhůty po vzniku sporu je investor oprávněn zvolit rozhodčí řízení/konciliaci před Střediskem ICASID/AF ICSID/UNCITRAL/jakékoliv 3. rozhodčí instituce dohodnuté stranami sporu. Jakmile je investorem udělen souhlas s řízením, každá strana ve sporu může zahájit řízení, pokud spor nebyl investorem notifikován na základě dohodnutého postupu/investor spor nepředložil vnitrostátnímu orgánu. Pokud nebude konsensus na formě (druhu ADR) řízení, volba je na investorovi; stát dává *standing offer* ve vztahu ke Středisku ICSID/ad hoc senátu dle pravidel UNCITRAL, požadavek na místo řízení: členský stát NYÚml., Souhlas dle 25/2 b) Úmluvy ICSID pro účely pravomoci s ohledem na formu nacionality právnické osoby.

²²² Samozřejmě s výjimkou bazálního předpokladu pro realizaci investičního rozhodčího řízení – s ponecháním autonomie vůle investora, zda řízení za daných podmínek zahájí, čili nic.

Buďme ale specifičtí: CZ-CH BIT obsahuje vcelku komplexní ofertu rozhodčího řízení v čl. 9. Rozsah arbitrability je zde stanoven prostřednictvím formulace obsažené v čl. 9/1, „V zájmu urovnání *sporů mezi jednou smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany týkající se investic* (...). Tato formulace by se dala dokonce formulovat natolik široce (není adresovaná vůči sporům z *investic* investora), že lze teoreticky vyjít z toho, že se jedná o oddělené majetkové hodnoty byť v dispozici investora, ovšem nikoliv takové, které vyžadují definiční „dvojjakost“ investice investora, byť v rozsahu ochrany BIT (to je ale čistě teoretická úvaha). Článek 9/1 stanoví požadavek na jednání mezi investorem a hostitelským státem tam, kde se nejedná o spor o výklad a použití Dohody. Dále je v odst. 2 stanovena „*cooling-off period*“ v trvání 6 měsíců pro smírné řešení, která je předpokladem pro rozhodčí řízení, jehož iniciace je v dispozici investora, přičemž odst. 2 písm. a) obsahuje pravidla pro konstituci senátu následovně: bude se jednat o *ad hoc* senát, kde každá ze stran jmenuje svého rozhodce, předseda bude jmenován těmito rozhodci, za předpokladu splnění podmínky státní příslušnosti 3. státu při dodržení stanovených dvouměsíčních lhůt na jmenování rozhodců a jimi předsedy senátu. Dle odst. 2 písm. b) za předpokladu, že pro nedodržení lhůt nebude senát konstituován a současně nedojde k dohodě mezi investorem a hostitelským státem ohledně dalšího postupu, může kterákoliv ze stran oslovit předsedu Soudu ICC, aby „*učinil potřebná jmenování*“. Lze vyjít z premisy, že funkce předsedy Soudu ICC jako „*appointing authority*“ vznikne právě v důsledku nemožnosti konstituovat rozhodčí senát z důvodu a) na straně kterékoliv strany sporu nebo b) stranami určených rozhodců ohledně konsensu na osobě předsedy senátu. Pokud zde existuje „nějaká překážka, která brání předsedovi ICC, aby vyhověl žádosti“ (o ustanovení senátu) nebo pokud je předseda Soudu ICC státním příslušníkem některé ze stran sporu, postupuje se dále dle čl. 10/5 BIT. Zde je tento odkaz však poněkud nejasný, neboť odkazuje na subsidiární postup z hlediska konstituce senátu pro řešení sporů mezi smluvními stranami (ohledně výkladu a použití BIT), kde je jako *appointing authority* určen předseda ICJ, přičemž postup uvedeného čl. 10/5 BIT

stanoví náhradní proceduru tam, kde je předseda ICJ nadán nezpůsobilostí k jednání (pak na jeho místo jako „ustavující autority“ nastupuje místopředseda, po něm případně služebně nejstarší člen soudu). S ohledem na to, že v předmětném článku je uvedeno *obdobně jako* s odkazem na čl. 10/5 BIT, lze uzavřít, že je dostatečně určité stanoveno, že v případě nezpůsobilosti předsedy Soudu ICC na jeho místo nastupuje místopředseda, jinak služebně nejstarší člen Soudu ICC.

Takto ustanovený senát je oprávněn stanovit své pravidla pro vedení řízení (pokud ohledně této otázky nebude dohoda stran sporu). Je zde dán závazek stran zajistit uznání a výkon nálezu - porušení takovéto povinnosti z BIT lze považovat za mezinárodně protiprávní jednání.

Navazují ujednání o nákladech řízení: každá strana hradí výlohy „svého člena“ (myšleno zřejmě ve smyslu jmenování) jakož i náklady svého zastoupení; předsedu a další výlohy platí strany napůl (na rozdíl od Pravidel ICSID jakož i UNCITRAL a ICC kde je tato otázka svěřena do rukou senátu dle úspěchu stran ve sporu; tato specifická pravidla derogují obecná pravidla stanovená senátem tam, kde by byla v rozporu s touto dohodou stran). Závěrem ovšem doplněno zmocnění pro senát ohledně možnosti stanovení nestejných podílu na výlohách- není však ujednáno dle jakého pravidla (běžně dle úspěchu ve věci, pokud není uvedeno jinak, bude toto pravidlo svěřeno do pravomoci senátu jako pravidlo ohledně postupu v řízení).

In eventum, a zde jako projev autonomie vůle investora, je možné spor podřídit pravomoci Střediska ICSID. Článek 5 BIT stanoví pravidlo fakticky odpovídající ust. Čl. 27 ICSID (které má význam pro první variantu řešení sporu) ohledně zákazu obou smluvních stran řešit předmětný spor diplomatickou cestou (tj. formou převzetí nároku státem ve prospěch investora) a to od okamžiku „předložení rozhodčímu soudu“, což lze v jazyce příslušných pravidel vázat k okamžiku účinku registrace/doručení žádosti „*request for arbitration*“ dle čl. 36/3 Úmluvy ICSID (okamžik registrace sporu generálním tajemníkem

Střediska ICSID/ oznámení „*notice of arbitration*“ dle čl. 3/2 Pravidel UNCITRAL.(okamžik doručení protistraně). To neplatí v souvislosti s výkonem rozhodnutí za předpokladu, že povinný stát nedodrží stanovenou povinnost dobrovolně.

Článek 4 CZ-CH BIT nad to stanoví zákaz procesní obrany žalovaného státu spočívající ve výplatě subrogovaného nároku investorovi. Což je vcelku logické, i když dle mého názoru nadbytečné, neboť čl. 8 BIT stanoví v souvislosti s pravidly subrogace vzájemně podmíněná pravidla, že tam, kde jedna smluvní strana vyplatí investiční nárok svého investora, druhá strana uzná tento převod všech práv nebo nároků investora na smluvní stranu a její vstup do práv. Proto se mi subjektivně jeví jako nadbytečný zákaz vznášet předmětnou procesní obranu. Dle mého názoru totiž uznání a postoupení práv probíhá automaticky a recipročně, tj. v okamžiku postoupení resp. oznámení postoupení je v souladu se závazkem daný v BIT toto postoupení vůči vymezeným subjektům automaticky uznáno. Proto pokud by daný argument byl vznášen v rámci řízení, dané neuznání vázané na postoupení práv by samo o sobě mohlo být považováno za porušení práva z BIT a proto argumentem *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* pro jeho odmítnutí. Není proto zřejmý účel tohoto pravidla v rozhodčí ofertě, ledaže má sloužit jako „poznámka“ pro členy rozhodčího senátu v případě, že by došlo k obdobné situaci.

Pokud bychom měli k této rozhodčí ofertě vznést nějaké připomínky, tak především to, že v první variantě obsahuje odkaz na rozhodčí pravidla (byť je jako „appointing authority“) nominován předseda Soudu ICC, což však nepředstavuje automaticky volbu pravidel, když před rokem 2012 tyto pravidla nebyla nastavena pro řešení sporů z investic. Současně nejsou stanoveny pravidla pro kvalifikační předpoklady rozhodce, identifikace rozhodce je uvedena jen tak, že „každá strana určí jednoho rozhodce“. Takováto neurčitost, za předpokladu nacionalizovaného místa řízení potenciálně představuje riziko neplatnosti rozhodčí oferty, k jejíž perfekci dojde skrze akceptaci

ze strany investora. Byť bude v souladu s koncepcí *kompetenz-kompetenz* o své pravomoci rozhodovat takto ustanovený rozhodčí senát, v případě, že se jedná o nenedacionalizované rozhodčí řízení, je třeba zohlednit i vliv místa řízení, které bude mít vliv zaprvé z hlediska procesních pravidel *lex loci arbitri* a současně z hlediska možnosti podání na zrušení rozhodčího návrhu. Byť se jedná o rozhodčí ofertu založenou prostřednictvím mezinárodní smlouvy, účinky vnitrostátního práva nelze v případě, že se nebude jednat o institucionalizované a nenedacionalizované řízení, zcela eliminovat. Současně nejsou řešeny otázky rozhodného práva pro meritum sporu, což může být v závislosti na složitosti věci v takovémto řízení problematické.

Závěrem k této pasáži uveďme, že oferta k rozhodčímu řízení představuje specifický institut vlastní právě BITs. Z hlediska této práce je pak třeba na tomto místě vyzdvihnout její význam pro zkoumanou problematiku: takováto oferta:

- zaprvé v případě její akceptace vytváří konsensus stran ohledně rozsahu řešených otázek a volí fórum pro jejich řešení;
- zadruhé představuje významný argument z hlediska autonomie nároků investora, když tomuto umožňuje daný nárok uplatnit samostatně, neboť předmětná doložka neobsahuje žádné ustanovení o tom, že by zde byl vyžadován souhlas domovského státu s uplatněním takového nároku, byť lze použít argument spočívající v premise, že vzájemnou akceptací vymezeného rámce oferty oběma smluvními stranami Dohody tak již učiněno bylo. Je zde naopak argument opaku, když na jednu stranu zde existuje mechanismus pro řešení sporů přímo mezi stranami, separátní od mechanismu pro řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem a současně v článku 9 odstavci 5 CZ-CH BIT je zakotven závazek obou smluvních stran k tomu, že od okamžiku předložení věci rozhodčímu senátu nebude žádná z nich usilovat o vyřešení sporu diplomatickou cestou. Tato skutečnost stejně tak jako dvojkolejnost pro řešení investičních

sporů/sporů o výklad a aplikaci Dohody dle mého názoru představují velmi silný argument pro autonomii investičního nároku na domovském státu investora, ale při hlubší úvaze je třeba dospět k závěru, že se opětovně jedná pouze o projev autonomie investičního nároku svědčícího investorovi na jeho domovském státě, nikoliv o příčinu resp. důvod této autonomie.

5.5. Závěrem k této kapitole

V této kapitole jsme si formou krátkého exkurzu vymezili základní rozsah primárních závazků smluvních stran vůči investici investora/investorovi, vyplývající z BIT a svědčících investici investora resp. investorovi samotnému. Na základě zvolení vzorové CZ-CH BIT jsme demonstrovali praktické aspekty extenze a modality poskytované ochrany. Současně jsme analyzovali i další ustanovení BIT, nemající primárně hmotněprávní charakter, ale slouží k řešení sporů z investic, a to jak na úrovni smluvních stran, kde slouží primárně k odstranění pochybností ohledně výkladu a aplikace Dohod pak též z hlediska sporů z investic vznikajících mezi investorem jedné smluvní strany na druhou smluvní stranou. Na praktické aplikaci jsme demonstrovali postup ustanovení rozhodčího senátu a poukázali na deficity v předmětné doložce.

Současně jsme stanovili význam rozhodčí doložky pro předmět této práce a to z hlediska procesní limitace hmotněprávního nároku a mezi jeho uplatnění a dále též s ohledem na existenci rozdílných mechanismů pro řešení sporů z investic a pro existenci ustanovení fakticky mající povahu *lis pendens* vůči státům od okamžiku, kdy bude zahájeno rozhodčí řízení, což podporuje závěry o autonomní povaze investičního nároku na vůli domovského státu.

6. NÁSLEDKY PORUŠENÍ PRIMÁRNÍCH ZÁVAZKŮ ZALOŽENÝCH BIT (STANDARDŮ OCHRANY) HOSTITELSKÝM STÁTEM: INSTITUT MEZINÁRODNÍ ODPOVĚDNOSTI²²³

Příčinou uplatňování investičního nároku bude vždy situace, kdy investor nabude přesvědčení, že hostitelský stát porušil svůj závazek svědčící investorovi z příslušného ujednání BIT. Proto předpokladem úspěchu rozhodčí žaloby uplatňující investiční nárok bude nutně i vylíčení okolností představujících porušení individualizovaného závazku hostitelského státu dle BIT ve prospěch investorova, které spočívá v jednání či opomenutí přičitatelném na vrub hostitelského státu, jako elementů prokazujících vznik odpovědnosti hostitelského státu za porušení tvrzeného závazku.

Prokázáním takových skutečností pak dochází k invokaci odpovědnosti státu dle MPV, jež je spojena se vznikem specifických práv a povinností z porušení daného závazku. V takovém případě bude druhým z klíčových elementů uplatňovaného investičního nároku právě takovéto sekundární právo vyplývající z odpovědnostního vztahu, které obecně vedle práva investora domáhat se na odpovědném státu jak povinnosti splnit původní závazek, tak odčinit závadný stav vzešlý z porušení onoho primárního závazku.

Obsah závazků hostitelského státu vůči investorovi obsažených běžně v BITs jsme nastínili v předcházející podkapitole. Byť jsme se v předcházející kapitole setkali s argumenty podporujícími dispoziční autonomii s investičním nárokem ve prospěch investora, mám za to, že tyto argumenty jsou pouze průvodními znaky a projevy faktické autonomie nároku na domovském státu investora, nikoliv důvodem a příčinou.

Zde se tedy zaměříme na problematiku mezinárodní odpovědnosti za porušení závazku daného hostitelským státem, jejíž vznik je

²²³ Technická poznámka: předpokladem použitelnosti těchto závěrů je aplikace pravidel mezinárodní odpovědnosti na meritum sporu

předpokladem pro přeměnu nároku v právo na odstranění stavu či následku vzniklého v důsledku porušení takové povinnosti ve formě a podobě předvídané pravidly stanovenými buď výslovně BIT, a nebo obecně MPV, neboť odpovědnostní relace představují rámec vzájemných vztahů a závazků vznikajících v důsledku porušení primárních smluvních vztahů a proto je tedy zřejmé, že partikulární oblast MPV týkající se odpovědnostních vztahů musí obsahovat onu pomyslnou „mapu“ vzájemných práv a povinností mezi účastníky těchto právních vztahů, v rámci nichž bude lze stanovit adresáty jednotlivých práv a povinností plynoucích z porušení primárních závazků zakotvených v BITs.

Nejprve si však vymežíme mechanismus mezinárodní odpovědnosti v obecné rovině MPV a následně analyzujeme specifika, která jsou vlastní partikulárnímu režimu ochrany investic, který obecná odpovědnostní pravidla MPV značně alteruje.

Obecně otázky odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání upravují tzv. „*International Law Commission's Articles on State Responsibility*“²²⁴ (dále jen „**ILC ASR**“), které generelně shrnují, v písemné formě normují a kodifikují, přičemž současně delimitují meze obyčejového rámce původně neohrazených zvykových normem odpovědnosti za mezinárodně-protiprávní jednání.

Zatímco tedy příslušná BIT stanoví hmotněprávní základ (substantivní pravidla, které se stát zavázal vůči investorovi dodržovat), ILC ASR řeší, porušení jakých pravidel a kým představuje mezinárodně protiprávní jednání, (a zda vůbec), a zda takovéto jednání zakládá mezinárodně-právní odpovědnost státu ve sféře MPV (čl. 2 ILC ASR), anebo zda existují okolnosti, které by v dané situaci odpovědnost státu

²²⁴ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) 53rd Session of International Law Commission, Annex to the GA Resolution 56/83.

(resp. protiprávnost jeho jednání) ospravedlňovaly a tedy vylučovaly odpovědnost za takové jinak protiprávní jednání.

Významné je, že otázka protiprávnosti je z pohledu ILC ASR hodnocena vždy dle mezinárodního práva veřejného, bez ohledu na (proti)právnost daného jednání z pohledu vnitrostátního práva. Tudíž zatímco jednání, které je dle vnitrostátního práva nepostižitelné pro jeho soulad s vnitrostátní právní úpravou, může být shledáno z hlediska mezinárodního práva za mezinárodně-protiprávní, a to s ohledem na závazky státu vyplývající z mezinárodního práva (čl. 3 ILC ASR).²²⁵ Stejně tak protiprávní jednání, sankcionovatelné dle vnitrostátního práva nemusí být postižitelné dle mezinárodního práva veřejného, pokud takovéto jednání nebude současně dosahovat intenzity mezinárodně-protiprávního jednání ve smyslu ILC ASR. Otázku, zda pro vyvolání mezinárodní odpovědnosti státu je nezbytné, aby intenzita takového jednání dosahovala mezinárodně protiprávního jednání, ponechejme zatím stranou, neboť se k ní vrátíme na konci této kapitoly v souvislosti se specifiky odpovědnostních vztahů vlastní diagonálním systémům.

Z tohoto hlediska je pak jednání státu resp. jemu podřízených jednotek a individuálních osob vázaných k němu formou služebního poměru limitováno vůči investorovi z hlediska hmotněprávního standardu ochrany, který totiž primárně představuje závazek hostitelského státu vůči domovskému státu investora dle BIT (a z BIT), jakož i mezinárodního práva veřejného (smluvního) obecně, a pokud bude

²²⁵ V případě MSD - *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand/France)*, ICJ Decision of 30 April 1990, R.I.A.A., vol. XX, str. 217 (1990), (jinak známém jen jako „*Rainbow Warrior*“ case), rozhodčí senát konstatoval, že jakékoliv porušení mezinárodního závazku státem, bez ohledu na původ takového závazku, zakládá mezinárodně právní odpovědnost tohoto státu.

shledáno jeho porušení, založí toto porušení mezinárodněprávní odpovědnost hostitelského státu za takové jednání.

Jelikož stát je sice subjektem mezinárodního práva, ale jedná prostřednictvím svých složek (orgánů), resp. deleguje výkon státní moci na své jednotlivé složky či samosprávné orgány, přičitatelnost jednání státu pak musí být vázána na jednání těchto subjektů resp. osob, neboť koncept subjektivity státu je z hlediska výkonu jeho práv ryzí fikcí.

6.1. Mezinárodně-protiprávní jednání a jeho přičitatelnost státu jako předpoklad vzniku mezinárodní odpovědnosti

Odpovědnost státu za škodu způsobenou v důsledku porušení závazku státu z mezinárodního práva (dále též jako „**mezinárodně-protiprávní jednání**“) jakožto jeden ze stavebních prvků investičního nároku v diagonálním sporu z BIT²²⁶, není specificky upravena (krom dále

²²⁶ Tedy sporu založeném na základě BIT jakožto mezinárodní dohody mezi dvěma suverénními entitami, jež garantuje přímo použitelná práva subjektu, který disponuje tzv. „*genuine link*“ či podstatnou vazbou k jednomu ze smluvních států takové dohody, tedy státní příslušností per se v případě fyzické osoby, či v případě právnické osoby se jedná o subjekt, který byl inkorporován na území daného státu dle jeho národního vnitrostátního práva, přičemž práva plynoucí z takového jednání dle mezinárodního smluvního práva jsou takto adresován a přímo tomuto soukromému subjektu, který je s to se kvalifikovat jako investor a to dle podmínek stanovených příslušnou BIT; v takovém případě pak zde tedy plynou z nástroje mezinárodního smluvního práva, sjednaného mezi dvěma suverénními entitami přímo použitelné práva non-subjektu mezinárodního veřejného práva, kterým je daný investor a který se stanoveným způsobem může přímo domáhat uplatnění svého nároku vůči hostitelskému státu, který jej měl svým jednáním majícím povahu mezinárodně-protiprávního jednání porušujícího takto sjednané závazky vůči hostitelskému státu investora poškodit, přičemž tento nárok uplatňovaný v obecné rovině non-subjektem mezinárodního práva veřejného, vůči vysoké smluvní straně příslušné BIT zakládá onu diagonalitu právních vztahů na poli mezinárodního práva veřejného.

rozvedených výjimek), a proto je třeba vyjít z obecných (obyčejových) pravidel mezinárodního práva veřejného.

V režimu obecného mezinárodního práva je oblast odpovědnosti za škodu upravena obyčejovými pravidly, jejichž jednotlivé detaily byly opakovaně zachyceny v judikatuře. Tato obyčejová pravidla byla následně zachycena též v pracích kvalifikovaných znalců mezinárodního práva, jež tento obsah explikují a interpretují, přičemž takto vytváří podpůrný pramen MPV.²²⁷

Vznik odpovědnosti státu za mezinárodně-protiprávní jednání spočívá na splnění a prokázání existence následujících dvou základních podmínek, tj. existence závazku dle mezinárodního práva a jeho porušení a současně přičitatelnost jednání, jež je porušením takového závazku, státu. Přitom dle ILC ASR²²⁸ k porušení mezinárodního závazku stroze konstatuje, že porušením mezinárodního závazku je jednání státu, které neodpovídá požadavkům daným předmětným mezinárodním závazkem.

²²⁷ Obsah obyčejového práva byl postupnou prací nejprve v období 30 let. 20. stol. a následně po 2. světové válce zpracováván do návrhu kodifikační úmluvy. Výsledkem prací po 2. světové válce v rámci Komise OSN pro mezinárodní právo (International Law Commission) byl v roce 2001 návrh. „Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts“, (zde citovány jako „**ILC ASR**“) které byly předloženy Valnému shromáždění OSN. I přes to, že ILC ASR fakticky nepředstavují formálně závaznou právní normu, autorita ILC, jejíž práce představuje faktickou kodifikaci obyčejových pramenů MPV a takto jsou tyto „Články“ univerzálně vnímány.

²²⁸ Čl. 16 ILC ASR.

6.2. Právní následky plynoucí z mezinárodní odpovědnosti státu: vznik sekundárních práv predeterminujících obsah nároku a typ petitu (nároku)

Primární závazek dle mezinárodního práva, jehož porušení představuje základní vymezení předmětu sporu, může vyplývat z mezinárodních obyčejů, mezinárodních smluv²²⁹, a dokonce dle judikatury MSD může mít i charakter závazku převzatého jednostranným právním jednáním státu.

V případě *Gabčíkovo-Nagymaros* MSD s odkazem na provizorní draft ILC ASR z roku 1976 konstatuje:

„[it has been – doplněno autorem] *well established that, when a State has committed an internationally wrongful act, its international responsibility is likely to be involved whatever the nature of the obligation it has failed to respect.*”²³⁰

Definici porušení mezinárodního závazku co do jeho zdroje pak sumarizuje rozhodčí tribunál v případě *Rainbow Warrior* (Nový Zéland v. Francie), kde uvedl:

„[...] *any violation by a State of any obligation, of whatever origin, gives rise to State responsibility and consequently, the duty of reparation.*”²³¹

²²⁹ Oba se stejnou intenzitou relevance a často s paralelní existencí: srov. *North Sea Continental Shelf*, I.C.J. REPORTS 1969, s.3 – na str. 38-39; *Military and Paramilitary Activities*, I.C.J. REPORTS 1986, s. 14 –na str. 95.

²³⁰ I.C.J.REPORTS 1997, s. 7 na str. 38. Sekundární citace via: BISHOP, R.D., CRAWFORD, J., REISMAN, W.M. *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials And Commentary*, 2005, The Hague: Kluwer Law International. str. 795.

²³¹ *Rainbow Warrior (New Zealand v. France)*, R.I.A.A., vol. XX, s. 212 (1990), na str. 251.

Tedy, že porušení jakéhokoliv závazku (z mezinárodního práva, resp. založeného jeho primárních pramenů) zakládá odpovědnost státu, a ve svém důsledku tak vyvolává povinnost státu ke splnění odpovědnostním vztahem založenou sekundární povinností k reparaci způsobené újmy.

Citovaný případ tedy parafrázuje pravidla obsažená v kapitole II části 2, ILC ASR, která upravuje následky vzniku odpovědnostního vztahu a katalogizuje povinnosti odpovědného státu vůči subjektům dotčeným stavem zakládajícím odpovědnost. První zásadou stanovenou v čl. 30 ILC ASR je povinnost odpovědného státu v případě, že protiprávní jednání má trvalejší charakter, od takového jednání upustit, přičemž takovéto upuštění od protiprávního jednání nebude mít vliv na odpovědnostní vztahy plynoucí z trvání závadného stavu do doby jeho odstranění. Vedle toho stejné ustanovení pak dále stanoví povinnost nabídnout přiměřené záruky a garance za to, že se předmětné porušení již nebude opakovat.

Vedle toho je odpovědný stát nadále povinen dostát svému původnímu závazku, jehož porušení vyvolalo mezinárodní odpovědnost; tento princip reflektuje obecnou maximu „*pacta sunt servanda*“ zakotvenou ve VCLT a pouze podtrhuje skutečnost, že vznik odpovědnostních vztahů zakládajících sekundární povinností plynoucí z porušení původního závazku nemají jakýkoliv vliv na platnost, trvání a rozsah původního závazku; odpovědný stát se tak porušením takového závazku v důsledku vzniku sekundárních vztahů, které však mají zejména sankční charakter, v žádném případě neexkulpuje z plnění závazku primárního.

Těžištěm sekundárních vztahů založených z odpovědnosti za porušení mezinárodního závazku pak je povinnost k úplné reparaci újmy, která byla způsobena mezinárodně protiprávním jednáním, přičemž ILC ASR²³² výslovně stanoví, že újmou se rozumí jakákoliv škoda, ať již

²³² Čl. 31 ILC ASR.

materiální či imateriální, způsobená mezinárodně protiprávním jednáním státu.

Jednotlivé formy reparací za způsobenou újmu pak stanoví čl.34 ILC ASR, který vymezuje základní formy reparací a to ve formě restituce (uvedení v předešlý stav), pokud takovéto řešení odstranění újmy není možné, pak formou kompenzace (náhrady škody, a to veškeré stanovitelné škody (tj. *damnum emergens*), včetně stanovitelného ušlého zisku (*lucrum cessans*))²³³ a konečně formou satisfakce např. akceptací porušení mezinárodního práva, projevem lítosti a omluvy teprve v případě, že odčinění újmy není dobře možné ani skrze restituci, tak kompenzací²³⁴. Všechny tři formy lze poskytnout samostatně, anebo v jejich vzájemné kombinaci. Jak plyne z čl. 31 ILC ASR, v důsledku vzniku odpovědnosti státu zde vzniká povinnost k plné reparaci způsobené újmy. Jak ale již PCIJ v notoricky známém případě *Chorzów Factory*²³⁵ judikoval, že s ohledem na existenci obecně uznávaného principu plné reparace způsobené újmy i tam, kde má újma povahu materiální škody, kterou však nelze za všech okolností odčinit

²³³ Čl. 36 ILC ASR; ve sféře investičního rozhodčího řízení je však poněkud problematická otázka ohraničení ušlého zisku v souvislosti se způsobenou újmu, přičemž za klíčový aspekt oprávněnosti kalkulací ušlého zisku je považována průkaznost důkazů, dle kterých požadovaná náhrada ušlého zisku není spekulativní, ale vyplývá z důkazů prokazujících předcházející příjmy a současně oprávněnost očekávání budoucích výnosů z investice (viz. Např. *Amco Asia Corp. And others v Republic of Indonesia, First Arbitration* (1984), Annulment (196), Resubmitted (1990) ICSID, jak citováno v CRAWFORD, J., *The International Law Commissions Articles On State Responsibility, Introduction, Text And Commentaries*, 2005, Cambridge: Cambridge University Press, str. 228 pozn. pod čarou č. 598 a tam citované případy.

²³⁴ Čl. 37 ILC ASR.

²³⁵ *Chorzow Factory Case*, Merits, 1928, PCIJ Series A., No. 17, p. 47, jak citováno v CRAWFORD, J., *The International Law Commissions Articles On State Responsibility, Introduction, Text And Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, str. 211.

prostřednictvím restituce (tj. uvedením v předešlý stav),²³⁶ neboť to není technicky možné, je na místě požadavku plné reparace v takovém případě kompenzaci vzniklé škody doplnit ještě o další z forem nápravy to skrze satisfakci jako dodatečné formy reparace dorovnáující nekvantifikovatelnou (i) materiální škodu. Bude tedy vždy záležet na specifických okolnostech případu a to právě jak co do formy a povahy újmy vzniklé v důsledku porušení stanoveného závazku, tak i co následků majících dopad do sféry investice v souvislosti se způsobenou újmou, jakož i vůbec použitelností forem reparace, kdy zcela nejběžnější formou bude kompenzace způsobené újmy poskytnuté v penězích.

Z uvedeného zběžného exkurzu do základních institutů mezinárodní odpovědnosti je pro účely této práce zcela zásadní uchopení problematiky mezinárodní odpovědnosti z pohledu vymezení obsahu a modalit dovolených forem reparace újmy (škody), vzniklé v důsledku porušení příslušné BIT, kterážto je smluvním instrumentem MPV a tedy jedním z jeho pramenů, představuje bezpochyby zdroj závazků, jejichž porušení má charakter mezinárodně protiprávního jednání (s výhradou rozvedenou dále) zakládající odpovědnost deliktního státu, a z ní vyplývající povinnosti vůči subjektům dotčených takovým porušením. Zatímco však tato z pohledu investora hlavní ze sekundárních povinností deliktního státu zakládá obecný závazek újmu odčinit, způsob resp. forma reparace je pak zejména na poškozeném, kterémuž je dáno na výběr, která z forem reparace bude nejvíce odpovídat maximě „plné reparace způsobené újmy“ dle čl. 31 ILC ASR a tedy z pohledu definice investičního nároku představuje zcela zásadní obsahový prvek, jehož náležitě vyargumentovaná volba by měla být součástí petitu takového nároku.

V souvislosti s presumpcí vyplývající ze skutečnosti, že sekundární povinnosti plynoucí z odpovědnosti za porušení BIT svědčí investorovi,

²³⁶ Čl. 35 ILC ASR.

se však teprve na tomto místě dostáváme ke zcela klíčovému specifiku problematiky mezinárodní odpovědnosti v oblasti mezinárodní ochrany investic, které vyplývá z diagonální povahy BITs. Pokud bychom totiž zůstali v obecné rovině základních pravidel odpovědnosti za mezinárodně protiprávní jednání bez zohlednění specifík BITs a tomu odpovídajících ustanovení ILC ASR, jež pamatují na úpravu *lex specialis*, veškeré nároky z porušení Dohod, které jsou smluvními instrumenty MPV sjednanými a uzavřenými mezi dvěma smluvními státy jako jejich smluvními stranami, pak bychom museli nutně dospět k závěru, že veškeré nároky plynoucí z porušení závazků zakotvených v Dohodách, svědčí čistě domovskému státu investora, který je faktickým adresátem závazků druhé smluvní strany Dohody, a to i přes to, že jednání či opomenutí představující porušení takového závazku zacházení s investicí druhé strany mělo přímý dopad do sféry investora resp. jeho investice. Investor by však v takovéto situaci (za předpokladu absence mechanismů pro uplatnění nároku investora na nápravu protiprávního stavu vůči deliktnímu hostitelskému státu přímo v BIT) byl odkázán při své obraně vůči protiprávnímu zásahu do investice na ingerenci svého domovského státu, na jehož uvážení by spočíval osud investičního nároku investora, neboť by to mohl být opět jen domovský stát investora, který by byl oprávněn v souladu s pravidly mezinárodní odpovědnosti uplatňovat investiční nárok.

Byť tato otázka bude předmětem až další části této práce, je zcela zásadní, a to s ohledem na synergie získávaných souvislosti, čtenáře na tomto místě upozornit na skutečnost, že v předcházejících větách popsany paradox²³⁷ zcela odpovídá principům diplomatické ochrany a

²³⁷ Spočívající na skutečnosti, že důsledkem porušení v BIT stanovené povinnosti určitého standardu chování a zacházení hostitelského státu vůči investici investora domovského státu by důsledky porušení takového závazku svědčily výlučně domovskému státu investora, jakožto smluvní strany a adresáta závazku z BIT, byť újma vzniklá takovým porušením zasáhla primárně investora a nikoliv jeho domovský stát.

obyčejovým normám práva ochrany státních příslušníků v zahraničí, která spočívá na principu elevace nároku plynoucího z újmy způsobené jiným státem státnímu příslušníku státu poskytujícího diplomatickou ochranu tak, že domovský stát poškozeného jednotlivce fakticky vstoupí do práv poškozeného a tyto práva osioby soukromého práva povýší do sféry MPV tím, že porušení práv vůči svému příslušníku vezme za porušení práv vlastních tam, kde existuje korespondující povinnost v rovině MPV²³⁸. Rozdíl oproti stávajícímu systému ochrany investic ovšem spočívá v tom, že od okamžiku převzetí nároku jeho domovským státem nad ním ztrácí investor kontrolu a tuto vykonává výlučně suverénní entita.

Takto fungující systém odpovědnosti za porušení individualizovaných práv ve prospěch třetí strany by však byl v praxi fakticky nepoužitelný, neboť by investorovi neposkytoval fakticky žádnou ochranu mimo jurisdikci hostitelského státu, přičemž transpozice sporu mimo jurisdikci hostitelského státu by závisela na vůli domovského státu investora v jeho sporu podpořit.

Řešení uvedeného paradoxu však obsahuje čl 33 ILC ASR, který vytváří specifickou formu dvojkolejnosti nároků vlastní právě partikulárním systémům MPV - zejména mezinárodní ochraně investic a ochraně lidských práv. Tento článek totiž v odstavci 1 výslovně vymezuje okruh adresátů sekundárních povinností vyplývajících z mezinárodní odpovědnosti, kterými jsou státy a nebo mezinárodní komunita jako celek s tím, že je zde založen vztah čistě k právům plynoucím z odpovědnostních vztahů vyplývajících z kapitoly I. části druhé ILC ASR, která se týká obsahu odpovědnosti státu, tudíž je zřejmé, že

²³⁸ Jak bude pojednáno dále v kapitole zabývající se definicí „dispozice“ s investičním nárokem, mechanismus subrogace investičního nároku tradičně obsažený v drtivé většině BITs představuje faktické reziduum tohoto modelu ochrany spočívajícím na převzetí nároku suverénem, který vstupuje do práv investora a dále je uplatňuje vlastním jménem.

vymezený okruh adresátů je limitován z důvodů jejich povahy jakožto subjektů MPV, když tato část ILC Draftu výslovně takovému okruhu adresátů svěřuje práva korespondující s povinností delikventního státu splnit původní závazek (čl. 29 ILC ASR), odstranit protiprávní stav a poskytnout záruky za to, že se předmětná situace či jednání nebude opakovat (čl. 30 ILC ASR) a konečně poskytnout plnou reparaci újmy takto způsobené (čl. 31 ILC ASR). Tyto závazky představují integrální systémové pojistky MPV pramenící z podstaty tohoto systému, mají odraz v obyčejovém právu a slouží k zajištění fungování mezinárodní komunity suverénních států jako celku, protože pouze tyto subjekty disponují nástroji dle ILC ASR, jak splnění těchto povinností vynutit.²³⁹

Vedle toho pak odst. 2 čl. 33 ILC ASR *explicite* uvádí, že ustanovení části I. kapitoly druhé ILC ASR nevylučují či nikterak neovlivňují jakékoliv práva, která vzejdou z mezinárodní odpovědnosti a svědčí kterékoliv osobě či entitě odlišné od státu.

Pokud tedy postavíme tyto dva principy vedle sebe, zjistíme, že takto je zajištěna efektivita fungování systému odpovědnosti v jeho celistvosti. Pokud je zde tedy např. závazek deliktního státu poskytnout úplnou reparaci způsobené újmy založené odpovědností za nedodržení standardu rovného a spravedlivého zacházení (FET) s investicí investora z BIT, pak povinnost splnit závazek k poskytnutí reparace, jakož i povinnost dodržet primární závazek zacházet s investicí investora na svém území řádně a spravedlivě z BIT existuje vůči druhé smluvní straně BIT-státu, resp. mezinárodní komunitě (civilizovaných národů), přitom ale adresátem resp. konečným beneficentem sekundárního závazku, jemuž koreluje právo na úplnou reparaci způsobené újmy ve formě dle jeho volby, je právě investor a to dle

²³⁹ CRAWFORD, J., *The International Law Commissions Articles On State Responsibility, Introduction, Text And Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, str. 209.

ujednání obsažených v BIT, jež tomuto výslovně dané práva svěřuje v rozsahu a způsobem mezi smluvními stranami BIT sjednaným.

Zde je třeba současně poukázat i na to, že *International Law Commission*, která stojí za textací doposud posledního znění ILC ASR předvídala a respektovala při přípravě ILC Draftu skutečnost, že autonomie vůle Vysokých smluvních stran by měla být vždy určující i v oblasti odpovědnosti a současně zde nacházíme odraz uvědomění nevhodnosti univerzální a plošné použitelnosti ILC Draftu i pro partikulární odvětví MPV, a proto tyto koncipovala jako univerzální *lex generalis* pro regulaci problematiky mezinárodní odpovědnosti s tím, že se tyto pravidla nepoužijí tehdy a v takovém rozsahu, v jakém bude otázka existence mezinárodně protiprávního jednání a nebo obsahu či založení mezinárodní odpovědnosti státu upravená zvláštním předpisem mezinárodního práva veřejného.²⁴⁰ S ohledem na skutečnost, že toto ustanovení je uvedeno ve všeobecných závěrečných ustanoveních, má dopad resp. umožňuje specifickou úpravu v rozsahu uvedených aspektů odpovědnosti z hlediska celého rámce pravidel odpovědnosti vymezených v ILC Draftu. Jak ale uvádí komentář k ILC ASR²⁴¹, z hlediska aplikace pravidla *lex specialis derogat legi generali*, je nezbytně třeba, aby takováto zvláštní úprava pouze nedoplňovala obecnou normu, ale aby svou specifičnost definovala prostřednictvím nahrazením konstrukce normy obecné způsobem, který jednoznačně vyloučí obecnou úpravu, tj. bude s obecnou úpravou v přímém rozporu.²⁴²

²⁴⁰ Viz čl. 55 ILC ASR.

²⁴¹ CRAWFORD, J., THE INTERNATIONAL LAW COMMISSIONS ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, str. 307.

²⁴² *Ibid.*, pozn. č. 866-867.

Je zde tedy výslovně ve prospěch Vysokých smluvních stran dána možnost specificky si v jednotlivých smluvních instrumentech upravit, zda porušení toho kterého ustanovení bude považováno za mezinárodně protiprávní jednání a jaké konsekvence, a zda vůbec, porušení stanoveného závazku vyvolá z hlediska odpovědnosti a případně reparaace takto způsobené újmy ILC Drafem předvídané následky, respektive, *kdo bude případně adresátem závazků vyplývajících z odpovědnosti za porušení primárního závazku, když takovou osobou může být na základě konsensu smluvních stran fakticky kdokoliv.*

Ustanovení majících derogativní povahu k těmto obecným pravidlům lze nalézt i v BITs, jejichž smluvní stranou je Česká republika. Příkladem může být BIT uzavřená mezi ČR a Kanadou²⁴³, která v čl. III./1 písm. a) obecně definuje rozsah investic a výnosů z nich rozsahem ochrany nikoliv nižší než garantuje standard minimální ochrany dle obyčejového práva pro ochranu cizinců, a to včetně pravidel FET a plné ochrany a bezpečnosti, přičemž pod písm. c) téhož odstavce výslovně stanoví, že „určení, že jiné ustanovení této dohody nebo jiné mezinárodní dohody bylo porušeno, neznamena, že došlo k porušení tohoto odstavce“, přičemž v konjunkci s uvedeným je pak dále rozsah ochrany limitován v ust. Čl. IV, nadepsaným jako výjimky, který dále v odst. 1 limituje ochranu investic vymezenou v čl. III/2 a 3, prostřednictvím které je stanoven režim zacházení dle MFN a současně odst. 3 pak definuje skrze režim MFN zacházení s investory specificky s ohledem na řízení, užívání, využívání nebo nakládání s jejich investicemi nebo výnosy. Z uvedeného lze uzavřít, že byť je konstrukce zde obsažená poněkud krkolomná, že cílem zde sledovaným je smluvně vyloučit mezinárodní odpovědnost vyplývající z porušení jakéhokoliv závazku Kanady dle této BIT za porušení jakéhokoliv standardu zacházení s investicí či investorem dle čl. III, který by prostřednictvím

²⁴³ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dohody mezi Českou republikou a Kanadou o o podpoře a ochraně investic, publikováno ve Sbírce mezinárodních smluv č. 8/2012Sb.m.s., jehož přílohu tvoří příslušná Dohoda.

aplikace MFN zakotvené v odst. 2 a 3 poskytoval jakýkoliv vyšší standard ochrany, než je ten minimální pro zacházení s cizinci dle obyčejového práva, jak uvedeno v odst. 1 této BIT. Byť se zde tedy Kanada zavazuje k aplikaci MFN co do rozsahu standardu ochrany, porušení tohoto závazku, pokud současně nebude porušením závazku dle čl. III/1, nelze považovat za mezinárodně protiprávní jednání a nezakládá tak odpovědnost Kanady z porušení takovýchto závazků vyvěrajících z MFN nad úroveň minimálního standardu.

Výše zakotvený rozsah dispozitivnosti pravidel mezinárodní odpovědnosti tak poukazuje na skutečnost, že se z hlediska obyčejového práva nejedná o normy „tvrdého“ práva, což současně poskytuje i výkladové vodítko ohledně jejich subsidiární povahy, kdy přednost musí vždy dostat výslovné ustanovení partikulárního práva mající povahu *lex specialis* vylučující dostatečně určitě užití obecných norem.

6.3. Specifika aplikace pravidel mezinárodní odpovědnosti v oblasti práva ochrany investic

Prvním z okruhu těchto otázek, které mají význam z hlediska další nosné části této práce je zjištění, *komu* na základě uvedených pravidel fakticky nárok vyplývající z porušení BIT svědčí - zda přímo investorovi anebo jeho domovskému státu, neboť závazek založený BIT plyne z mezinárodního smluvního práva a proto jeho nedodržení zakládá mezinárodněprávní odpovědnost a z ní plynoucí odpovědnostní sekundární práva a povinnosti, a to vůči druhé smluvní straně, přičemž investor by pak byl čistě jen beneficentem těchto sekundárních závazků, v jehož prospěch by svědčilo právo na reparaci, jakož i dalších. Odpověď na tuto otázku je však třeba hledat v ustanovení samotných BITs, z nichž je patrné, které primární závazky jsou v BIT určeny přímo investorovi resp. ve vztahu s investicí investorovi, vůči nimž pak vzniká přímý nárok investora domáhat se odstranění škodlivých následků porušení daného závazku přímo vůči hostitelskému státu. Pro ilustraci uveďme např. čl. 3 odst 2. CZ-CH BIT, týkající se

podpory a povolení investic²⁴⁴ nebo její ust. čl. 5 (volné převody)²⁴⁵, jejichž gramatické znění nezanechává pražádné pochybnosti o tom, že přímým adresátem těchto závazků jsou přímo investice investora (odvozeně pak investor). Jak vyplývá z uvedeného exkurzu do problematiky odpovědnosti z hlediska struktury investičního nároku, rozhodujícím není až tak adresát *primární* normy, ale právě normy *sekundární*, vyplývající z mezinárodní odpovědnosti, neboť identifikací jejího adresáta v systému ochrany investic nám pomůže vymezit rámeček investice.

Primární norma v oblasti BITs je adresně vztažena k investicím investora. Z většiny uvozujících ustanovení jednotlivých článků BITs je zcela zřejmé, že závazky obsažené v BITs mají na smluvní úrovni synallagmatický charakter, když jsou povětšinou uvozena slovy „každá smluvní strana“ což potvrzuje vyslovenou premisu, že tyto závazky si adresují vzájemně vysoké smluvní strany vůči sobě navzájem, přičemž se takto utvrzují, že subjekt pocházející z území druhé smluvní strany splňující kvalifikační kritéria BIT bude společně se svou investicí na jejich území požívat přislíbeného režimu ochrany.

Rozhodující je však zodpovězení otázky, *v čí prospěch* (pohledem diagonálním) svědčí práva vyplývající z porušení primárního závazku hostitelského státu (za předpokladu že porušení primárního závazku založí odpovědnostní vztah za mezinárodně protiprávní jednání, tj. komu a v jakém rozsahu svědčí tato *sekundární* práva? Vzato z jiného úhlu pohledu - korelují spolu primární a sekundární závazky, když primární závazky jsou vymezeny přímo v textu BIT, ovšem sekundární závazky závisejí na úspěšném uplatnění odpovědnosti hostitelského státu. Mám za to, že odpověď lze najít opět v textaci příslušné BIT,

²⁴⁴ Jestliže smluvní strana povolila investici na svém území, *zaručuje této investici potřebná povolení* (...).

²⁴⁵ Čl. 5/1“ Každá smluvní strana, na jejímž území byly zřízeny investice investorů druhé smluvní strany, *zaručí těmto investorům volný převod* (...).

kteřá se dotýká řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem.²⁴⁶ Byť se těmito otázkami budeme zabývat podrobněji v následující kapitole, je třeba na tomto místě přinejmenším vyzdvihnout, že právě rozsah pravomoci založený „*offer to arbitrate*“ pro řešení diagonálních sporů z investic vymezuje fakticky hmotněprávní rámec nároku, neboť (jak bude rozvedeno dále) tato určuje okruh otázek, které jsou smluvní strany (státy) BIT připraveny s investory druhé smluvní strany řešit prostřednictvím mezinárodního rozhodčího řízení. Tento procesní „kanál“ pro uplatnění nároku v daných mezích pak představuje dle mého názoru maximu přímo adresovaných práv svědčících investorovi, kterých se tento může domáhat vůči hostitelskému státu. Rozsah oferty je však dále třeba interpretovat v souladu s ustanovením předmětné BIT resp. jejími úvodními definicemi, se kterými pracuje i oferta.

Takto stanovený rozsah katalogu uplatnitelných práv pak představuje *prima facie* potenciální meze nároku svědčícího ve prospěch a přímo uplatnitelného investorem.

6.3.1. Investiční nárok jako důsledek mezinárodní odpovědnosti - *cui bono*?

Předložený exkurz základního rozsahu regulace mezinárodní odpovědnosti však v systému ochrany investic vyvolává celou řadu otázek, tomuto systému inherentních (především s ohledem na zastávané výchozí doktríny povahy práv a povinností a jejich adresátů v souvisejících právních režimech a jejich nepřímý dopad do námi zkoumané sféry),²⁴⁷ který byl bez dalšího převzat v podobě, jak jej

²⁴⁶ Eventuálně další vodítko je třeba hledat tam, kde se v definičních ustanoveních BIT objevuje definice „sporu“.

²⁴⁷ Zde odkazuji především na otázky diplomatické ochrany a jejich východisek spočívajících na doktríně odvozených práv non-subjektů MPV a historicky nezbytnou fikci tvořící těžiště diplomatické ochrany, dle kterého je v případě uplatnění takové ochrany konstruovat tedy uvedenou fikci spočívající v elevaci

posledních téměř 80 let formovala judikatura mezinárodních soudních orgánů²⁴⁸. Přitom poslední století vývoje charakterizují MPV proliferací diagonálních systémů (ochrany investic a ochrany lidských práv), které relativizují základní nosné pilíře systému MPV jako „práva“ pro regulaci vztahů suverénních entit, které nerozeznává obecně právní subjektivitu jednotlivců; prismatem této tradiční doktríny jsou jednotlivci pouhými objekty MPV.²⁴⁹ Jako každý jiný systém, i MPV se vyvíjí a hlediska vnímání jednotlivých institutů a jejich souvislostí je nutně v čase proměnlivé.

S ohledem na předmět této práce je však třeba v souvislosti s odpovědnostními vztahy primárně zodpovědět dvě vzájemně provázané otázky, jež jsou predeterminující pro předmět této práce- a to:

zaprvé, v jaké roli ve smyslu MPV vystupuje v systému právních vztahů založených skrze BITs osoba investora, a dále;

zadruhé, v závislosti na postavení investora v systému BITs pak stanovení rozsahu dispozice investora s investičním nárokem v rovině sekundárních práv, jež jsou odvozeny z odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání.

následků zásahu do práv jednotlivce na úroveň státu, který dostupnými mírovými prostředky uplatňuje nárok jednotlivce, byť fakticky „převlečený“ za nárok suveréna vyplývající z požadavků dodržování mezinárodního práva jako celku.

²⁴⁸ Viz např. *Panervezys-Saldutiskis Railway Case* (Estonsko v Litva), 1939 PCIJ, Judgement of Feb.28, odst. 76 na str. 16.

²⁴⁹ JANIS, M.W., *Individuals as Subjects of International Law*, *Cornell International Law Journal*, vol. 17, č. 1/ Winter 1984, str. 61 a násl., dostupné elektronicky skrze
<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1133&context=cilj>
(naposledy navštíveno dne 16. 8. 2016).

6.4. Právní postavení osoby investora dle BIT jako predeterminanta pro určení povahy investičního nároku

Byť by se mohla odpověď na tuto otázku zdát čistě z empirického hlediska *prima facie* zcela zřejmá, neboť jsou to právě investoři, kdo uplatňují investiční nároky vůči hostitelským státům, podávají návrhy, berou je zpět, uzavírají smíry, narovnání, na druhý - teoretický pohled skrze tradiční optiku MPV již tak jednoznačný závěr učinit nelze, zvláště pokud se na problematiku ochrany investic podíváme z historického hlediska, dle kterého se jedná o specifickou odnož původně obyčejových norem na ochranu cizinců, pod kterou se řadí i diplomatická ochrana.

A jsou to právě vzájemně provázaná pravidla mezinárodní odpovědnosti a diplomatické ochrany²⁵⁰, které představují soubor pravidel, jehož účelem je dovolit kterémukoliv státu dle předem předvídaných pravidel fakticky „převzít“ nárok soukromoprávního subjektu (svého příslušníka) a prostřednictvím triády nároků svědčících obecně zájmu na ochraně integrity systému MPV vůči škůdci dle čl. 29 (povinnost plnit původní závazek), 30 (ukončit protiprávní jednání) a 31 (odstranit újmu) ILC ASR vyplývajících z mezinárodně protiprávního jednání, v důsledku čehož vznikla újma soukromoprávnímu subjektu.

²⁵⁰ Problematika diplomatické ochrany, obdobně jako v případě mezinárodní odpovědnosti, byla písemně zachycena ve formě návrhu článků (Draft Articles on Diplomatic Protection, dále jen „**ILC DDP**“) sestavených International Law Commission a představují písemný katalog států všeobecně uznávaných základních obyčejových pravidel upravujících diplomatickou ochranu, Report of the ILC 58th Session (A/61/10) Publikováno prostřednictvím *Yearbook of the International Law Commission* 2006, vol. II., Part Two, zde citován čl. 1/1 ILC DDP. Prozatím se jedná o návrh, který byl přpuštěn do druhého čtení a který je současně předmětem vládního připomínkového řízení od r. 2013, viz <http://www.un.org/en/ga/sixth/68/DipPro.shtml> (naposledy navštíveno dne 12. 11. 2016).

Stát může invokovat odpovědnost deliktního státu z mezinárodně-protiprávního jednání skrze vlastní originální nárok na odstranění protiprávního stavu vůči porušiteli, i když obsahem bude fakticky nárok na reparaci újmy odpovídající nároku poškozené soukromé osoby způsobené takovým protiprávním jednáním státu. Tento koncept je vlastní podstatě diplomatické ochrany a byl artikulován roku 1924 v případě *Mavrommatis*,²⁵¹ a následně zopakován *Panervezys-Saldutiskis Railway Case* roku 1939, které oba rozhodoval PCIJ a fakticky představují projudikovanou obyčejovou normu tvořící páteř diplomatické ochrany, jejíž koncepce vychází z premisy, že subjekty soukromého práva nemají právní subjektivitu v rovině MPV, pročež stát je oprávněn dovolávat se odpovědnosti za škodu jednotlivci způsobené v důsledku mezinárodně protiprávního jednání jiného státu skrze fikci, která újmu způsobenou jedinci činí újmou způsobenou přímo státu.

Tuto fikci si nutně aplikační praxe musela vytvořit proto, aby při absenci jakýchkoliv nástrojů vlastních dnešním partikulárním systémům, mohla v rámci mezinárodního práva poskytnout alespoň minimální ochranu právům jednotlivců, jako hlavní *ratio* v pozadí vývoje práva diplomatické ochrany.²⁵²

²⁵¹ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.) P.C.I.J. Reports*, 1924, Series A, No. 2, str. 12.

²⁵² Ostatně, podporu obdobných názorů lze nalézt i v rozhodovací praxi, jež z určitého hlediska sloužila jako akcelerátor vývoje systému ochrany investic: *Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, odst. 4 na str. 44., jak citováno v ILC DDP, str. 29:

“... within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the natural or legal person on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. All they can do is resort to municipal law, if means are available, with a view to furthering their cause or obtaining

Při zohlednění základních východisek rozvedených skrze pivotní judikaturu PCIJ proto není až tak překvapující, že si mnoho autorů vybírá jako startovní bod svých analýz povahy práv investorů dle BIT právě konkurenci systému ochrany investic, která činí investory přímými adresáty práv, jichž se tito mohou domáhat vůči stranám BIT přímo a diplomatické ochrany, která spočívá na elevaci soukromoprávního nároku do roviny MPV.²⁵³ I když systematicky se jeví mezi oběma systémy rozdíly, smysl a účel obou nástrojů ochrany investic je vcelku zřejmý. Bohužel rozhodovací praxe v několika dřívějších případech daný vztah speciality ignorovala, což vyvolalo velmi silnou vlnu kritiky. Mach tak v této souvislosti poukazuje právě na východiska teorií všeobecně uznávaných znalců mezinárodního práva, dle kterých ochrana investic je čistě specifickou extenzí systému diplomatické ochrany, což dovedl rozhodčí senát nepřímo v nechvalně známém rozhodnutí ve věci *Loewen*²⁵⁴, který bez bližšího rozvedení odkazem na judikát ve věci *ELSI*²⁵⁵ *inter alia* dovedl, že skrze smluvní

redress... The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case.“

²⁵³ Jeden příklad za vše viz MACH, Tomáš, On the Particular Nature of BIT-based Investment Protection Regimes and the Direct Rights of Claimants in Investment Protection Arbitration, in: *The Prague Yearbook Of Comparative Law*, Praha, 2009, str. 95 a násl.

²⁵⁴ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. the United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)98/3, Award, 25. June 2003.

²⁵⁵ *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, (*United States of America v Italy*), judgement of 20 July 1989 ICJ Rep 15 na str. 42, jak citováno v MACH, Tomáš, On the Particular Nature of BIT-based Investment Protection Regimes and the Direct Rights of Claimants in Investment Protection Arbitration, in: *The Prague Yearbook Of Comparative Law*, Praha, 2009, str. 100. V tomto případě ICJ dospěl k závěru, že v případě, že investiční dohoda (FCN) mlčí ohledně otázky vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků,

instrumenty se nelze vymanit z režimu diplomatické ochrany ovládané obyčejovými normami, a jelikož ICJ v *ELSI* (dle senátu ve věci *Loewen*) označil část pravidel diplomatické ochrany představovaných doktrínou vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků za obyčej. Následně tento senát aplikoval pravidla nacionality a požadavku na vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků i ve svém případě, byť se jednalo o spor dle NAFTA, která v čl. 1116 výslovně uvádí, že nároky investora z porušení dohody její smluvní stranou *investor* uplatňuje *svým jménem a ve svůj prospěch*. I přesto však senát *Loewen* v důsledku „injekce“ pravidel diplomatické ochrany do smluvního režimu založeného MIT (NAFTA) pak uzavřel, že pro nesplnění podmínek těchto obyčejových pravidel není dána pravomoc věc projednat.²⁵⁶

Doktrína vyplývající z této judikatury dala vzniknout ortodoxním pozitivistickým názorům, dle nichž smluvní ochrana investic není ničím jiným, než svébytným doplňkem diplomatické ochrany a proto investor dle BIT není a nemůže být *subjektem* mezinárodního práva veřejného, vystupuje a figuruje v systému ochrany investic fakticky na základě

respektive, pokud aplikaci takového obyčejového pravidla výslovně nevyloučila, je třeba na splnění této povinnosti trvat, což dovodil senát z „obyčejového práva“.

²⁵⁶ Důsledkem tohoto konstatování pak byla aplikace principu „*continuous nationality*“ ve smyslu diplomatické ochrany, i když se jednalo o typický případ dle MIT (NAFTA). Rozhodnutí tohoto tribunálu bylo opakovaně vystaveno extrémní míře kritiky nejen kvůli aplikaci (pramenů) práva a nedostatečnému odůvodnění, ale především kvůli tomu, že v důsledku těchto pochybení se tak žalobci nedostalo práva na spravedlivý proces, neboť z důvodů potřeby restrukturalizace poté, co jej vnitrostátní soudy USA odsoudily k povinnosti uhradit škodu ve výši cca půl miliardy USD (původně však žalováno 70 milionů USD; odborná veřejnost tento rozsudek vnitrostátních soudů označila přeneseně za „urážku práva“) byl nucen v ochraně před úpadkem podstoupit reorganizaci, v rámci které nárok převedl do nové společnosti inkorporované v Kanadě a právě pro invokaci (a nesprávné aplikaci) pravidla pokračující nacionality vyplývající z diplomatické ochrany ICSID tribunálem tento odmítl svou pravomoc z důvodů *rationae temporis*.

fikce „*Mavrommatis*“, přičemž ve vztazích vyplývajících z porušení standardů BIT vůči hostitelskému státu tak neuplatňuje nároky z porušení závazků dle BIT své, ale derivativně jedná v zastoupení svého domovského státu, kterému svědčí primárně závazek z porušení BIT druhým ze států, přičemž investor v tomto vztahu vystupuje čistě jako beneficiet plodů nároků jinak svědčících jeho domovskému státu, když dle čl. 33/2 ILC ASR beneficietem práv plynoucích z odpovědnostních vztahů může být jakákoliv třetí osoba (tj. non-subjekt MPV).

Tento konstrukt nás však s ohledem na strukturu mezinárodní odpovědnosti nutně vede k otázce, jakou povahu má vlastně systém ochrany investic ve vztahu k systému diplomatické ochrany?

Dle Macha judikatura po případě *Loewen*²⁵⁷ svým systematickým přístupem fakticky potvrdila status „práva ochrany investic“ jako svébytného partikulárního systému, který je nezávislý na obyčejovém právu diplomatické ochrany.

Samostatnost systému BITs nakonec potvrzuje i čl. 17 ILC DPP, který rozeznává příkladmo penzum práva založeného Dohodami za *lex specialis*, na které se ILC DDP nevztahuje v tom rozsahu, v jakém je s takovou *zvláštní* úpravou inkonzistentní. V navazujícím komentáři k tomuto článku pak prof. Dugard poznamenává, že „*mezinárodní smlouvy, obzvláště ty, které se zabývají ochranou zahraničních investic, obsahují zvláštní ustanovení o řešení sporů, které vylučují či se podstatně liší od pravidel stanovených pro diplomatickou ochranu. Takovéto dohody opouštějí anebo uvolňují podmínky související s výkonem diplomatické ochrany, především s ohledem na podmínky*

²⁵⁷ MACH, Tomáš, On the Particular Nature of BIT-based Investment Protection Regimes and the Direct Rights of Claimants in Investment Protection Arbitration, in: *The Prague Yearbook Of Comparative Law*, Praha, 2009, a judikatura citovaná na str. 105 a násl.

nacionality nároků a povinnosti vyčerpat domácí opravné prostředky.“²⁵⁸

Na základě těchto zjištění, která potvrzují zvláštní povahu investičního práva nezávislou na diplomatické ochraně, pak formulují dílčí závěr, že individualizované investiční nároky z BIT nenesou *prima facie* smluvním stranám-suverénům, ale investorům přímo, respektive přesněji, můžeme vyslovit premisu, jež *vyklučuje*, že nárok je povahy suverénní ve smyslu principu pravidla „*Mavrommatis*“, pokud jej investor uplatňuje vlastním jménem, nečiní tak ve prospěch státu na základě zmocnění, pověření či jen jako beneficiar požitků vzniklých z odpovědnosti za porušení primární normy, adresované domovskému státu-Vysoké smluvní straně Dohody. K potvrzení této premisy je však nezbytné stanovit, zda rozsah autonomie investora získaná uvnitř systému ochrany investic je natolik extenzivní, že ospravedlňuje závěr o tom, investor je nadán právní subjektivitou v rozsahu příslušné BIT.

6.5. Samostatnost systému ochrany investic a specifická povaha z něj vyvěrajících práv jako východiska pro stanovení subjektivity investora

Pro potvrzení hypotézy o vyloučení suverénní povahy nároku je tedy nyní třeba, a to z hlediska investora, vymezit jeho roli a postavení (subjektivitu) jakožto (přímého) adresáta předmětných práv z BIT.

Profesor Dougald²⁵⁹ ve svém komentáři k ILC DDP²⁶⁰ potvrzuje proliferaci systému ochrany práv osob soukromého práva, jako přímých adresátů norem MPV. V této souvislosti uvádí, že „ *BITs svěřují práva*

²⁵⁸ Komentář k čl. 174 ILC DPP, odst. 1, str.89.

²⁵⁹ Special Rapporteur ILC pro diplomatickou ochranu.

²⁶⁰ ILC DDP, odst. 5 na str. 25-26.

a poskytují ochranu jak fyzickým, tak právnickým osobám ve vztahu k ochraně jejich majetkových práv.“²⁶¹

Je tedy se třeba zaměřit na znění samotných BITs a analyzovat jednotlivá ustanovení co do jejich adresátů. Za tímto účelem se tedy znovu vraťme k CZ-CH BIT. Tato fakticky adresuje investory zajímavě dvěma způsoby: a to nepřímo, prostřednictvím investice²⁶² a potom přímo jako svébytného nositele práv²⁶³. Je otázkou, zda nepřímá definice má svůj specifický účel- tj. zda katalog práv a závazků vůči investici je účelově konstruován primárně ve vztahu k majetkovým právům představujícím investici, anebo zda se jedná o čistě jazykové vyjádření podstaty „dvojjednosti“ investice a investora jakožto adresátů práv z BIT.

Jsem spíše nakloněn závěru, že se jedná o druhou variantu, neboť při bližším prozkoumání práv adresovaných přímo investorovi se jedná o práva resp. závazky, které, byť souvisejí s investicí, (i když nepřímo, kde u volných převodů je adresátem přímo investor, i přes to, že se jedná o převody v souvislosti s investicí). Dále čl. 4 - ochrana a zacházení je poněkud specifický, neboť zatímco zde obsažené standardy jsou adresovány „investici investora“, odst. 3 limitující rozsah MFN co do okruhu výhod (dohody o zamezení dvojího zdanění, celní a obchodní unie) poskytovaných investorům třetího státu, z čehož by se dalo usuzovat, že adresátem takových výhod, který z nich je vyloučen, je právě opět investor. Dále pak logicky tzv. „*War clause*“, která nemůže

²⁶¹ Tamtéž.

²⁶² Nepřímo je investor adresován prostřednictvím investice, tj. jakožto vlastník investice v následujících člancích: preambule; čl. 2) okruh působnosti; čl. 3) podpora, povolení; čl. 4) ochrana, zacházení; čl. 6/1 zbavení vlastnictví, náhrada; čl. 11) Dodržování závazků.

²⁶³ Přímo je za adresáta ustanovení BIT uveden investor v následujících ustanoveních: čl. 4/3 vyloučení MFN pro specifické oblasti; čl. 5) volné převody, čl. 6/2 War clause; čl. 7) výhodnější předpisy; čl.9) řešení sporů.

adresovat investici investora, neboť v důsledku jejího zániku tomu vzniká předmětné právo z titulu zmaření (majetkové podstaty) investice. Článek 7 pak upravuje aplikační přednost výhodnějších předpisů Vysokých smluvních stran ve vztahu k zacházení s investorem, i přes to, že čl. 6 týkající se ochrany a zacházení tyto práva adresuje vůči investici investora. Konečně čl. 9 řešící spory, jasně svědčí investorovi, který případný nárok bude uplatňovat.

Předmětné jazykové rozlišení adresáta (objekt pod kontrolou subjektu x subjekt) ale v souladu s autenticitou projevené vůle vysokých smluvních stran zachycené v písemné podobě opětovně z gramatického hlediska nutí k zamyšlení, zda toto rozlišení není úmyslné a pokud ano, jaké důsledky to má na rozlišení obou druhů nároků. Rozlišení mezi právy adresovanými investicím investora a právy investora by totiž mohlo i naznačovat, že záměrem tohoto rozlišení bylo limitovat katalog daných práv co do standardů ochrany čistě v rovině majetkové (ve smyslu definic) zatímco práva svědčící čistě ve prospěch investora, bez vazby na investici, by byly vyloučeny z rozsahu ochrany (viz čl. 2 okruh působnosti: „*tato Dohoda (...) se vztahuje na investice zřízené (...) investory druhé strany*). Čistě teoreticky pak toto rozlišení může mít význam z hlediska přípustnosti resp. limitace rozhodčí oferty, která se dle čl. 9 vztahuje na spory týkající se investic s tím, že pokud by nebyla dána u primárního závazku adresovaného investorovi příčinná souvislost s investicí z hlediska vzniku sekundárního nároku plynoucího ze závazku primárního, nemusel by být takový spor přípustný (absence pravomoci) dle čl. 9 CZ-CH BIT.

Definiční „dvojjedinnost“ z hlediska adresáta primárních závazků tak může mít v teoretické rovině i procesní konotace, jejíž hranice však bude muset otestovat až aplikační praxe. Lze však uzavřít, že i pokud by zde byl úmysl adresovat daná práva čistě *majetku (investici)* a nikoliv investorovi, pak takovýto záměr není z textace BIT jednoznačně zřejmý a neobstojí s ohledem na skutečnost, že majetek (investice) a dispozice sní je faktickým projevem vůle a práv investora, kterému tyto svědčí.

Pokud je tedy poskytována ochrana majetku, je fakticky poskytována i ochrana vlastníkoví tohoto majetku, který je tedy nepřímým adresátem takových závazků a jen on může být (na rozdíl od souboru majetku představujícího investici) nositelem práv plynoucích z porušení těchto závazků a takovéto procesně uplatňovat. Definice prostřednictvím investice investora tak pouze představuje funkční vazbu majetku a osoby, kterým je dle kontextu poskytována ochrana, jen pokud je tento funkční celek pro účely ochrany investic dle podmínek příslušné BIT zachován.

V souvislosti s analýzou primárních práv z této BIT je však třeba poukázat ještě na jeden zásadní aspekt, který však vyplývá z výkladového protokolu k čl. 1 CZ-CH BIT.²⁶⁴ Tento protokol totiž ve vztahu k investorům dle čl. písm c) CZ-CH BIT (ovládané osoby) obsahuje kontrolní mechanismus důkazem o kontrole investice, který může být podmínkou pro uznání investice na území hostitelského státu a dále zákaz vznést nárok (povinnost zdržet se) uplatňování paralelních nároků z vyvlastnění tehdy, pokud podle jiné BIT již byla výplata učiněna. Tento aspekt je velice významný, neboť na tomto místě dochází k uložení povinnosti přímo investorovi skrze BIT, byť mu výslovně jinak svědčí pouze práva z poskytovaných záruk a garancí, tudíž z investora se tímto okamžikem stává v rámci dané BIT též nositel povinností vůči hostitelskému státu. Respektive, tento závěr není zcela přesný, neboť byť tak BITs nečiní výslovně, ukládají celou plejádu povinností, jejichž nedodržení může mít dopad na procesní uplatnění nároku z odpovědnosti hostitelského státu, jen namátkou jmenujme povinnost realizovat investici v souladu s vnitrostátním právem hostitelského státu, povinnost jednat v dobré víře (zákaz zneužití práva), jakož i další implikované povinnosti, které mohou efektivně

²⁶⁴ Protokol k Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic k článku 1, ze dne 5. října 1990.

znemožnit uplatnění nároků skrze mechanismus pro řešení sporů z investic.²⁶⁵

Přitom z žádného ustanovení znění předmětné BIT nelze vyčíst jak procesní, tak hmotněprávní limitace (krom specifik diskutovaných výše), které by naznačovaly či svědčily tomu, že takto adresovaná práva jsou garantována přeneseně.

Uvedený rozbor obsahu práv BIT svědčících (investici) investorovi tak prakticky ověřuje závěr prof. Dougarda o tom, že BITs *svěřují a poskytují ochranu* právům soukromoprávních subjektů majetkové povahy, a proto je třeba se vrátit k *prima facie* závěru, že investorovi svědčí práva z BIT přímo.

Jaký má tento závěr ovšem konotace z hlediska mezinárodního práva resp. systému ochrany investic? Subjektivně jsem přesvědčen o tom, že rozsah svěřených práv, stanovení povinností a přístupnost procesních prostředků pro přímé uplatnění nároků vůči suverénovi není důkazem o ničem menším než o tom, že „investor“ je *subjektem MPV sui generis*.

Byť zodpovězení této otázky plyne ze samotné fakticity této skutečnosti, i tento argument kruhem je podpořením tohoto závěru, neboť zcela odpovídá závěrům, ke kterým dospěl na základě shodné cyklické argumentace ICJ ve věci *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*²⁶⁶, když dospěl k závěru, že:

²⁶⁵ V podrobnostech viz Černý, *Postupitelnost nároku*.

²⁶⁶ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Rep, 1949, str. 179. Toto stanovisko vyplynulo v souvislosti se vznikem státu Izrael. V důsledku nepokojů na středním východě byla OSN nucena jmenovat mediátora, švédského knížete Folke Bernadotta k posouzení věci. Kníže Bernadotte a několik jeho společníků bylo zavražděno v Jeruzalémě v září roku 1948 údajně skupinou soukromých teroristů. Po tomto incidentu Valné shromáždění

„subjekt mezinárodního práva (je) způsobilý disponovat právy dle mezinárodního práva, jakož i povinnostmi a (...) a je způsobilý svá práva uplatňovat prostřednictvím nároků dle mezinárodního práva.“

ICJ při formulaci daných podmínek tak reflektoval realitu v duchu premisy, že subjektem je ten, kdo naplňuje znaky pro subjekt. Promítnuto do námi zkoumané problematiky, byl předložen katalog práv, které svědčí investorovi, byť specificky přeneseně prostřednictvím investice, což však s ohledem na účinek na svěřená práva nemá dle mého názoru vliv. Tato skutečnost pouze vytváří kvalifikační rámec, jehož naplněním nabývá investor předmětné subjektivity *per se*. Investor je též nadán procesními prostředky pro uplatňování předmětných nároků samostatně a nezávisle na smluvních stranách dohody a může těmito plně disponovat bez omezení uvnitř vymezeného rámce ohraničeného skrze „*offer to arbitrate*“. Tato jeho pozice je navíc posílena v rámci Úmluvy ICSID skrze čl.27 tím, že po notifikaci sporu je vyloučen jeho domovský stát ze zasahování do řízení a řešit investorův spor jinými způsoby, vč. diplomatické ochrany. Legitimita závěru ohledně právní subjektivity investora dle BIT je pak posílena ještě jedním prvkem nad rámec uvedené právní věty - a to, že prostřednictvím procesních prostředků se investor podílí na sekundární normotvorbě ovlivňující danou oblast práva.

Uvedený závěr tak překonává klasickou doktrínu, že osoby soukromého práva jsou čistě adresáty norem resp. technicky vzato objekty tohoto práva regulujícího vztahy mezi suverénními entitami. Jsou to však právě tyto suverénní entity, které ze své svrchované moci na základě vzájemného konsensu uzavřely Dohodu, ve které stanovily podmínky, v důsledku jejichž splnění dotčená soukromoprávní entita bude

OSN požádalo ICJ o stanovisko k otázce, zda mezinárodní organizace (OSN) může požadovat reparační za tyto ztráty po odpovědném státu.

smluvními státy uznána co do svěřených práv a jim odpovídajícím povinností, přičemž porušení těchto závazků umožňuje investorovi nezávisle na stranách takovéto nároky z mezinárodně protiprávního jednání přímo vůči zavázanému státu, vlastním jménem a ve svůj prospěch a eventuálně nároky z nálezů vymáhat u vnitrostátních soudů. Subjektivita investora na poli mezinárodního práva je však materiálně limitována mezemi BIT, resp. souvisejících mezinárodních smluvních instrumentů (Úmluva ICSID) a časově trváním investice, resp. kvalifikačními podmínkami investora dle ustanovení BIT, ovšem BITs obsahují širokou škálu instrumentů (MFN, Umbrella Clause), které meze subjektivity investora povážlivě rozšiřují nad rámec BIT samotné.

Uznáním subjektivity investora v MPV, byť partikulárně pro specifikovaný okruh problematiky, tak dle některých autorů dochází k posunu paradigmatu této oblasti práva směrem k „privatizaci“ systému ochrany investic, kde takto smluvně obdaření investoři mohou ignorovat pravomoc soudů hostitelského státu a současně nejsou závislé na vůli svého domovského státu co do uplatnění svých nároků.²⁶⁷

Potvrzením povahy práv adresovaných investorovi v BIT skrze zjištění, že investor je *de facto* subjektem mezinárodního práva, který z tohoto hlediska je nezávislým na vůli stran co do dispozice s investičním nárokem však otevírá další velice široké pole otázek na rozličných úrovních MPV, které je třeba alespoň rámcově vymezit s ohledem na zkoumanou povahu investičního nároku.

Zaprvé, uznáním investora jako subjektu *sui generis* vyvolává otázku ohledně limitů této subjektivity z hlediska jeho faktické role v daném diagonálním systému BIT, respektive podmiňuje motivaci zvážit přehodnocení této diagonality obecně. Byť analogicky, tudíž teoreticky,

²⁶⁷ ALVAREZ, E.J., Are Corporations „Subjects“ of International Law?, 9 *Santa Clara Journal Of International Law* 1 (2011), str.12, dostupné online: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_069097.pdf (naposledy navštíveno dne 16.8.2016).

je třeba vzít v úvahu ustanovení VCLT²⁶⁸, jejíž čtvrtá část upravuje právní vztahy ze smluv a třetích stran. Je samozřejmě zcela zřejmé, že svěřením práv investorovi smluvní strany v rámci psaného textu BIT tohoto neuznaly jako jednu ze smluvních stran, ovšem vnořením práv skrze BIT tvořících rámec jeho subjektivity vytvořily situaci, kterou je třeba v zájmu celého systému regulovat způsobem, který co nejvíce odpovídá současným pramenům MPV, které dávají této nové situaci alespoň teoretické obrysy předvidatelnosti.

Obecné pravidlo čl. 34 VCLT stanoví, že smlouva nezakládá právo nebo povinnost třetí straně bez jejího souhlasu. Toto pravidlo je bez dalšího (byť se vztahuje na státy jako třetí strany) použitelné, když souhlas je třeba implikovat toliko s úkonem umístění investice, který splývá s okamžikem naplnění kvalifikačních znaků předpokládaných BIT pro poskytnutí ochrany. Následující čl. 35 a 36 upravují okamžiky vzniku práv a povinností ze smluv, kdy pro vznik povinnosti se požaduje písemný souhlas, zatímco u vzniku práva se tento presumuje do doby, než je projeven nesouhlas. Rozhodčí praxe potvrzuje, že investor se může vzdát svých práv, pokud tak učiní jasně a zřetelně.²⁶⁹ A to nezávisle na vůli jeho domovského státu, což by, pokud by se jednalo o nárok státu svěřený investorovi, nebylo možné resp. nemohlo být účinné.

Dále, a mnohem zajímavěji, čl. 37 VCLT upravuje změnu závazků ze smlouvy s třetí stranou. Zatímco závazky přijaté v souladu s písemnou formou mohou být odvolány či změněny opětovně na základě souhlasu třetí strany v písemné formě, právo, které bylo svěřeno třetí straně v souladu s pravidly VCLT pro jejich udělení (viz výše) nelze odvolat či změnit dohodou stran, pokud je zřejmé, že takovéto právo bylo

²⁶⁸ Čl. 34-37 VCLT.

²⁶⁹ *Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia*, (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Jurisdiction, October 21, 2005, para. 118.

sjednáno jako neměnné bez souhlasu třetí strany či pokud bylo zamýšleno jako neodvolatelné. Aplikace tohoto pravidla na trojstranný vztah, kde další stranou je právě investor. Tato situace má silně praktické konotace s ohledem na probíhající „přesmlouvňování“ celého pomezí Intra-EU BITs, během kterého se objevují případy, kdy smluvní strany ukončí BIT dohodou, přičemž v rámci této dohody taktéž určí, že tzv. „sunset clause“ se nepoužije a platnost a účinnost Dohody skončí ke sjednanému datu. Otázka účinnosti takového ujednání vůči investorovi je pak více než nasnadě.²⁷⁰

Zadruhé, ve stejném duchu jako v prvním případě, ovšem z jiné oblasti práva obecného MPV - mezinárodní odpovědnosti. Pravidla mezinárodní odpovědnosti za mezinárodně protiprávní jednání umožňují státu dotčenému mezinárodně protiprávním jednáním přijmout protiopatření vůči státu, který je za takovéto jednání odpovědný za účelem vynucení takových povinností (k ukončení jednání, reparační). Profesor Crawford ve svém komentáři k ILC ASR²⁷¹ konstatuje, že účelem protiopatření je pouze vynucení splnění povinností, které mají povahu mezinárodně protiprávního jednání. Jedním z předpokladů zákonnosti protiopatření je i to, že budou směřovat výlučně vůči škůdci, v nezbytném rozsahu a současně, výkon protiopatření vychází z presumpce existence odpovědnosti státu, vůči němuž protiopatření směřují, ovšem na základě subjektivní evaluace protiprávnosti jednání, jež vyvolalo potřebu protiopatření. Stát, který protiopatření činí, tak činí na vlastní odpovědnost, že pokud by jeho presumpce protiprávnosti původního jednání byla nesprávná, sám ponese odpovědnost za takové jednání vůči poškozeným. V modelovém případě žalovaný hostitelský

²⁷⁰ ROBERTS, Anthea. Triangular Treaties: The Extent and Limits of investment Treaty Rights, Harvard International Law Journal, Vol, 56, No. 2, Summer 2015, str. 353 a násl., dostupný online z <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/562Roberts.pdf> (naposledy navštíveno dne 11. 12. 16).

²⁷¹ Komentář ILC ASR, čl. 49, odst.5, str. 285.

stát prostřednictvím protiopatření namířených vůči domovskému státu investora způsobil újmu investorovi, který vůči hostitelskému státu uplatnil nárok na náhradu škody z takového jednání. Hostitelský stát naopak uplatnil námitku, že protiopatření směřovalo nikoliv vůči investorovi, ale vůči jeho domovskému státu a jako takové představuje okolnost vylučující protiprávnost. Věc řešily tři senáty, a těžiště odpovědi na otázku, zda lze v investičním rozhodčím řízení vznést námitku zániku odpovědnosti za mezinárodně protiprávní jednání tam, kdy v důsledku takových opatření bude poškozen investor, i když adresátem protiopatření je jeho domovský stát, se soustředily na analýzu povahy práv investora (originální v. odvozené) jako východiska pro rozhodnutí ve věci. Zatímco první z nich²⁷² shledal, že investorovi neschází přímá práva dle NAFTA, neboť dospěl k závěru, že investorům jsou svěřena práva, která ve své podstatě ale zůstávají právy dotčených států,²⁷³ a proto námitce nepřípustnosti pro existenci okolnosti vylučujících protiprávnost akceptoval, když investorům neschází přímá práva z kapitoly 11 NAFTA. Naopak v druhém případě²⁷⁴ senát přijal zcela opačný závěr, když dospěl k závěru, že záměrem kapitoly 11 NAFTA bylo svěřit předmětná práva přímo investorům a námitku protiopatření zamítl, s tím, že účelem kapitoly 11 NAFTA je vyčlenění těchto sporů z vnitrostátní úrovně a zajistit, že investoři budou moci svá práva uplatňovat přímo vůči hostitelským státům a proto v souvislostech tohoto nároku konstatoval, že argument obranou vůči tvrzenému protiprávnímu jednání nikoliv navrhovatele, ale jeho

²⁷² *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, (ICSID Case No. ARB(AF)/04/05), Award, November 21, 2007, para. 169.

²⁷³ *Ibid*, odst. 168, 169-180.

²⁷⁴ *Corn Products International, Inc. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/01), Decision on responsibility, January 15, 2008, odst. 169.

domovského státu, který není stranou sporu, nemůže obstát.²⁷⁵ Třetí rozhodnutí pak následuje *ratio* druhého řízení, když procesní obranu protiopatřením odmítl.²⁷⁶

Zatřetí, uznání právní subjektivity (personality) investora vyvolává širokou plejádu otázek (nejen) z hlediska *ratione temporis*. Mám za to, že důsledky, které ICJ v *Reparation for Injuries* spojuje s uznáním subjektivity v rozsahu svěřených práv, pak dle příslušné BIT, obdobně jako v případě „*offer to arbitrate*“, tu stojí „*personality offer*“, neboť každá ze smluvních stran BIT jsou vázány rekognicí investora toliko k okamžiku, kdy se příslušný subjekt kvalifikuje na území hostitelského státu v rozsahu definice dle příslušné BIT, neboť od takového okamžiku se stává adresátem předmětných práv, jakož i povinností. Současně z časového hlediska je třeba si položit otázku, zda ztráta kvalifikačních předpokladů dle definice pro investora v BIT během trvání vztahu (realizace investice) má vliv *ex tunc* či *ex nunc*, a to zcela mimo otázky pravomoci a přípustnosti z hlediska řešení sporů z investic, byť tato otázka může hrát roli v závislosti na platformě pro řešení sporů z investic kdykoliv po zahájení řízení resp. v jeho průběhu. Jaký by měla na průběh řízení o sporu z investice např. vliv skutečnost, že dodatečně vyšlo najevo nesplnění kvalifikačních podmínek investorem, avšak až po zahájení sporu a současně poté, co by došlo v důsledku subrogace nároku z investora na stát (kterému by však paralelně svědčil jeho vlastní nárok z porušení mezinárodního práva, který by však nebyl v daný okamžik předmětem řízení).

Další velice podnětnou otázkou ve světle definice subjektivity a jejich jednotlivých prvků je jistě to, zda je třeba tyto znaky resp. kvality naplňovat současně tj. v případě, že by kterýkoliv z těchto prvků

²⁷⁵ *Ibid.*, 161, dále pak 176,192.

²⁷⁶ *Cargill, Incorporated v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2), Award, September 18, 2009, odst. 422, 429.

definice subjektivity investorovi nesvědčil, nebude na něj pro účely BIT pohlíženo jako na svébytný subjekt, ale opět jen jako na objekt, který může být toliko adresátem benefitů plynoucích ze sekundárních práv dle BIT. Další bezprostřední otázkou pak musí být, zda způsobilost uplatňovat své nároky (z BIT) je tak následkem přímo svěřených práv skrze BIT, a nebo jedním z předvídaných elementů nezbytných pro uznání takové subjektivity, neboť jak je uvedeno výše v této kapitole, jsou státy, které v rámci své modelové BIT zcela vypustily mechanismus pro řešení sporů.

Z uvedených zjištění pak je třeba upravit naši hypotézu ohledně povahy nároků svědcích investorovi v tom smyslu, že byť jsou mu práva (nároky) z BIT svěřena přímo, rozsah těchto nároků a jejich nezávislost co do dispozice s nimi na vůli smluvních stran BIT odůvodňuje závěr o tom, že investor je pro účely předmětné BIT považován za subjekt mezinárodního práva *sui generis* a investiční nárok ve smyslu námi vymezené dispozice je *zcela v jeho dispozici, se všemi důsledky z toho plynoucími*.

6.6. Závěrem k mezinárodní odpovědnosti v systému ochrany investic

V této kapitole bylo prokázáno, že úroveň sekularizace systému ochrany investic skrze systém BITs představuje relativně uzavřený individualizovaný hmotněprávní katalog práv a povinností svědcích přímo kvalifikovaným investorům vedle mechanismů pro řešení sporů z investic vč. mechanismů invokace odpovědnosti deliktního státu, a to nezávisle na ingerenci domovských států investorů prostřednictvím nástrojů diplomatické ochrany, což rámcově potvrzuje obecný závěr, že právo ochrany investic představuje ve své celistvosti autonomní *lex specialis* v souladu s čl. 55 ILC ASR²⁷⁷, které deroguje jinak použitelná

²⁷⁷ Part four, General provisions: Article 55: Lex specialis.

obecná pravidla pro uplatnění investičních nároků z mezinárodně protiprávního jednání států a vyvolání důsledků odpovědnosti představovaných vznikem sekundárních práv a povinností z mezinárodně protiprávního jednání, *jinak příslušející výlučně státům* dle části III ILC ASR (čl. 44 ILC ASR).

Meze této speciality systému „ochrany investic“ vůči obecným pravidlům (a systému diplomatické ochrany) však prozkoumáme v navazující kapitole. Za zcela klíčové je pak třeba považovat zjištění, že investor je v partikulárním režimu systému ochrany investic vymezeném příslušnou Dohodou subjektem MPV *sui generis*, a to v rozsahu práv a povinností mu svěřených Vysokými smluvními stranami Dohod toliko proto, že Vysoké smluvní strany investorovi (buď nepřímo skrze investici) ve sféře MPV vyhrazují přímo vymahatelná práva skrze závazek určitého standardu zacházení obsažený v BIT. Investorovi pak v případě porušení těchto primárních závazků současně svědčí práva odpovídající sekundárním závazkům hostitelského státu z porušení těchto standardů a to přímo, přičemž zahrnutím „offer to arbitrate“ do textace Dohod je investorovi umožněno se těchto přímých sekundárních práv sám domáhat vůči suverénovi - hostitelskému státu. Tato skutečnost byla v dřívějších odborných pojednáních považována za stežejní argument teorie „přímých“ práv investora, ovšem z hlediska následku (projevu), nikoliv příčiny (důvodu). Jak bylo v této kapitole dokázáno, skutečnost, že investor je (ne) přímým (prostřednictvím investice) adresátem nároků plynoucích z odpovědnostních vztahů založených porušením primárních norem ve sféře MPV mezi smluvními stranami a současně proto, že mu smluvní strany na základě vzájemného konsensu poskytnuly procesní prostředek pro přímé uplatnění

These articles do not apply **where and to the extent that the conditions for the existence** of an internationally wrongful act **or the content or implementation of the international responsibility** of a State are governed by special rules of international law.

takovýchto práv, učinily jej tak v duchu argumentace MSD v *Reparation for Injuries* subjektem mezinárodního práva *sui generis*.

Jelikož důsledky této teze násobně přesahují rozsah této práce (a měly by být podrobeny dalšímu vědeckému diskursu), uzavíráme tuto kapitolu s konstatováním, že v důsledku faktického uznání investora Vysokými smluvními stranami Dohody jakožto subjektu MPV pak je nezbytné dovodit, že investiční nárok svědčí investorovi přímo, nikoliv odvozeně a je proto tedy v zcela v jeho dispozici.

Tato dispoziční oprávnění nejsou a nemohou být limitována stran nároků jeho domovského státu, neboť jak bylo vysvětleno výše, domovskému státu investora svědčí především odlišné nároky (sekundární povahy) plynoucí z porušení primárního závazku hostitelského státu dle Dohody (buť vůči (investici) investora) - a to nároky z porušení primárního smluvního závazku²⁷⁸ jakožto pramene MPV dle ILC ASR, v důsledku čehož vzniká nárok dotčené Vysoké smluvní strany zejména na odstranění závadného stavu deliktním (hostitelským) státem – tedy povinnost hostitelského státu dostát svému primárnímu smluvnímu závazku a odstranit tak závadný (protiprávní) stav.

Z uvedeného je třeba jednoznačně dovodit, že režim dvojkolejnosti systému odpovědnosti v MPV jasně rozlišuje adresáty jednotlivých sekundárních (odpovědnostních) nároků vyplývajících z porušení primárních norem MPV. V případě Dohod pak očividně není důvod zastávat rigorozní teze teorie odvozených práv, neboť tato teorie pomíjí právě onu dvojkolejnost sekundárních nároků, které považuje za jeden. Jak jsme však v této kapitole prokázali, takovýto závěr neodpovídá ani teoretickému vymezení odpovědnostních vztahů, ani praktickému fungování systému ochrany investic, v němž jsou jak primární, tak

²⁷⁸ Porušením maximy „*pacta sunt servanda*“, jakožto základního stavebního kamene mezinárodního smluvního práva.

sekundární individualizované závazky (inter partes) z Dohody resp. jejího porušení adresovány přímo investorovi a tomu svědčí i procesní nástroje pro přímé uplatnění těchto nároků vůči deliktnímu státu.

7. KOEXISTENCE SYSTÉMU DIPLOMATICKÉ OCHRANY VEDLE OCHRANY INVESTIC A JEJICH VZÁJEMNÁ INTERAKCE A KOMPLEMENTARITA

Na základě zjištění, že systém ochrany investic je partikulárně uzavřen resp. oddělen od systému diplomatické ochrany v podobě *lex specialis* a současná analýza povahy investora jakožto subjektu MPV *sui generis* pro účely předmětné BIT by mohl svádět k jednoduchému závěru, že systém diplomatické ochrany stojí *zcela* mimo systém ochrany investic. Takový závěr však není zcela odůvodněný. Byť nám protiklady obou systémů sloužily jako podklad pro vymezení právní povahy systému ochrany investic, přičemž závěr o její samostatnosti nás vedl k závěru, že původní premisa ohledně povahy investičního nároku jakožto nároku fakticky suverénním není přesvědčivá, opustili jsme na tomto místě diplomatickou ochranu a soustředili se na zjištění povahy investora v systému ochrany investic. Zjištění, že investor není pouhým beneficentem práv, ale jejich přímým adresátem, který je způsobilý být i jejich nositelem a proto je způsobilý sám dané nároky uplatňovat bez ohledu na vůli smluvních stran nás utvrdilo v původní hypotéze načrtnuté teorii přímých práv²⁷⁹, tj. o soukromoprávní (v kontrastu k suverénní) povaze práv, která představuje predeterminantu pro zkoumání mezí volnosti investora v dispozici s nárokem uvnitř (a vně) systému investiční ochrany. V důsledku uvedeného odklonu jsme však již nezodpověděli otázku, v jakém rozsahu má tedy diplomatická ochrana vliv na systém ochrany investic, respektive kde jsou meze její komplementarity v tomto systému.

Proto se musíme na okamžik vrátit opětovně k otázkám odpovědnosti, které vytvářejí pomyslnou matici mozaiky souvztažností mezi mezinárodní odpovědností, diplomatickou ochranou a ochranou investic. I když jsme vymezili rámec vztahu odpovědnostních pravidel a systému ochrany investic v důsledku až zjištěním, že subjektivita

²⁷⁹ Viz k podrobnostem teorie přímé a teorie odvozených práv Černý, *Postupitelnost nároku*.

investora svěřená mu Vysokými smluvními stranami BIT jej opravňuje se dovolávat odpovědnosti za mezinárodně protiprávní jednání hostitelského státu a svědčí mu též nároky ze sekundárních závazků založených z odpovědnostních vztahů, které by jinak svědčily jeho domovskému státu, doposud jsme nezodpověděli otázku residuálních souvztažností obou systémů, které významně propojují právě pravidla pro mezinárodní odpovědnost států za mezinárodně-protiprávní jednání.

7.1. Komplementarita nechtěná

V předcházející subkapitole jsem dospěl k obecnému závěru o speciální povaze systému ochrany investic. Zde je však na místě analyzovat, jak dalece je daný systém nezávislý a uzavřený vůči pravidlům odpovědnosti a diplomatické ochrany.

Vymezení vzájemných hranic všech systémů je významné toliko proto, že mechanismus diplomatické ochrany extenzivně koreluje s obsahem režimu odpovědnosti dle ILC ASR²⁸⁰, a jelikož sám neobsahuje specifickou úpravu, jež by ve své komplexnosti derogovala určené principy odpovědnostních vztahů,²⁸¹ (což si však ani za cíl neklade), lze na diplomatickou ochranu nahlížet jako na hmotněprávní extenzi *sui generis* části třetí ILC ASR, neboť co do předmětu upravuje pravidla pro invocaci odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání, v důsledku kterého vznikla újma osobě soukromého práva, která je státním příslušníkem státu poskytujícího diplomatickou ochranu. Cílem

²⁸⁰ Viz část třetí, kapitola I, čl. 42-48 ILC ASR, upravující mechanismus pro implementaci a uplatnění nároků z odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání, když stanoví podmínky pro přípustnost invocace odpovědnosti resp. sekundárních práv, které z ní pro adresáta plynou tím, že stanoví povinnost 1) za předpokladu existence takového požadavku dojde k vyčerpání domácích opravných prostředků a vedle toho, že nárok bude uplatněn v souladu s jakýmkoliv pravidly pro nacionalitu nároku.

²⁸¹ I když ve vztahu k obecné úpravě odpovědnosti představuje část partikulárního práva ochrany cizinců, viz Čl. 1 a komentář k němu ILC DDP.

sledovaným diplomatickou ochranou je vyvolání účinků mezinárodní odpovědnosti za takto způsobenou újmu.²⁸² Jelikož podstata výkonu diplomatické ochrany je nepřímou adresována subjektu soukromého práva z pohledu režimu zacházení s cizinci, je vcelku přirozené pochopit důvody vedoucí k (nesprávným) závěrům, že ochrana investic představuje specifickou odnož diplomatické ochrany. Byť byla specifická povaha ochrany investic postavena na jisto, je třeba si položit otázku, v jakém rozsahu je tento systém *lex specialis* uzavřený vůči systému odpovědnosti a diplomatické ochraně, které oba obsahují ujednání, které výslovně požadují pro stanovení rozsahu *lex specialis* ujednání, která by derogovala obecná ustanovení jak v případě ILC ASR²⁸³, tak ILC DDP²⁸⁴.

Splňují však normy konstruuující BIT tyto požadavky?

7.2. Diplomatická ochrana v. ochrana investic

Byť je speciální režim ochrany investic skrze BIT výslovně vyjmut z režimu ILC DDP, je třeba jedním dechem doplnit, že ustanovení čl. 17 je formulováno způsobem, který vylučuje aplikaci pravidel diplomatické ochrany na BITs *toliko v rozsahu, v jakém by tyto pravidla byly výslovně v rozporu s textací návrhu*. Naopak v rozsahu (obdobně jako ILC ASR), v jakém nejsou tyto pravidla v rozporu s textací Dohod, zůstávají použitelná jako podpůrný pramen úpravy. Byť zřejmě myšleno v dobrém slova smyslu, takováto zpětná implementace pravidel v doplňkové podobě do systému BITs dle mého názoru vyvolává spíše nejistotu. Není jasné, jakým způsobem resp. v jakém rozsahu budou tyto pravidla, byť čistě v reziduální podobě, aplikovatelná v rámci relativně

²⁸² Čl. 1 ILC DDP.

²⁸³ Viz čl. 55 ILC ASR.

²⁸⁴ Viz čl. 17 ILC DPP.

uzavřeného režimu jednotlivých BIT, která představují perfektní konsensus smluvní stran o jejím obsahu. Jakým způsobem však bude interpretována absence určitého pravidla či otázky v textu takové Dohody? Je v takovém případě mlčení Vysokých smluvních stran důkazem o jejich vůli danou otázku neřešit a proto aplikace podpůrných pravidel na daný okruh otázek by byl v rozporu (neprojevenou) vůli smluvních stran, resp. s obsahem (jeho absencí) takové Dohody? Jak naznačil ICJ ve věci *ELSI*, mlčení stran je spíše důkaz o tom, že je takovéto pravidlo (s ohledem na jeho povahu jakožto pramene MPV) třeba zohlednit ²⁸⁵.

Je však tento, odbornou veřejností všeobecně pojmáný závěr, že ICJ v případě *ELSI* aplikoval pravidlo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků ve sporu dle FCN *skutečně* pravdivý? Jsem přesvědčen, že nikoliv. Pokud se totiž zaměříme na navazující odstavce tohoto

²⁸⁵ *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), (United States of America v Italy)*, judgement of 20 July 1989, ICJ Reports 1989, str. 42, odst. 50-52, dostupný skrze <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf> naposledy navštíveno dne 16.8.2016). Odkaz prezentovaný kolegou Machem (viz. Pozn. 253) v předcházející kapitole se týkal následující pasáže:

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

rozhodnutí²⁸⁶, zjistíme, že povaha tohoto sporu je obecně interpretována nesprávně a že právě interpretace tohoto sporu jako sporu dle FCN

²⁸⁶ 51. The United States further argued that the **local remedies rule would not apply in any event to the part of the United States claim which requested a declaratory judgment finding that the FCN Treaty had been violated**. The argument of the United States is that **such a judgment would declare that the United States own rights under the FCN Treaty had been infringed; and that to such a direct injury the local remedies rule, which is a rule of customary international law developed in the context of the espousal by a State of the claim of one of its nationals, would not apply**. The Chamber, however, has **not found it possible in the present case to find a dispute over alleged violation of the FCN Treaty resulting in direct injury to the United States, that is both distinct from, and independent of, the dispute over the alleged violation in respect of Raytheon and Machlett**. The *case arises from a dispute* which the Parties did not "satisfactorily adjust by diplomacy"; and that dispute was described in the 1974 United States claim made at the diplomatic level as a "claim of the Government of the United States of America on behalf of Raytheon Company and Machlett Laboratories, Incorporated". The Agent of the United States told the Chamber in the oral proceedings that "the **United States seeks reparation for injuries suffered by Raytheon and Machlett**". And indeed, as will appear later, the question whether there has been a breach of the FCN Treaty is itself much involved with the financial position of the Italian Company, ELSI, which was controlled by Raytheon and Machlett.

52. Moreover, when the Court was, in the *Interhandel case*, faced with a not dissimilar argument by Switzerland that in that case its "principal submission" was in respect of a "**direct breach of international law**" and therefore not subject to the local remedies rule, the Court, having analysed that "**principal submission**", found that it was bound up with the diplomatic protection claim, and that the Applicant's arguments "**do not deprive the dispute of the character of a dispute in which the Swiss Government appears as having adopted the cause of its national**" (*Interhandel*, Judgment, I.C.J. Reports 1959, p. 28). In the present case, likewise, the Chamber has no doubt that the matter which colours and pervades the United States claim as a whole, is the alleged damage to Raytheon and Machlett, said to have resulted from the actions of the Respondent. Accordingly, the Chamber rejects the argument that in the present case there is a part of the Applicant's claim which can be severed so as to render the local remedies rule inapplicable to that part. (zvýraznění doplněno autorem).

úmluvy, které rámcově (co do obsahu) odpovídají BITs je zcela zavádějící a opakování těchto zkreslených závěrů pouze podtrhuje nesystematičnost výkladu systému ochrany investic jako celku. Pokud se totiž podíváme detailněji do navazujících ustanovení, která hovoří o pravidlu vyčerpání domácích opravných prostředků, zjistíme, že požadavek na vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků plyne přímo z povahy sporu, který USA nesprávně kvalifikovalo před ICJ prostřednictvím žaloby, kterou se domáhalo vydání deklaratorního rozsudku ohledně porušení FCN, přičemž USA dále argumentovaly tím, že uplatňují v tomto sporu vlastní nárok z porušení FCN a proto se požadavek založený obyčejovým právem na vyčerpání vnitrostátních prostředků nápravy v tomto případě na spor nevztahuje. Oproti tomu však ICJ na tomto místě (odst. 52 a násl.) lakonicky konstatoval, že nepovažuje předmětný spor za spor ohledně porušení FCN v důsledku kterého by byly poškozeny přímo USA, je zcela nezávislý a odlišný od sporu ohledně údajného zásahu do práv vůči (společnostem) Raytheon a Machlett. Dále ICJ poukazuje na jednotlivé souvislosti předcházející podání žaloby, během nichž USA daný nárok ve sporu označovala za diplomatický nárok vlády USA uplatněný za Raytheon company a Machlett Laboratories, Inc., stejně tak, že zástupce USA během ústního jednání ICJ sdělil, že se USA dožaduje reparace za újmu způsobenou Raytheonu a Machlettu. Současně ICJ neopomněl připomenout, že v obdobném případě *Interhandel*,²⁸⁷ zazněly obdobné argumenty od Švýcarské konfederace, založené na nároku plynoucích z přímého porušení MPV, přičemž na základě analýzy podání navrhovatele dospěl ICJ k závěru, že tento nárok je inherentně spjat s nárokem diplomatické ochrany uplatňovaným ve prospěch státního příslušníka navrhovatele (čl. 52). Na závěr pak uzavírá, že nárok USA je natolik spjat s ochranou dotčených společností, že nevidí ani část nároku uplatněného USA, na který se toto pravidlo nevztahovalo.

²⁸⁷ *Interhandel*, Judgment, I.C.J. Reports 1959, p. 28.

Dalo by se tak jednoduše uzavřít, že implikace tohoto pravidla na investiční spor ve věci *Loewen* byla zcela nesprávná a proto se toto pravidlo, aplikované na základě čl. 44 ILC DSR, na spory z investic dle BIT nevztahuje. Tento závěr však bohužel není zcela jednoznačný, právě pro nešťastnou formulaci čl. 17 ILC DDP, který je formulován tak, že požaduje výslovné vyloučení daného pravidla, přičemž takovýto požadavek potvrzuje výklad pojatý ICJ v čl. 51 rozsudku ve věci *ELSI*, dle kterého mlčení neznamená vyloučení, byť jak již bylo uvedeno v této práci, takovýto výklad je přinejmenším sporný, neboť stejně tak mlčení ohledně obsahu znamená uzavření řešených otázek čistě do vnořeného obsahu.

Neřešíme zde tedy teoretický problém, ale otázku bytostně praktickou, neboť za předpokladu, že ILC DDP budou vykládány extenzivně, tj. absence úpravy daného práva či povinnosti v té které souvislosti bude považována za mezeru v úpravě, lze dovést subsidiární aplikaci pravidel dle ILC DDP pro pokračující nacionalitu s riziky demonstrovanými ve věci *Loewen*.

Tato residuální projekce souvztažností práva odpovědnosti a diplomatické ochrany dovnitř systému ochrany investic představuje potenciální riziko, které skrze nesprávnou kvalifikaci povahy systému ochrany investic tento subsumuje pod kategorii ochrany cizinců na úrovni obyčejového práva, specificky mající formu odnože diplomatické ochrany.

V důsledku této inkluze pak může docházet k tomu, že rozhodčí tribunály mohou mít tendenci podmiňovat uplatnění nároků podmínkami, které nemají oporu v psaném právu rozhodném pro ten který spor (BIT), ale jejichž aplikace bude dovozena z nesprávné kvalifikace povahy primární normy, v důsledku čehož se přikloní k aplikaci podmínek, která nejsou obsahem předmětného závazku.

Skrze zbytkovou aplikaci ILC DDP si lze představit, že v důsledku subsumpce ochrany investic pod diplomatickou ochranu nad rámec

výslovného znění BIT odkazem na čl. 44 ILC ASR dojde ke stanovení dodatečné podmínky přípustnosti (investičního) nároku skrze dostání požadavku na uplatnění nároku v souladu s *jakýmkoliv použitelným pravidlem pro nacionalitu nároku*, jež však v BIT stanoven není²⁸⁸. Článek 44 ILC ASR stejně tak stanoví povinnost vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků.

Jsem však přesvědčen, že úprava prostřednictvím BITs (s výhradou dále uvedenou) je natolik komplexní, že subsidiární aplikace ILC DDP v ní nemá místo, byť formulace čl. 17 ILC DPP je vskutku nešťastná.

Pivotním bodem analýzy zbytkové aplikace diplomatické ochrany dle ILC DDP však musí být čl. 44 ILC ASR, který slouží právě jako spojnice mezi odpovědností a aplikací pravidel diplomatické ochrany. Článek 44 ILC ASR je systematicky obsažen v části třetí kapitole první ILC ASR, která se týká pravidel pro dovolání se odpovědnosti státu. Specifikem této kapitoly ovšem je, že stanoví pravidla pro stát (y) dovolávající se odpovědnosti jiného státu. Přitom prof. Crawford upozorňuje, že toto pravidlo není významné jen z hlediska mezinárodní pravomoci a příslušnosti soudních orgánů, ale současně též v obecné rovině jako předpoklad pro invokaci odpovědnosti státu jako takové²⁸⁹.

Zaprvé mám za to, aplikace čl. 44 ILC ASR je vyloučena z podstaty věci právě pro to, že se vztahuje na regulaci vztahů mezi státy. Investor, byť je mu svěřená právní subjektivita v omezeném rozsahu, tak tuto povinnost nemá. Je ovšem zajímavé se nad tímto konceptem pozastavit

²⁸⁸ Je otázkou, zda vymezení podmínek *Rationae temporis* v čl. 25/2 Úmluvy ICSID skrze kvalifikační požadavky na osobu investora lze hodnotit jako pravidla obsažená v čl. 44 ILC ASR.

²⁸⁹ CRAWFORD, J., *The International Law Commissions Articles On State Responsibility, Introduction, Text And Commentaries*, 2005, Cambridge: Cambridge University Press, Komentář k čl. 44, str. 264 a násl.

z procesního hlediska. Nadpis čl. 44 je označen *přípustnost nároku*.²⁹⁰ Pro úplnost uvádím, že zde zakotvené pravidlo stanoví, že se nelze úspěšně dovolat odpovědnosti státu tehdy, pokud nebudou splněny stanovené podmínky v písm. a) a b).

Byť se tedy jedná o hmotněprávní normu, má čistě procesně právní konotaci. Podstatu tohoto institutu rozvádí Jan Paulsson skrze citaci soudce ICJ Geralda Fitzmaurice, který demonstroval povahu přípustnosti porovnání s pravomocí (ICJ): „*But an unsuccessful jurisdictional plea leaves open the single possibility that a finding on the ultimate merits may be still excluded through a decision given against the substantive admissibility of the claim.*“²⁹¹

Z uvedeného plyne závěr, že zatímco otázky pravomoci spočívají ve své podstatě v „oprávnění“ rozhodčího senátu (vztaženo k ochraně investic) věc projednat, otázka přípustnosti splývá s meritem věci, kdy námitka nepřípustnosti sporu nespočívá v procesních překážkách pro pokračování v řízení, ale v námitce, pro kterou má být nárok zamítnut z meritorních důvodů, které neumožňují věc dále projednat.²⁹² Paulsson jde ale ohledně podmínky vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků dále: pokud taková podmínka splněna nebude, byť je spor způsobilý k projednání, ovšem existuje zde předpoklad pro založení pravomoci, která spočívá právě na splnění předpokladu vyčerpání

²⁹⁰ Orig. „*Admissibility of the claim*“.

²⁹¹ PAULSSON, Jan. Jurisdiction and Admissibility, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, Paris: ICC Publishing, Publication 693, str. 604, dostupné na:

http://www.arbitration-icca.org/media/0/12254599444060/jasp_article_-_jurisdiction_and_admissibility_-_liber_amicorum_robert_briner.pdf (naposledy navštíveno dne 16.8.2016).

²⁹² *Enron corp. And Ponderosa Assets v. Argentina*, (ICSID Case no ARB/01/3), 14 January 2004, odst.33.

vnitrostátních procesních prostředků nápravy, jež by přístup k danému fóru umožnily, a proto se jedná o otázku pravomoci. Ovšem odepření spravedlnosti dle mezinárodního práva předpokládá *hmotněprávní* podmínku vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků, neboť takovéto mezinárodně protiprávní jednání nebude naplněno (*nenastane*) do té doby, než bude prokázáno, že vnitrostátní právní systém měl příležitost jej napravit. V takovém případě nesplnění této podmínky bude mít fatální následky pro osud sporu bez ohledu na to, kdo bude příslušný k jeho projednání²⁹³. Potom se bude jednat o otázku přípustnosti ve smyslu vnímaném právě čl. 44 ILC ASR, neboť v důsledku nesplnění této povinnosti nebude možné invokovat odpovědnost (sekundární povinnost nevznikla z důvodu, že zde není porušení povinnosti primární). Zdálo by se, že i v případě investičního rozhodčího řízení tak v takovém případě půjde o otázku přípustnosti. Paulsson ovšem v této souvislosti poukazuje na skutečnost, že (nesplnění) takovéto podmínky (odpovídající čl. 44 a) a b) ILC ASR) budou před ICJ otázkou přípustnosti, neboť pravomoc soudu je dána skrze extenzivní souhlas s pravomocí ICJ, ovšem v případě, kdy bude rozhodčí senát ustanoven podle Dohody, která obsahuje požadavek nacionality soukromoprávních navrhovatelů nebo vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků, pote dle Paulssona předmětné *nároky* nebudou v případě nesplnění těchto podmínek postižitelné (ne)přípustností, ovšem nebude možné konstruovat pravomoc sjednaného fóru pro nesplnění těchto podmínek. Z hlediska investičního rozhodčího řízení se pak jedná o otázky pravomoci.²⁹⁴

Zde si dovolím navázat, neboť za předpokladu, že by podmínky čl. 44 ILC ASR byly povahy jurisdikční (byť ze samotného znění daného

²⁹³ PAULSSON, Jan. Jurisdiction and Admissibility, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, Paris: ICC Publishing, Publication 693, str. 616.

²⁹⁴ *Ibid.*

článek vyplývá, že se jedná o otázku hmotného práva), potom by předpoklady limitující pravomoc musely být oběma stranám známy předem, tj. předpokladem je *express verbis* zakotvený požadavek přímo v „offer to arbitrate“ a inkluze prostřednictvím doplňkové aplikace čl. 17 ILC DDP by z hlediska pravomoci byla irelevantní.

Pokud tedy BIT obsahuje již danou ofertu k rozhodčímu řízení, je dle mého názoru třeba analyzovat znění takové doložky, jež může stanovit dodatečné kritéria (vč. vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků). Současně poukazuji na to, že čl. 26 Úmluvy ICSID takovýto požadavek na vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků ve své druhé větě rozeznává; přitom však stanoví, že „*A contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.*“ To bude případ především v individuálních investičních smlouvách mezi státem a investorem mimo rozsah BIT, neboť „offer to arbitrate“ představuje *de facto* souhlas s rozhodčím řízením předvídaným v čl. 26 Úmluvy ICSID. Současně s tím, pokud není takový požadavek zakotven ve stojící „offer to arbitrate“ mám za to, že dodatečný požadavek není na překážku pravomoci Centra ICSID a měl by být odmítnut, když první věta čl. 26 Úmluvy ICSID stanoví, že souhlasem stran s rozhodčím řízením podle Úmluvy ICSID je takové řízení jediným způsobem řešení sporu a jakékoliv jiné prostředky nápravy jsou vyloučeny, přičemž akceptací stojící oferty prostřednictvím notifikace pak dochází k perfekci rozhodčí smlouvy mezi oběma stranami. To potvrzují i výkladová pravidla k Úmluvě ICSID²⁹⁵, dle kterých je rozhodčí řízení výlučnou formou nápravy, kde perfekcí rozhodčí smlouvy dochází automaticky k vyloučení jakýchkoliv jiných možností pro řešení sporu, přičemž toto konstatování zpráva ředitelů označuje za „výkladové pravidlo“.

²⁹⁵ *Report Of Executive Directors On The Convention On The Settlement Of Investment Disputes Between States And Nationals Of The Other States*, Resolution no. 214, adopted by the Board of Governons on September 10, 1964, IBDR, str. 45, odst. 32.

Současně však uvádí, že jeho účelem nebylo měnit pravidla mezinárodního práva na požadavek vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků, když druhá věta čl. 26 Úmluvy výslovně uznává. Výkladová pravidla uvedené uzávěry potvrzují, přičemž zajímavě uvádějí, že byť čl. 26 Úmluvy ICSID nemodifikuje mezinárodní pravidlo na vyčerpání opravných prostředků, výslovně toto *právo* státu uznává.²⁹⁶ Zde si dovoluji učinit závěr, že pokud požadavek a vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků je právem hostitelského státu, které naopak vytváří povinnost vůči investorovi této povinnosti dostát, k tomu aby si byl takové povinnosti vědom, měla by být zakotvena v předmětné BIT, ev. Souhlasu s rozhodčím řízením dle Úmluvy ICSID a nebo vnitrostátní úpravě, které se investor umístěním investice v hostitelském státu podřizuje.

To však jde vůči argumentaci uvedené výše ve věci *ELSI*, ovšem zde uvedený závěr se v těchto souvislostech jeví opodstatněný, neboť toto pravidlo je výslovně uvedeno v Úmluvě ICSID, na kterou je napojována příslušná BIT právě skrze ofertu k rozhodčímu řízení, jejíž parametry upravuje Úmluva ICSID. Absence takové podmínky (v BIT) je pak třeba vykládat ve prospěch investora, tj. podmínka platí za nesjednanou.

Pravidla UNCITRAL ani ICC však úpravu obdobnou čl. 26 Úmluvy ICSID neobsahují, jsem však toho názoru, že rozhodující bude stejně jako v případě Úmluvy ICSID rozsah „offer to arbitrate“.

Závěrem k povinnosti vyčerpat vnitrostátní opravné prostředky -většina BITs obsahuje ujednání o tzv. „*cooling-off period*“ tj. ujednání o tom, že nebude věc předložena rozhodčímu senátu, mají strany povinnost věc vyřešit smírnou cestou. Toto pravidlo běžně obsažené v ofertě k rozhodčímu řízení lze též považovat za požadavek, který má povahu

²⁹⁶ Odst. 32 „Zprávy ředitelů“ k čl. 26 Úmluvy ICSID: „In order to make clear that it was not intended thereby to modify the rules of international law regarding the exhaustion of local remedies, the second sentence *explicitly recognizes the right of a State to require* the prior exhaustion of local remedies“.

vnitrostátního opravného prostředku a *de facto* neguje požadavek státu na vyčerpání prostředků jiných, výslovně nestanovených (pokud mimo rámec BIT není normativně stanoveno jinak).

Zatřetí, Co se podmínky čl. 44 ILC ASR ve vztahu k pravidlu „*continuous nationality*“ týče, i tuto otázku dle mého řeší specificky Úmluva ICSID prostřednictvím čl. 25/2, který lze pro tyto účely považovat za *lex specialis*, když stanoví (na rozdíl od pravidel dle ILC DDP), že pro identifikaci navrhovatele jako investora, který je oprávněn uplatňovat investiční nárok je třeba, aby byl příslušníkem druhé smluvní strany v okamžiku zásahu do jeho práv (v souvislosti s investicí resp. aplikací ochrany dle příslušné BIT, která předpokládá poskytnutí ochrany jen investicím investorů) a současně, z hlediska založení pravomoci Střediska ICSID, v souladu s čl. 25/2 Úmluvy ICSID též kde dni, kdy se strany rozhodly spor podřídit pravomoci Střediska, a současně v den, kdy bylo rozhodnuto generálním tajemníkem Střediska ICSID o registraci sporu dle čl. 38(3) Úmluvy ICSID. Tyto pravidla dle mého názoru vylučují aplikaci obecných pravidel, byť obyčejové povahy, pro pravidla trvající státní příslušnosti (která je vlastní pravidlům diplomatické ochrany, nikoliv však, dle mého názoru, partikulárnímu systému ochrany investic), když rozhodující jsou pouze uvedené tři okamžiky, nikoliv však nutně trvající příslušnost mezi všemi třemi daty. Z hlediska zaměření této práce však tuto otázku ponechávám záměrně dalšímu zkoumání, neboť z hlediska akceptace subjektivity investora v systému BIT je přesně toto jedna z otázek, kterou je třeba extenzivně a detailně přezkoumat ve světle argumentů tohoto nového východiska-subjektivita investora.

Stejně tak jako v prvním případě, ani zde Pravidla UNCITRAL ani ICC neobsahují specifickou úpravu a proto základem pro stanovení pravomoci bude vždy obsah příslušné BIT.

Na závěr si dovolím pouze jednu teoretickou úvahu ohledně aplikace obyčejových norem skrze čl. 17 ILC DDP- prozatím prakticky neřešenou otázkou v tomto ohledu je, zda by se dané doplňkové pravidlo

pokračující nacionality aplikovalo tehdy, pokud by prostřednictvím hmotněprávních standardů ochrany byl zakotven jen minimální standard ochrany na úrovni obyčejového práva pro ochranu cizinců, protože v takovém případě skrze tento hmotný standard dochází k výslovnému propojení BIT s prameny obyčejového práva, které jsou sdíleny společně s ochranou diplomatickou, byť rámec diplomatické ochrany má toliko procesní ráz. Tuto otázku ale nechejme k zodpovězení aplikační praxi.

7.3. Reziduální význam diplomatické ochrany resp. projevy suverenity v systému ochrany investic

Na tomto místě pouze v krátkosti shrneme ujednání BITs, z nichž vyzařuje suverénní povaha vyplývající z naturelu smluvních stran. Zejména se jedná o dva typy doložek, a to doložka o subrogaci (postoupení práv) a dále pak ujednání o řešení sporů mezi smluvními stranami.

7.3.1. Subrogace

„Subrogační doložka“ je ujednání vlastní valné většině BITs, jehož podstatou je zajištění realizace likvidace zejména pojistné události, jejímž objektem byla investice investora, resp. převzetí investice domovským státem na základě poskytnutého plnění ze záruk či odškodnění. Na základě výplaty takového plnění je pak zaručeno druhou smluvní stranou uznání takového nástupce investora v plném rozsahu do práv, kterými disponoval investor v okamžiku převodu. Byť jsem si tento institut BITs vybral jako pivotní bod své předcházející práce na téma dispozice s investičním nárokem,²⁹⁷ z hlediska této práce není tento institut co do volní dispozice toliko zajímavý, když se povětšinou bude jednat toliko o dispozici nedobrovolnou, proto odkazuji ohledně této problematiky na uvedenou práci. Zajímavý tento institut ovšem je právě s ohledem na otázku diplomatické ochrany respektive výkonu

²⁹⁷ Černý, *Postupitelnost nároku*.

suverénní moci smluvních stran BIT, neboť postoupení práv z investice je zde podmiňováno „uznáním“ (recipročním závazkem tak učinit), což je typickým projevem výkonu suverénní moci adresovaného vůči dalšímu suverénnímu. Byť není odbornou literaturou tento institut příliš zmapován, je otázkou, v jakém režimu se pak investice bude pohybovat, tj. zda stát, tím, že vstoupí do investice, bude považován (fikcí) za investora a spory z investic bude řešit skrze ofertu adresovanou investorovi nebo právě skrze diplomatickou ochranu; přitom ale v případě převzetí investice státem je třeba poukázat na to, že mechanismus pro řešení sporů mezi smluvními stranami ve valné většině případů limituje rozsah předmětné doložky čistě na výklad smlouvy a spory z něj plynoucí.²⁹⁸

7.3.2. Řešení sporů mezi smluvními stranami

Dohody běžně obsahují též ustanovení pro specifické řešení sporů mezi Vysokými smluvními stranami. Tento mechanismus je, jak již bylo uvedeno, povětšinou limitován na otázky výkladu a použití předmětných Dohod, přičemž obsahuje závazek k mírovému řešení sporů, ev. Diplomatickou cestou, na kterou povětšinou navazuje rozhodčí řízení. Neobvyklé je, že některé z těchto Dohod (např. CZ-CH BIT) obsahují v tomto ohledu doložky zcela holistické-v tomto případě, je zde závazek předložit po uplynutí 12 měsíců „od započetí sporu“ spor „rozhodčímu soudu složenému ze tří členů“, kdy každá strana jmenuje jednoho rozhodce a tito se domluví na předsedovi – občanovi třetího státu, jinak (po uplynutí dvou měsíců) předsedu určí na žádost kterékoliv strany předseda ICJ, ev. Místopředseda anebo služebně nejstarší člen tohoto soudu (sestupně). Nemohu si bohužel na tomto místě odpustit poznámku ohledně observace, že v závislosti na místě řízení, byť se jedná o řízení mezi dvěma státy, by potenciálně mohla být takováto rozhodčí doložka

²⁹⁸ Existují i odlišné případy, např. Dohoda mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Austrálií o vzájemné podpoře a ochraně investic z 29. 7. 1991 obsahuje doložku pro řešení sporů mezi stranami, jež se vztahuje „na všechny spory vztahující se k dohodě.“

shledána neplatnou pro neurčitost, ²⁹⁹ za předpokladu, že místo řízení by bylo v ČR, neboť v takovém případě by bylo třeba subsidiárně aplikovat procesní normy místa řízení, byť se jedná o spor mezi suverénními entitami.³⁰⁰

Zaměřme se však na jiný aspekt věci- a to je soulad paralelních řízení tam, kde rozhodčí doložka pro mezistátní rozhodčí řízení umožňuje řešit komplexní spektrum sporů souvisejících s předmětnou BIT. Nelze totiž nevidět, že v takovém případě není spor limitován výkladem a aplikací BIT, ale teoreticky otvírá prostor pro využití prostředků diplomatické ochrany skrze toto řízení i ve prospěch investora tam, kde bude jeho domovský stát prostředky dilematické ochrany takto uplatňovat. Nejedná se tak o zcela archaický instrument, který nemá využití ale o velice praktický nástroj, který lze potenciálně využít vedle rozhodčích řízení (investor-stát) probíhajících mimo sféru Úmluvy ICSID, která tuto variantu v čl. 27 vylučuje, ovšem obdobné ujednání ani Pravidla UNCITRAL či ICC neobsahují.³⁰¹

²⁹⁹ Viz §7 odst. 1 ZRŘ, jež stanoví, že rozhodčí smlouva má určit osobu, z čehož lze uzavřít, že se má jednat *o konkrétní osobu*, viz k tom BĚLOHLÁVEK, A.J., *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, komentář*, 2. Vydání, Praha: C.H. Beck,2012, str. 369 a násl.

³⁰⁰ K otázce významu místa řízení a interakce práva *lex loci arbitri* v mezinárodním rozhodčím řízení viz BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Seat of Arbitration and Supporting and Supervising Function of Courts*. In: *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration®: Interaction of Arbitration and Courts* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ROZEHNALOVÁ, N. eds.), vol. 5, 2015, Huntington: Juris Publishing, ISBN 978-1-937518-71-4; ISSN 2157-9490, str. 2 a násl.

³⁰¹ Ohledně zkoumání potenciality a mezí, jakož i praktického využití tohoto instrumentu viz. ROBERTS, Anatheia. *State-to-State Investment Arbitration: A Hybrid Theory of Independent Rights and Shared Interpretive Authority*, *Harvard International Law Journal*, vol. 55, no. 1, winter 2014, str. 1 a násl. Dostupné skrze:

7.4. Závěr k otázce koexistence systému diplomatické ochrany a ochrany investic

Na základě výše uvedeného tak lze uzavřít, že byť diplomatická ochrana s právem ochrany investic sice sdílí společný obyčejový pramen norem spadajících do kategorie ochrany cizinců, jedná se v obou případech o zcela odlišné systémy mající vůči sobě dle mého názoru vztah *lex specialis* (BITs) vůči *lex generalis* (diplomatická ochrana), kdy *lex generalis* může být ve smyslu komplementarity užit eventuálně podpůrně tam, kde to nebude v rozporu se smyslem a účelem *lex specialis* a ve vztahu k nárokům, které nespadají do režimu BIT a nebo jim není v rámci BIT poskytována procesní ochrana. Současně její nezastupitelné místo bude též z hlediska „mírového způsobu řešení sporů“ vyplývajících z BITs (co do interpretace) mezi vysokými smluvními stranami, byť tento mechanismus lze využít i jako kanál diplomatické ochrany.

Byť tedy zkoumaná komplementární pravidla diplomatické ochrany ve smyslu čl. 17 ILC DDP mohou mít relevanci v rámci individuálních investičních dohod mezi investory a hostitelskými státy, resp. tam, kde BIT omezuje rozsahem „offer to arbitrate“ možnost investora určité typy sporů z investic sám uplatit prostřednictvím předvídaného mechanismu řešení sporů bez ingerence diplomatické ochrany, potom v případě absence specifických pravidel bude investor odkázán na podporu svého domovského státu skrze diplomatickou ochranu.

V souvislosti s aplikací ustanovení čl. 44 ILC ASR nelze navíc pominout fakt, že tento článek je součástí části třetí ILC ASR, která analyzuje mechanismy invokace odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání a je tedy aplikovatelný resp. podmínky zde zakotvené se použijí tehdy, pokud předmětný nárok uplatňuje stát; to však v rámci vztahů založených z BIT neplatí, neboť jak bylo již

http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2014/03/HILJ_55-1_Roberts.pdf

(naposledy navštíveno dne 16. 8. 2016).

opakovaně uvedeno, na základě naplnění kvalifikačních předpokladů pro ochranu dle definice BIT pro investora/investici, je investor již relativně nezávislý co do uplatňování nároků z investic a činí tak svým vlastním jménem a na svůj vlastní účet.

8. TYPY NÁROKŮ ZE SEKUNDÁRNÍCH ZÁVAZKŮ VYPLÝVAJÍCÍCH Z MEZINÁRODNÍ ODPOVĚDNOSTI

Pro závěry uvedené v předcházejících kapitolách výše je třeba uzavřít, že katalog typu nároků, vyplývajících z mezinárodně-protiprávního jednání, obsažených v části II, kapitole druhé ILC ASR, jmenovitě tedy restituce, kompenzace či satisfakce svědčí přímo investorovi. A to ať již samostatně, anebo v jejich vzájemné kombinaci.

8.1. Vymezení sekundárních závazků vyplývajících z mezinárodní odpovědnosti

Na tomto místě navážeme na kapitolu předcházející exkurzu do vztahu systému ochrany investic a diplomatické ochrany, která však byla nezbytná z hlediska této kapitoly, kde vymezíme obecný rámec rozdělení nároků co do způsobů jejich řešení, resp. procesního uplatnění.

Na základě identifikace právní subjektivity investora v systému BIT jsme současně získali i odpověď na otázku, zda může být investor adresátem sekundárních norem vyplývajících odpovědnosti hostitelského státu, když odpověď na tuto otázku byla podmíněna zjištěním povahy mu svědčících práv a současně představuje i faktické rozuzlení klíčové pro zadání této práce: dispozice s investičním nárokem. Na podkladu těchto zjištění tak můžeme dále taxonomicky rozdělit jednotlivé nároky s ohledem na jejich specifika.

Jsem toho názoru, že vedle katalogu primárních práv, které však fakticky delimitují hmotněprávní rozsah subjektivity investora, které odpovídají potenciálním sekundárním závazkům z odpovědnosti státu, je zde dále třeba rozlišovat další dvě kategorie potenciálních nároků:

Prvním z nich je kategorie sekundárních práv v rámci BIT svědčících přímo investorovi, které však nespádají do rozsahu rozhodčí oferty a investor se tedy těchto nemůže domáhat přímo v rámci rozhodčího

řízení, neboť rozhodčí senát by byl nucen konstatovat, že nemá pravomoc tyto nároky stojící mimo rámec oferty posoudit;

Druhá kategorie práv, která je dle mého názoru relativně autonomní na obsahu porušeného primárního závazku, neboť její povaha má v modelu odpovědnosti význam z hlediska sekundárních práv předvídaných v kapitole I, části 2 ILC ASR, jejichž adresáty mohou být jen suverénní subjekty MPV, a které souvisejí se systémovou povahou odpovědnostních vztahů, tj. odpovědnost delikventního státu odvozená z porušení mezinárodního závazku zakládá nároky dotčených států/mezinárodní komunity dožadovat se splnění porušeného závazku, úplné odstranění závadného stavu a zajištění (záruky), že se takové porušení mezinárodního práva již znova nebude opakovat.

Byť kategorie 1) a 2) vznikají (resp. mohou vzniknout) v důsledku porušení téhož závazku, dochází ke vzniku dvou relativně nezávislých, paralelních sekundárních práv svědčících rozdílným adresátům a sledujících i rozdílné procesní osudy.

V čistě teoretické rovině³⁰² pak kategorie 1), hovoříme o ní resp. o jejím obsahu (tj. substantivních právech, jež nejsou z rozhodnutí smluvních stran BIT zahrnuta do rozsahu „arbitrability“ příslušné „offer to arbitrate“), jako o „nearbitrabilních právech“ či „nearbitrabilní“ kategorii práv svědčících investorovi, neposkytující mu ochranu prostřednictvím procesního nástroje k uplatnění nároku mimo jurisdikci hostitelského státu.³⁰³ Tato kategorie nearbitrabilních nároků však

³⁰² V této části v souvislosti s problematikou odpovědnosti prozatím upouštíme v zájmu uchopitelnosti problematiky od použitelných rozhodčích pravidel a úmluv použitelných na řešení sporů z investic a soustředíme se čistě na obsah příslušných BIT. Souvislosti s uváděnými prameny a jejich relevancí bude zasazen do souvislostí v další kapitole.

³⁰³ Zatímco naše vzorová CZ-CH BIT v čl. 9 hovoří o „sporech mezi jednou smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany týkající se investic“, která fakticky pokrývá celý rámec vztahů vzniklých podle, v souladu a na základě takovéto dohody,

může být dle příslušné Dohody vcelku široká- v předcházející poznámce pod čarou demonstruji tuto rozdílnost mezi ofertou obsaženou v CZ-CH BIT a Dohodou s Hospodářskou unií belgickou lucemburskou a ČR jako nástupnickým státem Československa, která limituje ofertu čistě na otázku odškodnění za protiprávní vyvlastnění bez dalšího, tedy, dle této Dohody je investor oprávněn dovolávat se pravomoci rozhodčí instituce resp. senátu jen s ohledem na spory týkající se odškodnění za protiprávní vyvlastnění a svědčí též specifické kategorii investorů, kteří investují na území toho kterého státu formou majetkové účasti v obchodní společnosti inkorporované na území daného státu (investice). Tato Dohoda ale vedle otázek souvisejících s (legalitou) vyvlastnění obsahuje v obdobné míře jako námi zvolená vzorová CZ-CH BIT spektrum standardů ochrany a závazků hostitelského státu vůči cizí investici na jeho území, specificky čl. 2 (FET a plná ochrana a bezpečnost), čl. 3 (tzv. „*war clause*“, nezahrnutá do oferty) a čl. 4 (volný převod prostředků vztahujících se k investici na úrovni standardu dle MFN)³⁰⁴.

Jaký má tedy v takovém případě³⁰⁵ investor k dispozici nástroj procesní ochrany tam, kdy na základě absence či limitace rozsahu mechanismů

toliko široký rámec arbitrability není ve skutečnosti zcela běžný. Tak například Dohoda mezi Československou socialistickou republikou a Hospodářskou unií Belgicko-lucemburskou o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 24. dubna 1989 v čl. 8 upravujícím problematiku řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem v odst. 1 limituje rozsah sporů jen na otázky *odškodnění dle čl. 3/1 a 3* dané BIT (zákaz nezákonného vyvlastnění).

³⁰⁴ I když vtažení některých dalších standardů *ipso iure* bude pro posuzování sporu ohledně zákonnosti vyvlastnění dle čl. 3 této Dohody nezbytně nutně nepřímou zohlednit-otázku dodržení z přezkumu vyloučených standardů zacházení, které do problematiky vyvlastnění prozařují (tj. standard FET) a proto závěr rozhodčího senátu nakonec bude fakticky prejudikovat i další otázky jinak vyloučené z arbitrability takového investičního sporu.

³⁰⁵ Dle statistiky vypracované v roce 2012 v rámci OECD na základě analýzy 1660 bilaterálních nástrojů ochrany investic (vč. BITs, IIAs, FTAs) 108 dohod z uvedeného

pro řešení sporů s hostitelským státem v BIT nemá investor *prima facie* k dispozici efektivní procesní nástroj řešení sporu z investice? Za předpokladu, že specificky k této otázce jinak BIT mlčí, je třeba dovodit, že právo přístupu k soudní moci na území hostitelského státu je zde zajištěna prostřednictvím standardu FET, jež je obecně považován za součást minimálního standardu ochrany cizinců vyplývající z obyčejového práva,³⁰⁶ pod které spadá i povinnost cizího státu umožnit cizinci na jeho území v rozsahu minimálního standardu ochrany, které zahrnuje i právo přístupu k soudům hostitelského státu,³⁰⁷ tudíž i v případě, kdy BIT mechanismus řešení sporů absentuje zcela, standard FET garantuje alespoň přístup k vnitrostátnímu soudnictví hostitelského státu,³⁰⁸

vzorku neumožňuje řešení sporů z investic skrze rozhodčí řízení. V této souvislosti pak bylo zdůrazněno, že některé státy (Austrálie) ve svých aktuálních modelových BITs výslovně mechanismus řešení sporů skrze rozhodčí řízení opouštějí, detailně viz GAUKRODGER, D. and K. GORDON., “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing, str. 64 a násl., dostupné skrze <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en> naposledy navštíveno dne 15.8.2016).

³⁰⁶ YANNACA-SMALL, K., Chapter 3: Fair And Equitable Treatment Standard in International Investment Law in: *International Investment Law: A Changing Landscape, A Companion Volume To International Investment Perspectives*, OECD 2005, str. 108 a násl., dostupné elektronicky: <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40077877.pdf> (naposledy navštíveno dne 10.5.2016).

³⁰⁷ Tamtéž, str. 109.

³⁰⁸ Zde však investor zůstává odkázán na vnitrostátní soudy a strukturu vnitřních pravidel pro zacházení s prameny MPV a otázkami jejich přímé použitelnosti resp. zda vůbec řízení před vnitrostátním soudem hostitelského státu v závislosti na vnitrostátní úpravě procesních pravidel vůbec umožňuje efektivně dovolávat se závazků z BIT. Zde uvádím čistě pro ilustraci důsledků té které modality řešení investičních sporů.

Tato varianta je nejzazší možností řešení sporu z investic za předpokladu, že investorovi nebude svědčit jiný instrument mezinárodního práva, který by nabízel alternativní denacionalizované fórum.

Potenciální alternativou pro řešení takového sporu pak mohou být překvapivě mezinárodní soudní orgány zřízené za účelem ochrany lidských práv. Byť oba dva partikulární systémy MPV stojí na stejném východisku ochrany jednotlivce vůči svévolným zásahům do jeho práv garantovaných na základě mezinárodního smluvního instrumentu, každý z těchto instrumentů však stojí na rozdílných primárních pravidlech resp. závazcích smluvních stran adresovaných jednotlivcům v jejich pravomoci, a proto v případě zvažování takovýchto alternativ je třeba vycházet z toho, že se fakticky jedná o systémový „protection shopping“, v důsledku něhož bude investor nezbytně nucen rekvalifikovat svůj nárok způsobem, aby jej bylo možné (zda vůbec) subsumovat pod příslušná ustanovení takového lidskoprávního instrumentu a současně dodržet veškeré další předpoklady pro vytvoření podmínek, za kterých nebude spor odmítnut z procesních či jiných důvodů.³⁰⁹ Proto v případě, že příslušná BIT obsahuje extenzivní limitaci co do rozsahu „sporu“ a jeho arbitrability, je jistě na místě doporučení v předstihu analyzovat veškeré alternativy pro řešení sporů s hostitelským státem (i v rovině lidskoprávních instrumentů ochrany za předpokladu, že hostitelský stát je smluvní stranou obdobné mezinárodní úmluvy) a podmínky uplatnění nároku skrze tyto procesní prostředky, které mohou být co do procesních pravidel, lhůt a

³⁰⁹ Lze se setkat i s názory, dle kterých lze nároky vzniklé z titulu porušení mezinárodních instrumentů pro ochranu lidských práv „subsumovat“ do rámce ochrany investic- viz blíže BALCERZAK, Filip. The Extent of Human Rights Protection for Investors in Arbitration Based on International Investment Treaties. In: *Czech Yearbook of International Law®: International Dispute Resolution* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ROZHENALOVÁ, N. eds.) vol. 7, 2016, Huntington: Juris Publishing, ISBN: 978-90-824603-1-5/ISSN: 2157-2976, str. 29 a násl.

předpokladů přípustnosti (vyčerpání domácích opravných prostředků) zcela odlišné od mechanismů pro řešení sporů z investic.³¹⁰

Pokud nebude nápravy dosaženo jinými způsoby, poslední z variant pro uplatnění nároku vyplývajícího z mezinárodně protiprávního jednání hostitelského státu vůči investorovi pak spočívá čistě na suverénní vůli domovského státu investora, zda se skrze diplomatickou ochranu či jiným nenásilným způsobem dovolá odpovědnosti hostitelského státu za mezinárodně protiprávní jednání plynoucí z porušení BIT vůči poškozenému investorovi.³¹¹ Pokud domovský stát investora takový

³¹⁰ S ohledem na extenzivní proliferaci partikulárních systémů v oblasti lidských práv, vystavěných fakticky na stejných ideových základech diagonálních sporů, která je vlastní též ochraně investic, a současně proto, že katalogy práv, kterým je dle jednotlivých režimů poskytována ochrana tj. standardy ochrany běžně obsažené v ujednáních BITs a práv zakotvených v ECHR (dále jen „**European Convention on Human Rights**“, ve znění svého protokolu č. 14 s účinností od 1. července 2010), překrývá- právo na spravedlivý proces (čl. 6 ECHR), zákaz diskriminace (čl. 1 dodatkového protokolu č. 12 k ECHR), ochrana majetku (čl. 1 dodatkového protokolu č. 1 k ECHR). Předpokladem pro invokaci ochrany na základě ustanovení čl. 34 ECHR je však třeba, aby hostitelský stát byl smluvní stranou ECHR a aby investor splnil předpoklady přípustnosti ve smyslu čl. 35 ECHR, které předpokládají mj. vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků a současně formuloval své nároky vyplývající z porušení BIT způsobem komfortním dle ECHR v zákonné prekluzivní 6 měsíční lhůtě od vyčerpání posledního z dostupných vnitrostátních prostředků nápravy. Bohužel není cílem této práce analyzovat pravomoc dle ECHR k projednávání investičních sporů; tuto variantu uvádím čistě z důvodu, že se může v závislosti na specifických okolnostech toho kterého případu, toto řešení jevit jako potenciálně schůdné a zde jej uvádím čistě pro inspiraci ohledně modalit teoretických řešení, jak efektivně docílit nápravy vyplývající z porušení závazku hostitelského státu.

³¹¹ Problematika diplomatické ochrany, obdobně jako v případě mezinárodní odpovědnosti, byla písemně zachycena ve formě návrhu článků (Draft Articles on Diplomatic Protection, dále jen „**ILC DDP**“) sestavených International Law Commission a představují písemný katalog států všeobecně uznávaných základních obyčejových pravidel upravujících diplomatickou ochranu., Report of the ILC 58th Session (A/61/10) Publikováno prostřednictvím *Yearbook Of The International Law Commission 2006*, vol. II. Part Two, zde citován čl. 1/1 ILC DDP. Prozatím se jedná

nárok vyplývající z porušení BIT skrze diplomatickou ochranu uplatní vůči hostitelskému státu, fakticky takto neubude uplatňovat nárok „za investora“, ale vznáší svůj vlastní originální nárok, jehož podstatou je zajištění respektu k dodržování pravidel mezinárodního práva, s nímž však souvisí i nárok na reparaci takto způsobené újmy, jejíž výše pak bude stanovena na základě škody způsobené investorovi,³¹² eventuálně lze využít k tomuto účelu i doložku pro řešení sporů mezi smluvními stranami BIT, jak popsáno v předcházející kapitole.

8.2. Rozšíření mezí odpovědnosti, aneb „místo pod deštníkem“

Byť jsme tuto doložku neanalyzovali v souvislosti s hmotněprávními standardy v kapitole 5, je tomu tak proto, že fakticky nepředstavuje *standard* v daném slova smyslu. Jedná se o závazek smluvních stran BIT, na základě tyto prohlašují, že „trvale zaručuje dodržování závazků ve vztahu k investicím investora druhé smluvní strany, které převzala“.³¹³ Tato doložka bývá označována jako tzv „umbrella clause“ a umožňuje pod rozsah ochrany poskytované BIT vnořit i smluvní závazky z investic investora. V takovém případě se porušení takového *smluvního* závazku, jakožto jednání povahy *acta iure gestionis* považuje za porušení BIT a umožňuje investorovi dovolat se odpovědnosti resp. nároku plynoucího z takového jednání, které by jinak nespadlo do režimu ochrany investic poskytovaného skrze BIT.

o návrh, který byl připuštěn do druhého čtení a který je současně předmětem vládního připomínkového řízení od r. 2013, viz. <http://www.un.org/en/ga/sixth/68/DipPro.shtml> (naposledy navštíveno dne 10. 8. 2016).

³¹² *Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v. U.K.) , P.C.I.J. Reports, 1924, Series A, No. 2, str. 12 (jak citováno v ILC DDP na str 5).

³¹³ Viz čl. 11 CZ-CH BIT.

9. ZÁVĚREM K PROBLEMATICE ODPOVĚDNOSTI ZALOŽENÉ MEZINÁRODNĚ PROTIPRÁVNÍM JEDNÁNÍM VŮČI ZÁVAZKŮM ZAKOTVENÝCH V BIT Z HLEDISKA VYMEZENÍ INVESTIČNÍHO NÁROKU

Již v úvodu kapitoly 4, na níž tato kapitola v pomyslném závěru přímo navazuje, jsem načrtnul vysoce teoretický a abstraktní model, jehož rámec a meze byly predeterminovány vlastním vnímáním dané problematiky. Jsem toho názoru, že byt' je zde zkoumaná materie lidským výtvořem charakteristickým vysokou měrou systematiky vlastní pro pravidla fungování lidské společnosti, nelze, po zohlednění závěrů prací jiných autorů zkoumajících tutěž problematiku, než dospět k závěru, že model BIT je zcela unikátním živočichem na vrcholu normativního evolučního řetězce, protože jeho mozaikovitá struktura obsahuje natolik širokou škálu normativních taxonů, že jakákoliv snaha kvalifikovat jej z pohledu a dle pravidel vlastních jedinému normativního systému nutně vedlo opakovaně jednotlivé autory k dekompozici BIT na základní systémové prvky a jejich následnou analýzu prostřednictvím rozličných institutů MPV, přičemž byt' byly předloženy rozličné teoretické konstrukty co do povahy práv svědčících investorům a jejich eventuální klasifikace v rámci pravidel odpovědnosti států, jednoznačná odpověď předložena nebyla.

I když jsem vyšel při zkoumání této problematiky z premisy, že investor je nadán jistou mírou autonomie co do dispozice se svým nárokem, a to na základě svých předcházejících prací, kde jsem zkoumal jednotlivé aspekty této autonomie dle specifických určujících znaků, byly závěry předcházejících zkoumání subjektivně nepřesvědčivé, neboť představovaly pouze externí projevy podstaty věci. Proto jsem se zde zaměřil na systémové otázky, které navazují na startovní bod této analýzy, kterým je vymezení vztahu mezi diplomatickou ochranou a ochranou investic z důvodu, že tradiční pohled na tuto problematiku spočíval na přesvědčení, že ochrana investic je součástí širší oblasti obyčejového práva na ochranu cizinců, kam spadá i diplomatická ochrana. Východisko tedy tvoří potřeba specificky vymežit a analyzovat vztah systému ochrany investic a diplomatické ochrany. Učinil jsem tak

na podkladu systému mezinárodní odpovědnosti, analýzy mechanismů jeho fungování, provázanosti se systémem diplomatické ochrany a souvztažností s ochranou investic, na základě čehož jsem dospěl k závěru, že systém ochrany investic je relativně nezávislý na diplomatické ochraně a obsahuje specifická pravidla, jež derogují i část obecných pravidel pro odpovědnost státu, v důsledku čehož bylo nutné učinit závěr, že nároky z porušení BIT nesvědčí domovskému státu, ale je v dispozici investora, neboť mechanismus odpovědnosti vytváří dvojkoľejnost vzniku těchto nároků, ovšem z jiných titulů. Abych otestoval meze autonomie vůle investora na jeho domovském státu při nakládání s nárokem, zkoumal jsem jeho postavení v systému ochrany investic, přičemž jsem dospěl k názoru, že investor má v této oblasti právní subjektivitu *sui generis* a práva mu svěřená mu tak přísluší v plném rozsahu a zcela autonomně na vůli domovského státu, přičemž v důsledku existence samostatné právní subjektivity investora není tento pouze adresátem primárních norem, ale může vlastním jménem a na svůj účet nabývat i normy sekundární, plynoucí ze závazků hostitelského státu, jež by jinak svědčily jeho domovskému státu. Na základě tohoto zjištění jsem následně zkoumal vztah komplementarity zbytkových práv mezi diplomatickou ochranou a ochranou investic a dospěl k závěru, že v systému ochrany investic jsou obyčejové normy vyloučeny, pročež jsem pozornost zaměřil na vymezení typů jednotlivých nároků dle jejich procesní uplatnitelnosti skrze rozličné procesní instrument ochrany.

10. PROCESNÍ ASPEKTY: VYBRANÉ OTÁZKY K VYMEZENÍ INVESTIČNÍHO NÁROKU

Všechny v předcházejících kapitolách nastíněné otázky a rozvedené aspekty mají (s různou vahou) přímý vliv na námi zkoumanou problematiku a středobod této práce- investiční nárok, respektive dispozici s ním. Zcela klíčovým aspektem je v tomto ohledu samozřejmě zjištění, že investor je v režimu BITs entitou nadanou vlastní právní subjektivitou, vyplývající a limitovanou vůlí Vysokých smluvních stran vnořenou do BIT samotné v rozsahu, ve kterém tyto Vysoké smluvní strany investora nadaly oprávněním a procesními instrumenty (*offer to arbitrate*) uplatňovat investiční nárok přímo vůči hostitelskému státu bez ingerence státu domovského.

Protože v předcházející části práce rozvedená teoretická skica proměnlivosti povahy investičního nároku neumožňuje přehlednout, že povaha investičního nároku je extenzivně predeterminována procesními aspekty, musíme se tedy v této kapitole alespoň částečně zabývat projevem těch aspektů investičního nároku, když tyto mají přímý vliv resp. dopad na investiční rozhodčí řízení a jeho samotnou podstatu.

Před tím, než se povoláný (mezi)národní orgán povoláný k posouzení merita sporu vůbec může k jeho posuzování dostat, existuje zde celá plejáda jak hmotně- , tak procesně-právních otázek, kterými je třeba se zabývat a které pohledem autora této práce dotvářejí právě onu procesní stránku a povahu nároku. Jen namátkou můžeme zmínit otázky pravomoci či příslušnosti (v rozhodčím řízení pak samozřejmě otázku arbitrability), procesní způsobilosti jak účastníka, tak jeho právního zástupce či vedlejší účastníků či podpůrců, etc. Toto jsou všechno otázky, které je třeba vypořádat před tím, než se samotný orgán povoláný (k řešení sporů z investic) vůbec dostane k meritu sporu. Proto je též běžné, že v rámci denacionalizované nebo mezinárodní arbitráže dochází k tzv. „bifurcation“ čili rozdělení jednotlivých fází

řízení dle příslušných okruhů otázek³¹⁴-standardně tedy na úrovni pravomoci/příslušnosti senátu k posouzení předmětného sporu a v případě, že senát shledá, že tato je dána, následně pak tedy navazuje fáze meritorního posouzení věci.³¹⁵ České právo tento procesní institut výslovně nezná, ovšem lze se v praxi setkat s případy (zejména v rozhodčím řízení)³¹⁶, které není výslovně (rozuměj „autoritativně“) podřízeno z.č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, v aktuálním znění (dále jen „OSŘ“), jež tento postup neumožňuje a proto se řada rozhodců, jež v ČR postupují v souladu se zákonem č. 216/1994 Sb. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (dále jen „ZRŘ“), který připouští analogickou a proto podpůrnou aplikaci OSŘ³¹⁷, uchyluje ve složitých případech právě k postupu analogickému

³¹⁴ Problematika stanovení pravomoci/mezinárodní příslušnosti v investičním rozhodčím řízení v investičních sporech je problematikou velmi komplexní, přičemž zřejmým specifikem je zde faktická nemožnost oddělit zcela stránku procesní a stránku meriutorní, neboť otázky meritorní povahy (tj. existence porušení mezinárodního závazku dle BIT), jež by jinak byla bytostně otázkou meritorní je v takovémto řízení současně i otázkou procesní povahy mající význam co do stanovení pravomoci rozhočího senátu povolaného k řešení takového sporu z investic, přičemž způsoby řešení této tohoto „cyklického“ problému je třeba dle Anurova hledat v mezinárodním právu veřejném, resp. judikatuře MSD; viz blíže ANUROV, N. Vasily. Cause of Action in Investment Arbitration. In: *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, : Borders of procedural and Subsantive Law in Arbitral Proceedings* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ČERNÝ F., ROZHNALOVÁ, N. eds.), vol. 3 2013, Huntington: Juris Publishing, ISBN 978-1-937518-21-9/ISSN 2157-9490, str. 110 a násl.

³¹⁵ K podrobnostem „bifurkace“ v investičním rozhodčím řízení viz FRANCK, Susan D. Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration, 86 *North Carolina Law Review* (2007), str. 3-83.

³¹⁶ Institut „bifurkace“ spočívá v rozdělení fáze řízení na fázi jurisdikční a fázi meritorní.

³¹⁷ Paragraf 30 ZRŘ hovoří výslovně o „přiměřené“ aplikaci OSŘ na řízení před rozhodci; někteří autoři (viz např. Bělohlávek) se v této otázce přiklánějí k výkladu, že tato *přiměřenost*, představuje fakticky procesní hranice a limity spravedlivého procesu, přičemž její význam je toliko „inspirační“ a rozhodně nepředstavuje pro rozhodce rigidní manuál, kterým je třeba se řídit; postup ve věci si určuje rozhodce resp. senát s ohledem na účelnost sám, pokud se strany

k „bifurkaci“ v rámci kterého je tak napřed rozhodnuto mezitímním návrhem nejprve o základu nároku a následně o výši plnění.

Tento postup rozdělení řízení do rozdílných fází je však v investičním rozhodčím řízení vcelku běžný.³¹⁸ Důvod je zcela zřejmý a plyne z již diskutovaných otázek v rámci první kapitoly této práce, kde jsme hovořili o problematice tzv. „double-keyhole“ testu. Tento je pouze projevem právě diskutované procesní povahy nároku, kdy investor, stejně jako investice musejí projít testem pravomoci/přípustnosti sjednaného postupu pro řešení sporu z investic vtěleného do nároku proto, aby se příslušný rozhodčí tribunál mohl zabývat meritem věci. Zatímco tedy v klasické obchodní arbitráži je účelem bifurkace spíše zjednodušení procesního postupu a jakési „destilace“ jednotlivých procesních kroků zjednodušující rozhodcům práci na případu, v investičním rozhodčím řízení hraje „bifurkace“ roli poněkud odlišnou, neboť pravomoc investičních rozhodčích senátů, a to v závislosti na procesní platformě³¹⁹ může být nárok podřízen různým hlediskům zkoumání pravomoci/příslušnosti senátu (tj. nejen optikou hmotně-právní vyplývající z BIT, kde sama *offer to arbitrate* specifikuje rozsah

nedohodnou jinak. V podobnostech viz BĚLOHLÁVEK, A.J., *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, komentář*, 2. Vydání, 2012, Praha: C.H. Beck, .specificky komentář k §30 ZRŘ.

³¹⁸ Zatímco pravidla ICSID bifurkaci výslovně umožňují a předpokládají tento postup (jakožto procesní pravidla konstruovaná adresně pro řešení sporů z investic), např. pravidla UNCITRAL tuto otázku výslovně neupravují- respektive umožňují rozhodcům vydávání částečných či mezitímních nálezů, ale s ohledem na svou obecnou povahu a obchodní „kořeny“ nereflktují tyto pravidla specifikum řízení před ICSID, které je většinou v důsledku ust. §25 rozděleno do dvou fází, které velmi často bývají rozděleny a ukončeny samostatnými nálezy co do pravomoci a merita.

³¹⁹ Zde myšleno ve smyslu institucionalizované rozhodčí řízení speciální (ICSID)/obecné (ICC) anebo ad hoc dle příslušných rozhodčích pravidel (běžně UNCITRAL).

arbitrability sporů vyplývajících a nebo souvisejících s investicí investora dle příslušné BIT, ale též optikou (buď hmotněprávní) ale vyplývající z použitelných procesních pravidel- viz Pravidla ICSID a jejich čl. 25- k tomu viz již zmiňovaný „*double keyhole test*“). Z tohoto hlediska je tak bifurkace či rozložení řízení do dvou oddělených fází zcela nezbytným procesním institutem proto, aby byla zachována efektivita řízení-jinak by totiž senát byl odkázán na povinnost projednat fakticky věc en bloc s tím, že meritorně však nelze rozhodnout pro existenci procesní překážky mající povahu absence pravomoci/příslušnosti k vedení řízení ze strany senátu. Přitom výsledek jurisdikční fáze řízení bývá významným indikátorem potenciálního úspěchu ve věci ze strany investora: tam, kde senát již jednou shledá svou pravomoc věc posoudit a rozhodnout, většinou pak meritorní rozhodnutí zní ve prospěch investora.

Prostřednictvím institutu bifurkace se ovšem dostáváme k podstatě této části práce, kterými jsou elementy procesních aspektů, které představují procesní zhmotnění otázek, o nichž jsme zatím doposud hovořili jen čistě z hmotně-právního hlediska. V následujícím exkurzu se tedy budeme zabývat rámcově jednotlivými specifiky procesních otázek z hlediska řešené problematiky, tedy specificky definicí investičního nároku procesní optikou resp. optikou námi zkoumaných rozhodčích pravidel, problematikou hierarchie použitelných procesních norem a rozhodčích pravidel, když tyto představují svébytný systém pro uplatnění hmotněprávních nároků. Neboť se jedná čistě o exkurz, který si neklade za cíl vyčerpávajícím způsobem analyzovat jednotlivé procesní aspekty (což by v případě jen jedněch rozhodčích pravidel samo o sobě vydalo za extenzivní monografii), troufá si autor na tomto místě poukázat právě na klíčové aspekty procesního charakteru a jejich jednotlivých rozdílů a jejich důležitosti právě z důvodů demonstrace vnímání jednotlivých otázek dle různých aplikovatelných procesních pravidel. V návaznosti na tento praktický exkurz se následně vydáme již vstříc analýze existující judikatury k problematice dispozice s investičním nárokem.

10.1. Procesní definice a rámec investičního nároku

Byť tato otázka byla rámcově již nastíněna v předcházejících kapitolách, na tomto místě bude specificky analyzována procesně-právní povaha otázek souvisejících s investičním nárokem. Výchozím bodem pro tuto analýzu pak je třeba hledat v ustanovení použitelných procesních pravidel- specificky pak v jednotlivých rozhodčích řádech či procesních ustanovení aplikovatelných dohod mající procesní povahu. V obecné rovině, resp. definičně je nárok vnímán primárně z hmotně-právního hlediska, které představuje souhrn tvrzených práv, jimž odpovídá z druhé strany žalovaného naopak odpovídající povinnost. Tomuto hmotněprávnímu rámci však musí být propůjčena předvídaná forma požadovaná procesními normami za účelem meritorní projednatelnosti předmětného nároku.

Z tohoto hlediska je tedy třeba v souvislosti s vymezením nároku zkoumat námi zohledňované pravidla.³²⁰ V těchto se pak „nárok“ objevuje v několika obměnách jako systémový prvek takovýchto pravidel, který je faktickým projevem autonomie vůle žalující strany³²¹, jež je *dominus litis*- přičemž právě dané procesní ohraničení (či spíše vymezení) nároku (žalujícím) je nejčistějším projevem této zásady. Ono

³²⁰ V tomto rámci je pak možné rozlišovat několik dalších paralelních rovin co do použitelných hmotně-právních pravidel, a jejich vliv na samotný rozhodovací proces, jak popisuje Bělohávek, viz BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur. In *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, : Borders of procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ČERNÝ F., ROZHNALOVÁ, N. eds.), vol. 3, 2013, Huntington: Juris Publishing, ISBN 978-1-937518-21-9/ISSN 2157-9490, str. 25 a násled.

³²¹ Jak bude rozvedeno dále, obecný rámec co do autonomie vůle stran z procesního hlediska je v investičním rozhodčím řízení dle BIT veskrze totožný, byť sama volba procesních pravidel skrze „offer to arbitrate“ podmiňuje rozsah autonomie v mezích předvídaných zvolenými pravidly, blíže (z hlediska Pravidel ICC) viz HELEN STEINDL, Barbara. Party Autonomy under the 2012 ICC Arbitration Rules. In: *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration: Party Autonomy versus Autonomy of Arbitrators*, (BĚLOHLÁVEK, J.A., ROZEHNALOVÁ, N. eds.), vol. 2, 2012, Huntington: Juris Publishing, ISBN: 978-1-933833-83-5; ISSN: 2157-9490, str. 231 a násled.

procesní vymezení nároku tak představuje technicistní ohraničení a vymezení otázek, které mají být předmětem řízení (meritorně), přičemž však toto vymezení hraje významnou roli co do rozsahu práv, povinností jakož i procesního postupu v rámci celého dalšího řízení, a to jak z hlediska stran sporu, tak i rozhodčího senátu společně, resp. jeho členů samostatně³²².

V tomto ohledu tak specifikace nároku z procesního hlediska představuje fakticky východisko procesního postupu resp. řízení, jehož účelem je vyřešení sporu, jehož podstatu tvoří nárok, který jedna ze stran uplatňuje a současně druhá jej odmítá.

³²² Na tomto místě poukazuji čistě v obecné rovině ve vztahu k vymezení nároku žalujícím na dvě úrovně práv a povinností ze strany protistrany, která z hlediska obrany v rámci řízení disponuje jak procesními, tak hmotněprávními „námitkami“ vůči oprávněnosti nároku, v hmotněprávní rovině např. námitkami promlčení, započtení etc. V procesní rovině pak účastníci disponují samostatným katalogem práv a povinností, které se váží (následující principy jsou uváděny ve vztahu k rozhodčímu řízení obecně- v investičním rozhodčím řízení neplatí absolutně pro extenzivní limitaci autonomie vůle stran- investora- v rámci kontraktačního procesu, z něhož je v případě Dohod tento fakticky vyloučen) zejména:

- 1) **k rozhodujícímu orgánu:** právo zvolit si rozhodce (v závislosti na konstrukci rozhodčí smlouvy), stanovit procesní pravidla řízení, vznést námitku podjatosti (zde zejména) pro vztah rozhodce/senátu k věci;
- 2) **k řízení obecně:** (povinnosti procesní povahy spočívající v povinnosti adekvátně reagovat na výzvy senátu, sankcionované způsobem a v rozsahu stanoveném v poučení);
- 3) **k meritu věci:** povinnost tvrdit a dokazovat pro věc rozhodné skutečnosti;

výše uvedené body je třeba brát výslovně jen jako exkurz do dané problematiky dokreslující teoretický rámec souvztažností vytvářejících a představujících fakticky procesní rovinu rozhodčího řízení jakožto normativně regulovaného mechanismu pro řešení sporů.

Co do technicistního vymezení resp. ohraničení nároku námi zvažovaná procesní pravidla tuto otázku pojmají následovně:

1) ICSID

Washingtonská úmluva a na ní navazující procesní pravidla ICSID obsahují ustanovení, které vymezují definiční rámec investičního nároku následovně. Východiskem pro limitaci investičního nároku je obsažena v článku 36 Úmluvy ICSID, jenž stanoví náležitosti návrhu (žádosti)³²³ na zahájení rozhodčího řízení, přičemž aktivně legitimován k podání takovéto žádosti je jakákoliv Vysoká smluvní strana (stát) či státní příslušník smluvní strany Úmluvy ICSID. Z formálního hlediska je vyžadována písemná forma takového návrhu. Z hlediska definičního rámce investičního nároku je pak určující odstavec 2 daného ustanovení, který stanoví, že předmětná žádost o zahájení rozhodčího řízení musí obsahovat informace týkající se předmětu sporu (issues of the dispute), identifikace stran sporu a jejich souhlasu s rozhodčím řízením v souladu s procesními pravidly (ICSID Rules of Procedure) pro zahájení rozhodčího či smírčího řízení. V návaznosti na uvedené pak předmětná „žádost fakticky představuje rozhodčí žalobu, kterou je zahajováno řízení před Střediskem ICSID a to dispozičním úkonem navrhovatele

³²³ Viz kapitola IV Úmluvy ICISD nazvaná „arbitration“, oddíl I, článek 36 nazvaný „Request for Arbitration“, jež stanoví, že:

(1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.

(2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.

(3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

adresovaným vůči generálnímu sekretáři ICSID ve smyslu odst. 3 čl. 36 Úmluvy ICSID. Tento je povinen daný spor zaevidovat, v důsledku čehož dochází k zahájení takového řízení ve smyslu ust. Čl. 37 Úmluvy ICSID, byť sekretář disponuje omezenou diskreční pravomocí registraci odmítnout za předpokladu, že by dle obsahu žádosti bylo evidentní, že podstata předkládaného sporu je zcela mimo pravomoc Střediska ICSID.³²⁴

Parametry čl. 36 Úmluvy ICSID dále rozvádějí Institucionální pravidla ICSID³²⁵, která jsou technického charakteru a stanoví náležitosti žádosti jak co do formy,³²⁶ tak i co do obsahu. Obsahová stránka žádosti je pak obsažena v Pravidle 2 Institucionálních pravidel ICSID, které reflektuje další z požadavků Úmluvy ICSID a její specifika, jmenovitě krom obecných náležitostí (jako např. identifikace stran) :

- *prohlášení, zda jedna ze stran je organizační složkou³²⁷ či agenturou Smluvní strany* takto označenou Středisku ICSID ve smyslu čl. 25/1 Úmluvy ICSID, obdobná informace ohledně udělení souhlasu této Smluvní strany za předpokladu, že nedošlo Smluvní stranou k oznámení

³²⁴ Zřejmost takovýchto případů musí být *prima facie*- tj. nebude se jednat o spor mezi smluvní stranou a státním příslušníkem jiné smluvní strany (tj. půjde spor o mezi dvěma soukromoprávními subjekty); bude zde absence rozhodčí smlouvy resp. offer to arbitrate, apod.

³²⁵ Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (Institution Rules), která tvoří přílohu Úmluvy ICSID, část D.

³²⁶ Z pohledu českého práva by se dané Pravidlo 1 Institucionálních pravidel ICSID dalo *per analogiam* přirovnat k náležitostem podání ve smyslu §42 OSŘ, neboť stanoví obecné náležitosti typu obligatorní písemné formy, jazyka žádosti (oficiální jazyk Úmluvy ICSID), adresu pro doručení žádosti, povinnost datace žádosti, a podpisu navrhovatele resp. jejího právního zástupce. Technické požadavky jsou dále rozvedeny v Pravidle 4, které stanoví povinnost předložit žádost v šesti vyhotoveních (originál plus pět podepsaných kopií), dále pak jsou pak v tomtéž pravidle rozvedeny požadavky na náležitosti předkládaných listin.

³²⁷ V originále „Constituent subdivision“.

skutečnosti, že takovýto dodatečný souhlas není ve vztahu k takovýmto subjektům vyžadován;

- *ve vztahu ke straně sporu, která je státním příslušníkem Smluvní strany Úmluvy ICSID, sdělení její (i) státní příslušnosti ke dni udělení souhlasu s rozhodčím řízením dle Úmluvy ICSID a pokud se jedná (ii) o fyzickou osobu (a) její státní příslušnost ke dni podání žádosti o rozhodčí řízení dle Úmluvy ICSID a (b) že nebyla k datu udělení souhlasu či datu podání žádosti státním příslušníkem druhé Smluvní strany sporu³²⁸; nebo za předpokladu, že se jedná o osobu právnickou, tak pokud tato ke dni souhlasu s řízením před Střediskem ICSID byla inkorporována dle práva (čti byla státní příslušností) Smluvní strany Úmluvy ICSID, která je stranou sporu, prokázání existence dohody stran o tom, že takováto korporace by měla být považována*

³²⁸ Oddělování těchto dvou časových okamžiků (tj. *dies ad quo*, *dies ad quam*) je mnohými považováno ze residuální projekce práva diplomatické ochrany do roviny ochrany investic a jakožto pravidlo tzv. „*continuous nationality*“ (tj. kontinuální nacionality od data souhlasu s řízením dle pravidel ICSID (mnohdy zakomponovaným v rámci BITs v jednostranné ofertě – *offer to arbitrate* dané Vysokou smluvní stranou při uzavření takové Dohody- tj. *dies ad quo*, což je tedy ale ze strany investora okamžik, kdy dle takovéto Dohody vznikne spor z investice v režimu dané Dohody, přičemž investor následně formou žádosti u Střediska ICSID iniciuje investiční rozhodčí řízení; (výslovně je tento okamžik identifikován v Institucionálních pravidlech ICISD – Pravidlo 2 odst. 3, jež stanoví, že se vždy pracuje s datem, kdy obě ze stran sporu písemně souhlasily s předložením sporu Středisku ICSID, přičemž pokud tento není dán ve stejný okamžik, pracuje se s pozdějším datem); kdy *dies ad quem*, tj. limitní okamžik pokračující resp. trvající nacionality předpokládá z hlediska použitelnosti Úmluvy ICSID *rationes temporis* – ovšem z procesního- jurisdikčního hlediska dodržení požadavku na pokračující státní příslušnost žalobce po celý tento časový horizont. Důsledky formalistického výkladu tohoto pravidla majícího předobraz v obyčejovém právu (diplomatické) ochrany státní příslušníků na území druhého státu jsou pak nechvalně známé z proslulého případu *Loewen*, kde právě přepjatě formalistický výklad tohoto principu vedl fakticky k *denagatio iustiae* a proto ze strany proponentů investičního rozhodčího řízení je jeho projekce do Úmluvy ICSID hojně kritizována, neboť potenciálně znemožňuje investorovi po vzniku sporu svou pohledávkou volně disponovat.

za státního příslušníka (mající státní příslušnost) jiné smluvní strany pro účely Úmluvy ICSID.

Dalším z parametrů specifikujícím čl. 36 Úmluvy ICSID je pak vymezení žalobního nároku v intencích Úmluvy ICSID, přičemž je zde výslovně požadováno, aby byly prezentovány informace týkající se sporovaných otázek, z nichž bude patrné, že zde *je mezi stranami právní spor vyplývající přímo z investice*³²⁹.

V případě právnické osoby se pak vyžaduje prohlášení, že v rámci jejích vnitřních rozhodovacích procesů došlo ke schválení podání žádosti vůči Středisku ICSID. Odstavec 2 Institucionálního Pravidla 2 pak stanoví,

³²⁹ Opět se jedná o specifikum Úmluvy ICSID, které byl extenzivně diskutováno a kritizováno v úvodu této práce- zatímco totiž právě definice „právního sporu vyplývajícího přímo z investice“ byla úmyslně zanechána tvůrci úmluvy jako neurčitý pojem, navazující judikatura začala toto „prázdňé“ místo vyplňovat určujícími znaky investice resp. znaky, které musejí být dle těchto subjektivních testů (viz zmiňovaný „*Sallini test*“) z hlediska definice investice naplněny, aby se jednalo o investici a tedy vůbec o (právní) spor, nad nímž by vůbec mohla být dána pravomoc Střediska ICSID. Kritika tohoto přístupu vychází ze zřejmého: definici investice obsahují samotné BITs, jež představují hmotněprávní mantinely regulace investic, přičemž Úmluva ICSID je pouze procesním nástrojem pro řešení sporů vznikajících z právních vztahů založených na podkladě takovýchto dohod (zejména- ponechejme stranou otázky individuálních investičních dohod, jež jsou ostatně z hlediska konzistence této práce z námi zkoumané materie vyloučeny). Pokud tedy procesní pravidla stanovují další, nad rámec psaného práva (ergo práva mající povahu mezinárodní úmluvy podléhající výkladu čistě ve smyslu VCLT a tam zakotvených výkladových pravidel) a judikatorně rozváděné podmínky vůbec pro stanovení pravomoci Střediska ICSID k řešení daného sporu, jedná se fakticky o vytváření další nepředvídatelné a časově (v závislosti na posun judikatorního paradigmatu) proměnné bariéry, která bývá svými kritiky nazývána právě jako tzv. „double keyhole test“, tj. test, který fakticky hmotněprávní vztah, založený v režimu dané Dohody obsahující vlastní kvalifikační kritéria pro posouzení kdo je či není investor, resp. co je a není investice na základě odlišných a mnohdy mnohem více restriktivních pravidel, v důsledku čehož byť investor z hmotněprávního hlediska dle dané BIT splňuje předpoklady pro ochranu dle stanovených standardů z BIT, takováto dohoda ofertou ke Středisku ICSID může fakticky zmařit efektivní poskytnutí ochrany investici z procesního hlediska, neboť při aplikaci jurisdikčních etalonů vytvořených na základě judikatury k čl. 25(1) ICSID daná investice dle BIT nebude s to naplnit předpoklady pro založení pravomoci Střediska ICSID.

které z informací je třeba podložit písemnými důkazy prokazující pravdivost tvrzených informací.

Institucionální pravidla ICSID dále uvádějí i rozsah neobligatorních informací, jež lze zahrnout do žádosti.³³⁰

2) Rozhodčí pravidla UNCITRAL³³¹

Rozhodčí pravidla UNCITRAL, přijatá Valným shromážděním OSN v roce 1976³³² revidovaná v roce 2010 a následně doplněná v roce 2013³³³ (dále jen „**Pravidla UNCITRAL 2013**“ nebo v této podkapitole

³³⁰ Viz Pravidlo 3 Institucionálních pravidel ICSID, které např. stanoví možnost stranám zakomponovat jakékoliv smluvní ujednání týkající se počtu rozhodců a způsobu jejich jmenování či jakékoliv další ujednání týkající se postupu při řešení sporu. Z hlediska námi zkoumané problematiky je na tomto místě třeba poznamenat, že konkludentní akceptací *offer to arbitrate* ze strany investora tím, že na jejím základě tento podá žádost Středisku ICSID, fakticky dochází ke vtažení obsahu této oferty rozhodčí smlouvy (k ICSID) do žádosti samotné, neboť takováto oferta daná ze strany státu totiž často obsahuje pravidla, principy či mechanismy (pro jmenování rozhodců, jejich počet, etc.) což jsou informace, na které pamatuje citované Pravidlo 3. Akceptací dané oferty tak dochází bez dalšího k inkorporaci těchto pravidel obsažených v ofertě ze strany investora za předpokladu, že se s hostitelským státem nedohodne jinak, což však prakticky většinou nebude zřejmě možné.

³³¹ Resolution Adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee (A/65/465); 65/22. UNCITRAL Arbitration Rules, as revised in 2010, dostupné skrze www.uncitral.org (naposledy navštíveno dne 13.11.2016).

³³² General Assembly Resolution no. 31/98, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): UNCITRAL Arbitration Rules, dostupné v el. Verzi na: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf> (naposledy navštíveno dne 13.11.2016).

³³³ UN General Assembly Resolution adopted on 16. December 2013, on the report of the Sixth Committee A/68/462, no. 68/109: UN Commission on International Trade Law, Rules on transparency in Treaty-based Investor-state Arbitration and arbitration Rules (as revised in 2010, with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013); dostupné v el. Verzi <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (naposledy navštíveno dne 13.11.2016).

pak jen jako „Pravidla“; pro rozlišení jednotlivých verzí s přídomkem „1976“, a nebo „2010“ či „2013“), jež v původním znění (z roku 1967), ani ve znění revidovaném (verze z roku 2010) neobsahovaly specifickou úpravu problematiky investičního rozhodčího řízení³³⁴, lze Pravidla UNCITRAL vedle Úmluvy ICSID a ICSID Pravidel označit právem za nejrozšířenější procesní platformu pro řešení sporů z investic právě pro jejich historické kořeny³³⁵ a rozšířenost.³³⁶ Z hlediska ochrany investic je pak jejich rozšíření dáno tím, že se z historického hlediska jednalo fakticky o jediné pravidla pro řešení mezinárodního rozhodčího řízení tehdy, pokud spor neměl probíhat před mezinárodním stálým soudem (PCIJ) anebo uzavření dané Dohody bylo mezi smluvními stranami, které nebyly členy Úmluvy ICSID, anebo v době, kdy ještě Úmluva

³³⁴ Na tomto místě je třeba poukázat na skutečnost, že právě verze z roku 2013 obsahuje novelizaci čl. 1 pravidel, do něhož byla nově zakomponován odstavec 4, který v případě, že bude dle těchto pravidel iniciováno investiční rozhodčí řízení dle Dohody, obsahují tyto Pravidla 2013 tzv. „UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – based Investor State Arbitration“; těmito se budeme zabývat samostatně dále v této kapitole- na tomto místě mělo být pouze poukázáno na skutečnost, že teprve verze Pravidel z roku 2013 reflektuje specifitnost investičního rozhodčího řízení, kterou vnímá i komise UNCITRAL a výslovně tak tuto skutečnost zohlednila implementací těchto pravidel o transparentnosti, která se aplikují vždy, pokud dojde k volbě pravidel UNCITRAL jako procesní platformy pro řešení sporu z investic dle Dohody uzavřené dne 1. dubna 2014 a nebo později (pokud mezi smluvními stranami Dohody není sjednáno jinak) a nebo strany s strany s jejich aplikací pro případ investičního sporu (nikoliv dle Dohody) souhlasí. Totéž platí pro případ investičního sporu z MIT uzavřené před 1. 4. 2014 tam, kde se Vysoké smluvní strany na jejich aplikaci dohodnou.

³³⁵ Původní verze pravidel pochází z roku 1976 a jednalo se tak fakticky o první institucionální vzorové rozhodčí pravidla, která byly pro účely mezinárodního rozhodčího řízení (vč. investičního), používána-aktualizace z roku 2010 fakticky odstraňuje praxí prověřené nedostatky a reflektuje technologický posun posledních 30 let.

³³⁶ V rámci procesních pravidel UNCITRAL ale není zachována kontinuita *ratione temporis* mezi původním (1976) a novým(2010) znění Pravidel: čl. 2 Pravidla totiž stanoví, že tam, kde strany uzavřely rozhodčí smlouvu či dohodu odkazem na rozhodčí pravidla UNCITRAL po 15.8.2010, platí, že se jedná o Pravidla 2010, pokud strany neujednaly použití specifické verze (předcházející) pravidel. Toto však neplatí tam, kde byla oferta skrze *offer to arbitrate* dána před uvedeným datem, byť akceptace proběhla až po uvedeném rozhodném datu.

ICSID nebyla otevřena k podpisu. Nicméně i po vytvoření Úmluvy ICSID Pravidla UNCITRAL hrají tradičně vedle zmiňované Úmluvy nezastupitelnou roli, když mnoho z „offer to arbitrate“ obsažených v historických generacích BITs dávali investorovi na výběr, zda spor zahájit u Střediska ICSID dle jeho pravidel, nebo v rámci ad hoc řízení dle Pravidel UNCITRAL. V další části této kapitoly se zabýváme výlučně verzí Pravidel z roku 2013, která reflektuje námi zkoumaná specifika investičních sporů (byť srze *Transparency Rules*)³³⁷, s event.

³³⁷ V tomto ohledu je velice zajímavé znění preambule rezoluce Valného shromáždění OSN č. 68/109, kterou byla Pravidla 2013 přijata: tato totiž shrnuje samotnou historii založení UNCITRALU, který byl založen za účelem harmonizace a unifikace práva mezinárodního obchodu ve prospěch všeho lidu, a především lidu jednotlivých rozvojových zemí, v rámci extenzivního rozvoje mezinárodního obchodu; valné shromáždění OSN dále vnímá rozhodčí řízení jako významný způsob řešení sporů mezi státy a investory, přičemž si je vědomo toho, že pravidla UNCITRAL se extenzivně aplikují i pro případy investičních sporů a jejich řešení a proto identifikuje Valné shromáždění potřebu ustanovení pro zajištění transparentnosti v těchto sporech mezi soukromými investory a státy právě *za účelem zohlednění veřejného zájmu dotčeného v takovýchto řízeních*; Přičemž se preambule uzavírá vyslovením domněnky, že pravidla o transparentnosti v investičních sporech značně přispějí ke vzniku harmonizovaného právního rámce pro řádné a spravedlivé řešení investičních sporů, zvýšení transparentnosti, přičitatelnosti a podpoře dobré správy.

Výše popsaná východiska, jež vedli komisi UNCITRAL a následně Valné shromáždění OSN k vytvoření a přijetí daných Transparency Rules představuje velice zajímavý obrát-obrát, který je zřejmý mimo rozhodovací sféru a to přímo ve znění rozhodčích pravidel, jenž poprvé výslovně artikuluje potřebu zajištění průhlednosti daného rozhodovacího systému respektive, veřejně akcentuje nikoliv jako klíčovou hodnotu ochranu zahraničních investic, ale naopak ochranu veřejného zájmu žalované Vysoké smluvní strany, což lze jistě bezprostředně vnímat na jednu stranu jako známku snahy o nalezení rovnováhy zájmů stran sporu a na druhou stranu jako snaha o zvýšení přehlednosti a kontroly veřejnosti nad spory států s investory, které se běžně týkají miliardových částek, ovšem tradičně pojímaná řízení dle pravidel UNCITRAL byla povětšinou tajná a bez dohody stan sporu nebyl nález zveřejněn tudíž veřejnost se nedozvěděla, z jakého důvodu, proč a kvůli komu je třeba z veřejného rozpočtu jejich stát povinován uhradit částku přiznanou rozhodčím nálezem. Posledním, ovšem jistě nezanedbatelným aspektem je v tomto ohledu i politická rovina celého systému, který nyní prochází svým postmoderním obdobím, které bylo ve svém počátku (zejména mezi členskými státy EU) definováno dle autora snahou vedoucí k destrukci systému, který byl též ze strany účastníků systému (investory) i zneužíván (viz případ *Phoenix Action Ltd. v. Česká republika*), přičemž motivátorem resp. odůvodněním směrem k veřejnosti co do likvidace systému ochrany investic byl poukaz na skutečnost, že tento systém představuje právní nástroj pokračování postkoloniální politiky rozvinutých zemí vůči

akcentací přecházejících verzí Pravidel UNCITRAL, jejichž použitelnost je, jak bylo výše poznamenáno, časově limitována dle čl. 1 odst. 2 Pravidel, počínaje pravidly z r. 2010, strany se však mohou dohodnout i na aplikaci jiné verze pravidel.

Definiční rámec investičního nároku je třeba v Pravidlech UNCITRAL 2013 hledat obdobně jako v případě Úmluvy ICSID hledat u definice oznámení rozhodčího řízení³³⁸ (dále jen „**Oznámení**“), kterou ve smyslu čl. 3/1 Pravidel UNCITRAL oznámí navrhovatel protistraně (odpůrci) své rozhodnutí řešit vzniknuvší spor prostřednictvím rozhodčího řízení, přičemž s doručením tohoto Oznámení protistraně je tak inherentně spojen i okamžik zahájení rozhodčího řízení. V článku 3/3 Pravidel UNCITRAL je pak specifikován minimální rozsah a náležitosti oznámení, které musí obsahovat:

- a) Požadavek, aby dále specifikovaný spor byl řešen prostřednictvím rozhodčího řízení;

rozvojovým a proto (zejména na území EU) pro něj již není místo, neboť představuje nástroj pozitivní diskriminace v právním systému, který je natolik efektivní, že např. uvnitř Unie lze ochrany investic dosáhnout jinými prostředky než bilaterálními dohodami (viz např. tisková zpráva Evropské komise: komise vyzývá členské státy k ukončení platnosti jejich dvoustranných dohod o investicích v rámci EU, Brusel, 18.6.2015, dostupné skrze www.europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_cs.pdf, naposledy navštíveno dne 13.11.2016). Česká republika byla jednou z prvních členských zemí, která již v roce 2008 na tuto výzvu reagovala přijetím Vládního usnesení č. 853 z 9.7.2008, kterým vyslovila souhlas s postupem ČR při ukončování INTRA-EU BITs, přičemž dne 1.12.2008 bylo Vládou ČTR přijato usnesení vlády č. 1529, kterým vyslovila tato souhlas se sjednáním dohod o změně a ukončení platnosti Dohod o podpoře a ochraně investic s dalšími členskými státy EU.

Druhou stranou mince však je skutečnost, že tyto nástroje ochrany investic představují pro smluvní strany Dohod též i značné riziko (a z hlediska ČR lze tyto možná považovat za mnohem silnější motivátor k ukončení předmětných Intra-EU BITs), resp. omezení, limitující právo státu na vnitřní správu a regulaci jeho záležitostí a proto samozřejmě zazněly též hlasy, že takovéto Dohody jsou fakticky z hlediska vnitrostátní politiky limitující a tudíž je na místě je ukončit, což však znamená i konec ochrany systému investic v podobě, v jaké jej známe v dnešní době.

³³⁸ V originále „Notice of Arbitration“.

- b) Jména a kontakty stran sporu;
- c) Identifikace rozhodčí smlouvy či dohody, dle níž má být dána pravomoc věc projednat dle Pravidel UNCITRAL;
- d) Identifikace smlouvy či jiného právního nástroje, z něhož nebo v souvislosti s nímž vznikl spor, anebo v případě neexistence takového smluvního nástroje, krátký popis relevantních právních vztahů;
- e) Obecný popis *nároku* a vymezení dotčené (žalované) částky-její výše, pokud je žalováno na peněžité plnění;
- f) Žalobní petit- tj. specifikace práva či povinnosti, o níž by mělo být ve sporu rozhodnuto;
- g) Návrh ohledně počtu rozhodců, jazyka a místa řízení tam, kde se smluvní strany na těchto otázkách již dříve nedohodly.

Navazující odstavec 4 téhož článku pak stanoví fakultativní obsah Oznámení³³⁹.

Z uvedeného výčtu čl. 3 je zřejmé, že Oznámení je procesním „nosičem“ hmotněprávního základu nároku obdobně, jako je tomu v případě žádosti dle Úmluvy ICSID, kdy dle pravidel UNCITRAL je zde zřejmý extenzivnější náhled na rámec poskytovaných informací, ohraničující nárok v jeho procesní rovině, což je však dáno obecnou použitelností Pravidel UNCITRAL na řešení sporů v rámci rozhodčího řízení (na

³³⁹ A to jako návrh a jmenování tzv. „*appointing authority*“ dle čl. 6/1 Pravidel UNCITRAL, návrh na jmenování jediného rozhodce dle čl. 8/1, oznámení o jmenování rozhodce dle čl. 9 nebo 10 Pravidel UNCITRAL. Absence těchto náležitostí však nebude mít za následek neúčinnost Oznámení co do zahájení řízení ev. jinak s ohledem na průběh řízení dle Pravidel UNCITRAL- v tomto ohledu Pravidla UNCITRAL v čl. 3 odst. 4 pamatují i na takový případ, kdy by pro vady Oznámení existovaly pochybnosti, zda řízení bylo zahájeno- daný článek tento problém sanuje tak že jakékoliv nedostatky v Oznámení nemohou být na překážku ustanovení rozhodčího senátu, který pak bude povolán k tomu, aby tyto eventuální spory co do obsahu a náležitostí Oznámení vyřešil a sám rozhodl.

rozdíl od Úmluvy ICSID, která je fakticky co do typu řízení jednoúčelová).³⁴⁰

3) Rozhodčí pravidla ICC

Poslední z námi zkoumaných rozhodčích pravidel jsou pravidla vytvořená v rámci mezinárodní obchodní komory- ICC,³⁴¹ při níž byl zřízen, jako nezávislý rozhodčí orgán, rozhodčí soud ICC se sídlem v Paříži.³⁴²

Poslední aktualizace Pravidel ICC proběhla v roce 2012, přičemž tato novelizace výslovně nereflektuje specifika investičního rozhodčího řízení, když daná pravidla jsou inherentně spjata primárně s problematikou obchodních sporů mezi soukromými subjekty-podnikateli. Ovšem současně s novelizací Pravidel vydává ICC zprávu své komise, která obsahuje instrukce³⁴³, jakým způsobem by měly strany v případě investiční arbitráže modifikovat psaná Pravidla ICC tak, aby

³⁴⁰ Co do dalších specifik řízení dle Pravidel UNCITRAL/ICSID a jejich procesním specifikům viz BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Rights And Duties of the Parties in Connection with Taking of the Evidence in Investor-State Arbitration, in: *Czech (& central european) yearbook of arbitration*®, *Rights and Duties of Parties in Arbitration* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ROZEHNALOVÁ, N, eds.), IV. Vol., 2016, Huntington: Juris Publishing,, ISBN:978-90-824603-2-2, str. 3 a násl.

³⁴¹ V originále „*International Chamber of Commerce*“.

³⁴² Statut Rozhodčího soudu ICC tvoří přílohu č. 1 Rozhodčích pravidel ICC-dle čl. 1 je jeho cílem zajištění aplikace rozhodčích pravidel, k čemuž je i zmocněn a pověřen, přičemž současně se jedná o zcela na ICC nezávislý orgán.

³⁴³ ICC Commission Report, States, State Entities and ICC Arbitration, Paris: ICC, 2012 , dostupné elektronicky skrze: <http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities-under-the-ICC-Rules-of-Arbitration,-2012/> (naposledy navštíveno 13.11.2016).

tyto reflektovaly specifika diagonálního investičního sporu (dále jen „Zpráva komise“).

Pravidla ICC uvozují „nárok“ již v definicích, jakožto nárok, nebo nároky jakékoliv strany vůči druhé straně.³⁴⁴ Vymezení nároku musí být obsaženo v žádosti o zahájení rozhodčího řízení (dále jen „Žádost“)³⁴⁵ adresované Sekretariátu ICC skrze jakoukoliv jeho kancelář vymezenou ve vnitřních pravidlech ICC³⁴⁶ (dále jen „Kancelář“). Datum doručení Žádosti Kanceláři je pak považováno za datum zahájení rozhodčího řízení. Žádost musí mj. obsahovat popis povahy a okolností sporu, z něhož nároky plynou, jakož i okolnosti, za nichž nároky vznikly,³⁴⁷ specifikace žalobního petitu, společně s kvantifikací nároků a v možném rozsahu i odhad resp. ocenění peněžité hodnoty (výše) jakýchkoliv jiných nároků.³⁴⁸

Obdobně jako v případě dvou dalších druhů rozhodčích pravidel analyzovaných výše, i v tomto případě má Žádost význam co do účinků spojených se zahájením řízení resp. co do určení okamžiku zahájení řízení jako takového.³⁴⁹

Na Pravidla ICC pak navazuje Zpráva Komise, která písemně zachycuje vývoj rozhodčího systému ICC co do participace států a polostátních subjektů v něm z hlediska zažitých pravidel, obyčejů a doporučení.³⁵⁰

³⁴⁴ Viz bod (iii) čl. 2 Pravidel ICC.

³⁴⁵ Viz čl. 4/1 Pravidel ICC.

³⁴⁶ Viz čl. 5 Přílohy č. II Pravidel ICC .

³⁴⁷ Viz čl. 4/3 písm. c) Pravidel ICC.

³⁴⁸ Viz čl. 4 odst 2 písm. d) Pravidel ICC.

³⁴⁹ Viz čl. 3 a čl. 3 odst. 2 Pravidel ICC.

³⁵⁰ Bod 4. úvodu Zprávy Komise.

Z hlediska pravidel ICC se tak nejedná o psaná pravidla, nýbrž pouze o rovinu obyčejových pravidel a zvyklostí doporučovaných k implementaci do samotného znění rozhodčí doložky či rozhodčí „oferty“ zahrnované do samotné hmotněprávní smlouvy či dohody, ev. pro případ jejího dodatečného sjednání po vzniku sporu, tj. z tohoto hlediska Zpráva komise skutečně představuje toliko rovinu doporučující, resp. „*soft law*“, oproti *Transparency rules*, aplikovatelných v souvislosti s Pravidly UNCITRAL, kterážto (*Transparency rules*) se aplikují bez dalšího za předpokladu, že stranou sporu je státní (suverenní) entita.

4) Závěrem ke společným znakům procesní roviny definice nároku v rámci zkoumaných rozhodčích pravidel

Z uvedeného srovnání procesních pravidel je tedy možné konstatovat, že „žádost o zahájení rozhodčího řízení“ v té které obměně v jednotlivých procesních pravidlech představuje procesní prostředek-fakticky nosič informací - vymezující rozsah skutečností rozhodujících jednak pro stanovení pravomoci Střediska ICSID (vymezení stran a jejich souhlasu s rozhodčím řízením vedeným před Střediskem), jakož i pro meritorní vymezení podstaty sporu a oprávněnosti uplatňovaného nároku a současně z čistě procesního hlediska představuje taktéž první úkon ve věci, tj. inicializaci institucionalizovaného mechanismu pro řešení sporů v důsledku čehož pak adresátům tohoto jednání vznikají nová procesní práva a povinnosti předvídané rámcem stanovených procesních pravidel za účelem řešení v žádosti vymezeného sporu (uplatňovaného nároku). Nutno podotknout, že ale dle takto nastavených pravidel se může zahájení řízení domáhat fakticky kdokoliv, kdo naplní formální znaky procesních požadavků stanovených danými rozhodčími pravidly, přičemž byť investiční rozhodčí řízení jsou specifická právě oním oddělením obou fází - a to na řízení o pravomoci a následně fází meritorní, když zjevný posun co do posuzování specifík investičního rozhodčího řízení je patrný právě jen

v rozhodovací praxi střediska ICSID; na druhou stranu však právě tyto pravidla dotvářená a formovaná skrze rozhodovací praxi činí tento model zcela nepředvídatelným, respektive - subjektivně závislým na většinové vůli a *přesvědčení* rozhodčího senátu o tom, zda a jak se s daným případem nakonec vypořádá a tudíž zde neexistuje systémový prvek ochrany proti zneužití tohoto systému.

Na tomto místě je třeba zdůraznit, že Washingtonská úmluva jako jediná jakožto uzavřený systém současně vylučuje všechny ostatní způsoby řešení takto notifikovaného sporu a to výslovně vůči domovskému státu investora - smluvní strany (Washingtonské úmluvy) skrze závazek zakotvený v jejím čl. 27, dle kterého nebude domovský stát investora akceptujícího nabídku k rozhodčímu řízení uplatňovat takovýto nárok prostřednictvím nástrojů diplomatické ochrany nebo uplatněním daného nároku (z porušení takového mezinárodního závazku) hostitelským státem.³⁵¹

Východiskem je skutečnost, že ICSID rozlišuje odlišné povahy nároků z porušení investice a současně respektuje resp. přiznává přímá práva rovnou investorovi – je zde zřejmá dělicí čára u těchto nároků, tj. zásah do práv investora fakticky zakládá nároky v obou rovinách, ovšem uplatněním jedné (investiční) zakládá de facto litispendenci pro uplatnění druhé, což by samo o sobě mohlo založit porušení pravidel MPV zakotvených v ICSID- porušení závazku neuplatňovat jakékoliv jiné metody řešení sporů z investic v okmažiku, kdy je nastoupena cesta skrze řízení před Střediskem ICSID- což ovšem obě roviny nároku nerozlučně spojuje, tj. umožňuje čistě jednu z forem uplatnění nároku, který současně představuje zásah jak do práv investora, tak do práv domovského státu a iniciace nápravy takového zásahu buď investorem

³⁵¹ To však neplatí v případě, kdy Vysoká smluvní strana nesplní svůj závazek vyplývající z pravomocného rozhodčího nálezu vydaného na základě Washingtonské úmluvy prostřednictvím rozhodčího senátu konstituovaného skrze Středisko ICSID a v souladu s jeho pravidly.

a nebo jeho domovským státem vylučuje dle Washingtonské úmluvy- co do nalézacího řízení- jeho uplatnění druhým z dotčených subjektů.

10.2. Hierarchie použitelných procesních pravidel, otázky nacionalizace versus denacionalizace investičního rozhodčího řízení

Na základě analýzy výše uvedených procesních pravidel je třeba před závěrem této práce alespoň načrtnout i procesní matici použitelných pravidel navzájem a to jak z hmotněprávního, tak z procesně-právního hlediska. Zatímco těžiště práce se zaměřilo na problematiku hmotněprávních aspektů, kterými jsme se zabývali nejintenzivněji, je zřejmé, že tato rovina plyne z Dohod, které vytvářejí faktický obrys resp. schéma práv a povinností ve dvou rovinách- a to jak diagonálně, tak horizontálně. Zatímco obsah horizontální roviny práv a povinností je naplňován samotnými závazky plynoucími mezi jejími Vysokými smluvními stranami přímo a jsou doplňovány obecným mezinárodním právem veřejným, pak diagonální rovina představuje ze strany Smluvních stran vůči jednotlivcům rámec vesměs závazkový (a to jak v rovině primárních, tak i sekundárních povinností), zatímco investorovi z tohoto de- facto „mimosmluvního vztahu“ plynou primárně práva a to jak hmotněprávní, tak procesně právní povahy. Právě tyto práva procesně-právní povahy jsou určující pro ustanovení specifické formy právní subjektivity investora- subjektu soukromého práva v rovině MPV, ovšem na základě právního jednání či opomenutí vnitřních orgánů zavázaného státu- tj. na základě porušení práv či povinností investora- subjektu soukromého práva subjekty nadanými veřejnou mocí vykonávanou však jednotlivci.

Tento „teoretický model“ myšlenkového rámce pak tvoří hierarchii použitelných norem v rámci investičního rozhodčího řízení. Zde je třeba poukázat na skutečnost, že na rozdíl od řízení dle Pravidel ICSID- Washingtonské úmluvy, která je mezinárodní dohodou a fakticky vytváří uzavřený rámec, který se uzavírá dovnitř a současně vylučuje jakékoliv jiné formy pro řešení sporů- v důsledku čehož tak představuje

archetyp denacionalizovaného rozhodčího řízení, pak jakékoliv jiné (investiční) rozhodčí řízení vedené dle pravidel UNCITRAL či ICC je naopak řízením, které je obsahově podřízeno *lex loci arbitri*, tj. jedná se o řízení, které svou podstatou zůstává podřízené vnitrostátnímu (rozhodčímu) procesnímu právu majícím limitující vliv na rozsah rozhodčích pravidel (co do norem veřejného pořádku), kde *per analogiam* (alespoň z hlediska práva ČR ve smyslu §31 ZRŘ) existuje subsidiární ingerence soudní moci do rozhodovacího procesu rozhodčího senátu ve formě funkce podpůrné- jmenování rozhodců, přezkum pravomoci, zrušení rozhodčího nálezu, etc. Na druhou stranu denacionalizované rozhodčí řízení (ICSID) jako uzavřený systém je odděleno od vnitrostátních vlivů resp. ingerence moci soudní práva státu místa řízení a reguluje jmenované otázky v rámci samotného svého hmotněprávního základu-mezinárodní úmluvy představující konsensus vysokých smluvních stran. Z procesního hlediska (byť tak bylo již výše uvedeno) je ale třeba poukázat na jurisdikční specifikum Úmluvy ICSID oproti jiným rozhodčím pravidlům použitelným pro řešení sporů z investic a to je právě dvojitý standard pro založení pravomoci jak skrze Dohodu, tak skrze Úmluvu ICSID (viz čl. 25 Úmluvy ICSID a to jak *rationae materiae*, tak *rationae personae*). Samozřejmě zcela samostatnou kapitolou co do procesních pravidel jsou mechanismy řešení sporů z Dohod (povětšinou o jejich výklad a aplikaci, byť jsme se v této práci setkali i s úvahou nad použitelností takovýchto doložek pro řešení sporů mezi státem a investorem druhého státu).

11. ZÁVĚR NEBO TAKÉ POČÁTEK: INVESTOR (NE)SPOUTANÝM PROMÉTHEEM?

Účelem této práce bylo navázat na předcházející paradigmata v oblasti zkoumání problematiky dispozice s investičními nároky investorů. Ideově jsem proto navázal na svou předcházející práci v této oblasti, která však fakticky zkoumala pouze „projevy“ skutečné povahy investičního nároku. Zkoumání této problematiky, jak je alespoň autorovi známo, se v akademických kruzích zaměřovala toliko na onu popisnou rovinu věci. To je ovšem samozřejmé, neboť ona analogie s problematikou diplomatické ochrany, jejich společnými východisky a sdílení obdobných metod k tomu zcela bezprostředně svádí. O to více, že samotná problematika ochrany investic je zcela hraniční disciplínou, která protíná a vystupuje na styčných rovinách politických a právních, a to z hlediska práva jak vnitrostátního, tak i práva mezinárodního (a v hmotněprávní, tak i procesně-právní rovině). Tato „metropolitnost“ systému ochrany investic resp. řešení sporů z investic se pak nutně projevuje i ve sféře praktické – nelze se tedy podívat nad tím, že každý z rozhodců angažovaných v této agendě do „svých“ rozhodnutí vkládá kousek sebe ve formě svého osobního, odborného, kulturního a sociálního „já“. Tento „tavící kotlík“ pak přitahuje široké spektrum advokátů, autorů a jiných odborníků, kteří danou pestrost dále umocňují už jen tím, že danou problematiku zkoumají z různých úhlů pohledu a optikou rozličných systémů (viz více Anthea Robinson a její sociologická studie investičního rozhodčího řízení). Tento uměle vytvořený právní labyrint pak umožňuje zkoumat různými způsoby něco, co nebylo dle mého nejlepšího vědomí a svědomí, doposud pojmenováno a samostatně zkoumáno *přímo*. Zatímco tedy povaha investičního nároku a projevy jeho dispozitivnosti byly podrobeny zkoumání zevrubnému, autor si není vědom toho, že by zde existovala práce, která by si kladla za cíl zodpovědět otázku *proč?* Proč by měl být investiční nárok v dispozici investora a nikoliv státu. Byť tedy tato práce vycházela z uvedených tezí, neboť autor sám původně tuto

problematiku zkoumal optikou popisnou ve vztahu k projevům dispozitivní povahy investičního nároku, musela být tato klíčová otázka směřující k podstatě věci zodpovězena.

Východiskem pro zkoumání tématu se tak staly kořeny úpravy problematiky ochrany cizinců-státních příslušníků jednoho státu na území druhého státu (diplomatická ochrana) jakožto obyčejový „předchůdce“ systému ochrany investic, což vedlo autora nezbytně do problematiky odpovědnosti státu za porušení svých závazků vůči druhému státu ve smyslu Vídeňské úmluvy o mezinárodním smluvním právu, kde však narážíme na paradox „dvojkolejnosti“ odpovědnosti státu v případě porušení mezinárodního závazku u Dohod jak vůči druhé Vysoké smluvní straně, tak vůči adresátovi dané normy, což je investor. Tento paradox pak donutil autora rozvinout důsledky tohoto zjištění dále směrem k otázce právní subjektivity v mezinárodním právu veřejném, kde zjistil - byť argumentací kruhem (ovšem stejným argumentem jaký aplikoval Mezinárodní soudní dvůr v případě *Reparation for Injuries!*), že fakticita v tomto ohledu překonává umělou konstrukční sílu práva, když je zcela nezbytně nutné dovodit, že investor je z vůle Vysokých smluvních stran Dohod subjektem mezinárodního práva veřejného *sui generis!*

Na základě tohoto zjištění pak již bylo zcela zřejmé, že doktrína tzv. „nepřímých“ či „svěřených“ práv, dle které fakticky investor „nazouká boty státu“, aby jménem státu a v jeho prospěch vymáhal nárok, který je však bytostně vlastní investorovi- resp. svědčí ve všech ohledech investorovi. Na tomto teoretickém základě pak již bylo nezbytně nutné dovodit, že investor z hmotněprávního hlediska plně disponuje s investičním nárokem sám bez souhlasu svého domovského státu, přičemž limitním faktorem zde zůstávají ev. mantinely procesní. Rámec a variabilita těchto procesních pravidel i co do procesní povahy nároku jsou pak zkoumány v poslední kapitole této práce.

S ohledem na výše uvedené závěry pak autor zde v závěru dochází k rozhodnutí, že poslední z kapitol původně zvažovaných pro tuto práci, a to část týkající se judikatury k problematice postoupení investičního nároku a financování ze strany třetích stran pozbývá významu, neboť daná myšlenka je prozatím praxí neotřelá. Současně, pokud zde (prozatím teoreticky) nejsou limity co do dispozice s nárokem, není zřejmě třeba zkoumat ani problematiku financování sporu třetí stranou. Důsledky uvedených závěrů pak (pokud se prakticky osvědčí) mohou mít zcela zásadní význam pro pojmání systému ochrany investic a výkladu diagonálních vztahů tam, kde je účastníkem státní entita. Investor totiž nebude limitován co do uplatňování svých nároků vůči hostitelskému státu svou vlastní osobou jakožto jediného možného nositele těchto práv a povinností, od nichž se doposud mohl odpoutat teprve až poté, co rozhodčí senát vydal konečný nálezný, který slouží jako exekuční titul, kde již jednota „osoby“ investora s osobou uplatňující či vymáhající nárok nebyla třeba. Pouze praxe však může ukázat, zda je tato teorie životaschopná.

Na úplný závěr bych však rád směřem k pozornému a věrnému čtenáři vyřkl ještě jednu teoretickou úvahu o směřování a budoucnosti investičního rozhodčího řízení vůbec, neboť i tato práce si kladla za cíl přispět svým dílem do diskuse k obhajobě legitimacy investičního rozhodčího řízení. Svět se totiž mění-nebo se možná mění lidé; dnešní doba zahlcuje jedince neutuchajícími proudy onipotentních informací a zpráv, tedy vjemů natolik rozličných, že je velice těžké se dnes v přehrášl tohoto informačního „hluku“ vlastně orientovat. Oblast práva, respektive justice v širším slova smyslu je zejména pak v České republice (v důsledku drtivé přívalové vlny, kterou vyvolal revoluční rok 2014), stížena stejnými neduhy, které doléhají na lidské pokolení- snad ve jménu pokroku-a pro pomíjivou vidinu světlých zítřků, snad ve všech oblastech našeho bytí. A stejně jako je ztracen v této době sám její strůjce - „moderní člověk“ a jeho společenské konstrukty stvořené v zájmu uchování „dobrého a krásného“, jsou tomuto neúprosnému

vývoji vystaveni i samotní „stvořitelé“ systému mezinárodního práva - svrchované státní entity.

Byť systém moderního práva veřejného vykvetl z rozvalin koloniálních dob a v zájmu zachování této planety budoucím generacím, ve své podstatě je to opět jen produkt lidstva a je tedy neodvratně odsouzen sdílet strasti člověka - ovšem pomaleji, o to však majestátněji a to se všemi důsledky z toho plynoucími – v pravdě rozsahu tragédie rozměrů antických tam, kde se investor jako David postaví Goliathickému Suverénovi, neboť výsledek takového sporu v mnoha případech odsoudí poraženou stranu k (ekonomické) záhubě. Přitom však důvodem vzniku těchto sporů jsou vždy jen pochybení jednotlivců-lidí, plynoucí z jejich vlastního jednání, znalostí a rozhodnutí-a to na obou stranách barikády. V důsledku tak nakonec vždy proti sobě stojí zase jen fyzické osoby, byť odosobněny v rolích advokátů či rozhodců, kteří nesou na svých bedrech tíhu těchto rozhodnutí, kterých však, za předpokladu, že by v důsledku hektičnosti dnešní doby nebylo právo na ústupu přepjatému formalismu, snad ani nebylo třeba. Tato teze rozhodně neznámá, že (investiční) rozhodčí řízení jest přežitkem; právě naopak-pokud by byl systém práva naplněn hodnotovými maximami obětavě dodržovaný povinnými, potom by takovýto mechanismus řešení sporů byl jediným možným pro skutečně spravedlivé posouzení těchto sporů. Podstatou je rovnováha a dodržování předvídatelných předsevzatých pravidel, bez nichž nelze hovořit o právu jako o regulačním sociálním systému.

A právě ona nepředvídatelnost a překotnost námi stvořeného systému naklání nebezpečně jazýček vah k hraně, za níž již nebude návratu. A potom stejně tak, jako „moderní člověk“ prchá z měst do hor, pryč, co nejdále od vlastního „hluku“, stejně tak i samotné státy možná raději ukončí a opustí systém Dohod, čímž však dojde k sebedestrukci celého systému ochrany investic, tak jak jej dnes známe. To ale nakonec povede pouze k omezení mezinárodního obchodu, přílivu investic a podpoře rozvíjejících se zemí, pro něž jsou zahraniční investice mnohdy jediným

způsobem, jak se vymanit z chudoby a zajistit svému obyvatelstvu alespoň základní infrastrukturu pro důstojný život.

A nakonec v tomto scénáři by to byl i sám investor, který zůstane neschopen svůj nárok uplatnit a hájit před skutečně nezávislým a nestranným rozhodčím senátem, odosobněným od národních a mocenských pout vrhajících stín (byť nevyslovené „-strannosti“) zaměstnanců vnitrostátní justice vůči cizinci - investorovi, který však nemá kam jinde se se sporem obrátit. Proto je třeba na místo eskalace výkyvů systému ochrany investic usilovat o jeho sjednocení, ustálení a vytvoření denacionalizované rozhodčí platformy, jejíž legitimita spočine v kvalitě její rozhodovací činnosti, která jediná může garantovat opravdu spravedlivé řešení sporů mezi investory a hostitelskými státy a přispět tak nejen k rozvoji civilizovaných zemí, ale i k úctě a respektu k (mezinárodnímu) právu jako takovému.

Máme před sebou ještě dalekou cestu.

§§§

12. RESUMÉ

Dispozice s investičním nárokem

Autor si klade za cíl analyzovat a v rámci systému ochrany investic stanovit, zda vůbec, a pokud ano, za jakých podmínek může poškozený investor nakládat se svým nárokem plynoucím z porušení příslušné Dohody a zda je možné ze strany investora disponovat s investičním nárokem plynoucím z porušení předmětné Dohody o ochraně a podpoře investic a převádět jej různými způsoby na třetí osoby (subjekty) a to nejen s ohledem na způsob takového převodu, ale i s ohledem na subjekty, na které je možné daný nárok převést (soukromá osoba, stát). Možné dispozice jsou zkoumány s ohledem na existující rozhodovací praxi jednotlivých rozhodčích platforem pro řešení sporů z investic (zejména pak UNCITRAL, ICC, ICSID).

Tato práce si klade primárně tři cíle, jejichž dosažení je vzájemně podmíněno a dílčí závěry kapitoly předcházející zakládají východiska pro kapitoly následující. Prvním z uvedených cílů, který tvoří východisko pro další kapitoly, je definování investičního nároku jako primárního předmětu a objektu našeho zkoumání, a to ve všech jeho modalitách (tj. hmotně-právně a procesně).

Následně se autor zaměřuje na zkoumání podstaty investičního nároku.

Dále je analyzována podstata investičního nároku a jeho oddělitelnost z diagonálního rámce vztahů mezi smluvními státy BIT a investorem s cílem zodpovědět otázku, zda investiční nárok vyčleněním z diagonální matice může existovat bez dalšího v dispozici investora, anebo zda je inherentně spjat a svědčí spíše domovskému státu investora, když v důsledku porušení BIT dochází na jedné straně k zásahu do práv investora ale současně i do práv domovského státu investora. S ohledem na právní jistotu je třeba zodpovědět otázku, nakolik je nárok investora nezávislý od nároku jeho domovského státu, když oba tyto nároky vyplývají z jednoho jednání hostitelského státu a zda je investor bez

dalšího oprávněn s nárokem nakládat bez souhlasu jeho domovského státu.

Úvodem jsou v krátkém exkurzu představeny jednotlivé hmotně právní a procesně právní aspekty obsahu investičního nároku, tj. primární práva a povinnosti dle BIT, jejichž porušení představuje obsah nároku.

Následně je přistoupeno k analýze systému mezinárodní odpovědnosti s cílem určit, komu svědčí nároky vyplývající z porušení primárních závazků z BIT, jež zakládají práva a povinnosti sekundární, plynoucí z porušení primárních závazků založených skrze BIT.

Za zásadní lze považovat zjištění, že investor je v partikulárním režimu systému ochrany investic dle BIT subjektem MPV *sui generis*, a to v rozsahu práv a povinností mu svěřených Vysokými smluvními stranami Dohod toliko proto, že Vysoké smluvní strany investorovi (buď nepřímo skrze investici) ve sféře MPV vyhrazují přímo vymahatelná práva skrze závazek určitého standardu zacházení obsažený v BIT. Investorovi pak v případě porušení těchto primárních závazků současně svědčí práva odpovídající sekundárním závazkům hostitelského státu z porušení těchto standardů a to přímo, přičemž zahrnutím „*offer to arbitrate*“ do textace Dohod je investorovi umožněno se těchto přímých sekundárních práv sám domáhat vůči suverénovi - hostitelskému státu. Tato skutečnost byla v dřívějších odborných pojednáních považována za stěžejní argument teorie „přímých“ práv investora, ovšem čistě z hlediska následku, nikoliv jako důvodu. Skutečnost, že investor je (ne) přímým adresátem nároků plynoucích z odpovědnostních vztahů založených porušením primárních norem MPV mezi smluvními stranami a současně proto, že mu smluvní strany na základě vzájemného konsensu poskytnuly procesní prostředek pro přímé uplatnění takovýchto práv, učinily jej tak v duchu argumentace MSD v *Reparation for Injuries* subjektem mezinárodního práva *sui generis*.

V důsledku faktického uznání investora Vysokými smluvními stranami Dohody jakožto subjektu MPV pak je nezbytné dovodit, že investiční

nárok svědčí investorovi přímo, nikoliv odvozeně a je proto tedy v zcela v jeho dispozici.

Režim dvojkolejnosti systému odpovědnosti v MPV jasně rozlišuje adresáty jednotlivých sekundárních (odpovědnostních) nároků vyplývajících z porušení primárních norem MPV. V případě Dohod pak očividně není důvod zastávat rigorozní teze teorie odvozených práv, protože ta pomíjí onu dvojkolejnost sekundárních nároků, které u ní splývají v tentýž. Takový závěr neodpovídá ani teoretickému vymezení odpovědnostních vztahů, ani praktickému fungování systému ochrany investic, v němž jsou jak primární, tak sekundární individualizované závazky (*inter partes*) z Dohody resp. jejího porušení adresovány přímo investorovi a tomu svědčí i procesní nástroje pro přímé uplatnění těchto nároků vůči deliktnímu státu.

Dále je analyzován vztah mezi právem diplomatické ochrany a právem ochrany investic, lze uzavřít, že byť diplomatická ochrana s právem ochrany investic sice sdílí společný obyčejový pramen norem spadajících do kategorie ochrany cizinců, jedná se v obou případech o zcela odlišné systémy mající vůči sobě dle mého názoru vztah *lex specialis* (BITs) vůči *lex generalis* (diplomatická ochrana), kdy *lex generalis* může být ve smyslu komplementarity užit eventuálně podpůrně tam, kde to nebude v rozporu se smyslem a účelem *lex specialis* a ve vztahu k nárokům, které nespadají do režimu BIT a nebo jim není v rámci BIT poskytována procesní ochrana. Současně její nezastupitelné místo bude též z hlediska „mírového způsobu řešení sporů“ vyplývajících z BITs (co do interpretace) mezi vysokými smluvními stranami, byť tento mechanismus lze využít i jako kanál diplomatické ochrany.

Uvedená zjištění pak nutně alterují předvídanou strukturu práce, neboť ty z kapitol, které byly původně předvídaný pro případ, že by zjištění co do autonomie investora v nakládání s investičním nárokem byla jakkoliv limitována, byly vypuštěny.

Závěrem se zabýváme ještě některými vybranými procesními aspekty investičního nároku dle jednotlivých procesních pravidel pro řešení sporů z investic a jejich výkladem ve světle zjištění uvedené podstaty nároku, a „katalogizací“ jednotlivých typů těchto nároků.

13. SUMMARY

Disposition with the Investment Claim

Author aims to analyse and in the framework of the investment protection to answer a question if, and whether even an damaged investor is entitled to dispose with the investment claim; and if so, under which conditions such investment claim, stemming from the breach of the Bilateral Investment Agreement (hereinafter as “**BIT**”), not only in regard of the sole act disposal, but also in regard to the modes of such transfer of the title to the investment claim and to the pool of the potential addressees of such disposal. The modes of disposals are further analysed in relation to the relevant procedural laws applicable (UNCITRAL ICC, ICSID).

This work sets up primarily three aims, which reach is mutually conditioned and the partial conclusions of the previous chapters create the basis for the chapters following. First of the chosen aims is to define the investment claim as primary subject and object of this analysis, and in any and all of its modalities (i.e. subjective and procedural).

After defining the investment claim the work focuses on the analysis of the nature of the investment claim and on its separability out of the diagonal matrix created between the High Contracting Parties and the investor with an intent to answer a question, if the investment claim could exist out of the diagonal relationships without the Host state, therefore only in the full disposition of the investor. Answer to this question is crucial because according to the theory of derivative rights, the breach of the primary obligations stemming from the BIT represent the foundation of the claims against the Host state simultaneously at the side of the investor same as at the side of his Home state. Therefore it is necessary to answer, if the investor is entitled to dispose with the investment claim without further approval of its home state.

Further we briefly analyse the common BIT provisions containing the standards of protection as a primary laws and obligations stemming

from the BIT towards the investor and its Home state, which breach represent the content of the defined investment claim.

Afterwards we focus on the rules of international responsibility with an aim to discover the true addressee of the rights stemming from the breach of the relevant BIT.

We found as crucial a fact that the investor in the particular public international law system represents a subject of international law *sui generis* up to the extent of the rights and duties of the High contracting parties of the BITs have entrusted to the investor through the primary rights and obligations in the BIT and also by providing the offer to arbitrate as a procedural instrument for lodging of the claim by the investor directly against the host state in case of breach of the primary obligations thereof. Such directly vested rights and a possibility to pursue them directly against the sovereign represents, according to the ICJ decision in “Reparation for Injuries” case an evidence of the existence of the legal subjectivity of the investor in the BIT system *sui generis*.

Such recognition of the investor by the BIT parties leads us to a conclusion that the investment claim is attributable directly to the investor and it is in his full disposition.

The Regime of “parallel rights and obligations” in the international responsibility system clearly distinguishes the addressees of given secondary (responsibility) claims stemming from the breach of the primary obligations of the BIT. In case of BITs there is apparently no reason to follow the rigorous theory of “the derivative rights”, which ignores the parallel rights and obligations where it follows only the arrangement represented by the breach of the rights of the other state, not of the investor. But such conclusion does neither reflect the theoretical division of the laws of responsibility nor the practical reality of the functioning of the investment protection system at all, when the consequences of the breach of the primary obligations are concentrated directly in the hands of the investor.

Further we analyse the relationship between law of diplomatic protection and law of investment protection, it is possible to conclude that even the diplomatic protection share a common sources of customary law together with the law of investment protection, which is inherent to the law of the protection of foreigners, and it is in each case a completely different system. In this regard, the investment protection is of *lex specialis* nature to law of diplomatic protection, whereas the diplomatic protection rules could be used in a complementary manner where is not expressly given otherwise by BITs. Simultaneously, the diplomatic protection provides also for “peaceful resolution of disputes” which could be employed also for investment disputes, not only for interpretation purposes, as presumed by most of the BITs.

Provided conclusions therefore altered the original lineup of this work, because the chapters concerning with possible solutions for case that the investment disposition shall be at the side of investor limited, turned out to be obsolete.

Finally we analyse some of the chosen aspects of the investment claim according to ICC/UNCITRAL/ICSID procedural rules, from the prospective of the new conclusions of the nature of the investment claim and we try to provide a “catalogue” of the variables of such claims.

14. SEZNAM ZKRATEK A PŘEHLED ČASTO POUŽÍVANÝCH TERMÍNŮ ZEJMÉNA Z OBLASTI PRÁVA OCHRANY INVESTIC, ODBORNÝCH DEFINIC, PŘÍPADŮ A PRAMENŮ S VYSVĚTLIVKAMI

Není-li výslovně v této práci uvedeno, anebo z kontextu jinak neplyne, mají v této práci používané výrazy, termíny či zkratky následující význam:

I. Obecné

A

| | |
|------------------------|---|
| ADR | - Zkratka angl. „ <i>Alternative dispute resolution</i> “; alternativní způsob řešení sporů; |
| AF | - Zkratka pro „ Additional Facility “ zřízené při Středisku ICSID; oficiální překlad dle nejlepšího vědomí autora neexistuje; jedná se o samostatnou platformu zřízenou v působnosti Washingtonské úmluvy, pro řešení sporů z investic, které nespádají do pravomoci Střediska ICSID ve smyslu čl. 25/Úmluvy ICSID, spor rozhodovaný tímto „zařízením“ lze identifikovat použitou zkratkou AF před číslem jednacím ICSID ARB v čísle jednacím; |
| ARB | - Zde jako identifikátor způsobu řešení sporu před Střediskem ICSID (arbitration- rozhodčí řízení) ve sp. zn. sporu před číslem/rokem zahájení řízení; |
| Award (Partial) | - Rozhodčí nález (anglicky); „ <i>Partial Award</i> “ v tomtéž jazyce mezeitímní rozhodčí nález; |

B

| | |
|--------------------|---|
| BIICL | - Zkratka angl. orig. „ <i>British Institute of International and Comparative law</i> “; |
| BIT | - Zkratka anglického sousloví „Bilateral investment Treaty“ tedy dohoda o podpoře a ochraně investic, v textu též dále jako „Dohoda“ nebo „Bilaterální Dohoda“ nebo „Dvoustranná Dohoda“; |
| BITs | - Zkratka angl. orig. „ <i>Bilateral Investment Treaties</i> “ (množné číslo BIT); |
| „bifurkace“ | - Z angl. orig. „ <i>bifurcation</i> “; procesní mechanismus, dle kterého dochází v mezinárodním rozhodčím řízení k rozdělení fází řízení na stádium jurisdikční a meritorní; |

C/Č

| | |
|----------------------|---|
| Case no. | - Anglicky „spisová značka“ (zde především rozhodčího senátu resp. instituce, u níž je řízení vedeno); |
| Charta OSN | - Podepsána dne 26. června 1945 v San Francisku, USA, účinná od 24. října 1945, její součástí je Statut Mezinárodního soudního dvora; zakládající dokument Spojených národů (mezinárodní organizace); |
| Centrum ICSID | - Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic, případně též jako „ Středisko ICSID “; |
| ČNR | - Česká národní rada; |
| ČR | - Česká republika jako suverénní entita a subjekt MPV; |

- CUP** - Zkratka nakladatelství „*Cambridge University Press*“;
- CZ-CH BIT** - Dohoda mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 5. 10. 1990;

D

-
- Dohoda** - Dohoda o podpoře a ochraně investic, v textu též dále jako „**BIT**“ nebo „**Bilaterální Dohoda**“ nebo „**Dvoustranná Dohoda**“;
- Dohoda (Bilaterální)** - Dohoda o podpoře a ochraně investic, v textu též dále jako „**Dohoda**“ nebo „**BIT**“ nebo „**Dvoustranná Dohoda**“;
- Domovský stát (investora)** - Stát, který je smluvní stranou BIT a který je považován dle definic BIT za stát, z nějž pochází investor (zjednodušeno);
- Dvoustranná Dohoda** - Dohoda o podpoře a ochraně investic, v textu též dále jako „**Dohoda**“ nebo „**Bilaterální Dohoda**“ nebo „**BIT**“;

E

-
- EHS** - Evropský hospodářský prostor;
- EU** - Evropská unie;
- Expropriation** - Angl. „vyvlastnění“, vyskytuje se v podobách „*direct*“ (přímé) a „*indirect*“ (nepřímé) ev. „*regulatory*“ (taking), viz též „*regulatory taking*“;

F

| | |
|--|---|
| FCN Dohoda | - V originále „FCN Treaty“, tj. dohoda či dohody o přátelství, obchodu a navigaci, které jsou považovány za ideové předchůdkyně dohod o podpoře a ochraně investic; |
| FET | - zkratka z anglického originálu „ <i>Fair and Equitable Treatment</i> “, princip rovného a spravedlivého zacházení s investorem a investicí; |
| Fork in the Road | - Termín sumarizující doktrínu, dle které volba procesního řešení sporu z investice provedená investorem jiné prostředky či způsoby nápravy tvrzené újmy; specificky zakotvená v čl. 26 Úmluvy ICSID; |
| Full Protection and Security/ FPS | - Standard-závazek ochrany investice investora na území hostitelského státu zaručující obecně ochranu fyzické integrity; judikатурní vývoj standardu rozšiřuje ochranu i do roviny právní; |

H

| | |
|-------------------------------------|--|
| Hostitelský stát (investice) | - Převzato z angl.. orig. „ <i>host state</i> “, tj. stát, který jako smluvní strana BIT přijímá na svém území investice investora druhé smluvní strany BIT (viz. „ Domovský stát “); |
|-------------------------------------|--|

I

| | |
|----------------------|---|
| IBRD | - Angl. „ <i>International Bank for Reconstruction and Development</i> “; |
| ICA/ICC Court | - „ <i>International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce</i> “; |

- ICC** - „*International Chamber of Commerce*“-Mezinárodní obchodní komora se sídlem v Paříži;
- ICC Rules /ICC Rules 2012** - „*Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*“
- Rozhodčí pravidla Mezinárodní obchodní komory (ICC), účinné od 1. ledna roku 2012;
- ICSID Arbitration Rules** - „*Rules of Procedure for Arbitration Proceedings of ICSID*“;
- ICSID Institution Rules** - „*Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (Institution Rules) of ICSID*“;
- IIA** - „*International Investment Agreement*“, mezinárodní investiční dohoda uzavřena mezi hostitelským státem a investorem z odlišného státu formou dvoustranné dohody bez ingerence domovského státu investora;
- ILC ASR** - Zkratka z ang. „*International Law Commission Articles on State Responsibility*“; Pravidla mezinárodní odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání zpracované v rámci ILC a přijaté v roce 2001 ve formě návrhu článků obdobného znění jako tzv. „*Draft Articles*“;
- ILC** - Z orig. „*International Law Commission*“, Komise OSN pro mezinárodní právo, jejímž cílem a

posláním je propagace a podpora rozvoje MPV;

- Intra-EU BIT(s)** - Dohoda/y o podpoře a ochraně investic uzavřená/é mezi členskými státy EU;

L

-
- LCIA** - „*London Court of International Arbitration*“, Londýnský soud mezinárodního rozhodčího řízení;

- Lisabonská smlouva** - Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství;

- LZPS** - usnesení č. 2/1993Sb. Předsednictva ČNR o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky; Čl. 1 Dodatkového protokolu k Evropské úmluvě o ochraně základních práv a lidských svobod;

M

-
- MFN** - „*Most Favourite Nation*“ (*clause*), doložka nejvyšších výhod;

- Model (Law/Treaty)** - Modelové znění zákona či úmluvy zpracované pod dohledem specializované instituce (povětšinou OECD/UNCITRAL), které má sloužit státům či stranám jako vzor a inspirace při uzavírání či přijímání individuálních zákonů či úmluv v dané oblasti regulace; typický nástroj aproximace práva na mezinárodní úrovni;

| | |
|---------------------------|---|
| Minimální standard | - minimální standard ochrany investice investora dle mezinárodního práva veřejného pro ochranu cizinců; |
| MIT | - „ <i>Multilateral Investment Treaty</i> “; mnohostranná investiční dohoda; |
| MPV | - Mezinárodní právo veřejné (obecně); |
| MSD | - Mezinárodní soudní dvůr; |

N

| | |
|---------------------------|--|
| NAFTA | - Angl. „ <i>North American Free Trade Agreement</i> “, typický příklad MIT ; |
| National Treatment | - Standard národního zacházení s investicí investora; |
| NYÚml | - Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (1958); |

O

| | |
|------------------------------|---|
| Obiter (dicta) | - Lat., právní věta, tj. normativní část rozhodnutí; |
| OECD | - Angl.zkrat. „ <i>Organisation for Economic Cooperation and Development</i> “, česky „Organizace pro Ekonomickou spolupráci a rozvoj“; |
| OECD Draft Convention | - Angl. „ <i>The OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property</i> “(1967); vzorová úmluva o ochraně cizího majetku v zahraničí, která představuje prvotní vzor, východisko a inspiraci pro strukturu a obsah první generace BITs, viz též „ Model (Law/Treaty) “; |
| OSN | - Zkrat. Organizace spojených národů, v originálním angl. znění zkratka „UN“; |

- OSŘ** - zákon č.99/1963 Sb., občanský soudní řád, v aktuálním znění;
- OUP** - Zkrat. názvu Nakladatelství „*Oxford University Press*“;

P

-
- PCIJ** - Zkrat, angl. „*Permanent Court of International Justice*“, česky Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti;
- Pravidla UNCITRAL 2013** - Rozhodčí pravidla UNCITRAL 2010 revidované v roce 2013 doplněním odst. 4 čl. 1 zahrnující odkaz na tzv. „**Transparency Rules**“ pro investiční rozhodčí spory dle Dohod, Rezoluce Valného shromáždění OSN ze dne 16.12.2013 č. 68/109;
- Pravidla UNCITRAL 2010** - Rozhodčí pravidla UNCITRAL 1976, jak revidovány v roce 2010 rezolucí valného shromáždění OSN č. 65/22 (6. prosince 2010);
- Pravidla UNCITRAL 1976** - Původní znění rozhodčích pravidel - UNCITRAL Arbitration Rules, přijaté Valným shromážděním OSN rezolucí č. 31/98 (15. prosince 1976);

R

-
- Right to regulate** - Angl., právo hostitelského státu měnit investiční prostředí uvnitř svého území prostřednictvím opatření moci výkonné či zákonodárné dle svých zájmů a potřeb; zde z hlediska kolize

- tohoto práva s právem na ochranu investice investora dle BIT/MIT;
- regulatorní opatření** - Opatření hostitelského státu odůvodněné potřebou regulovat vnitřní poměry ve veřejném zájmu mající dopad do sféry investice investora, užíváno v souvislosti s omezením prvků vlastnického práva investora k investici, viz též hesla „right to regulate“ a „(regulatory) taking“;
- R.I.A.A.** - Angl. „*Reports of International Arbitral Awards*“, sborník vydávaný v rámci OSN od r. 1948, obsahující výběr rozhodčích nálezů ve smyslu čl. 38 Statutu MSD;

S

-
- Sb.** - Sbírka zákonů (ČR);
- Sb.m.s.** - Sbírka mezinárodních smluv (ČR);
- sp.zn.** - Zkrat. spisová značka (řízení), viz též „**Case no.**“;
- Statut MSD** - Statut Mezinárodního soudního dvora;
- Středisko ICSID** - Zkrat. Angl. „*International Centre for Settlement of Investment Disputes*“, česky: Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic, viz <https://icsid.worldbank.org>;
- Sunset Clause** - Typ smluvní doložky (mezinárodního smluvního práva), která stanoví zánik účinků dotčené

dohody poté, co platnost smlouvy uplyne či bude jinak ukončena;

T

-
- | | |
|----------------------------|--|
| Taking (Regulatory) | - Používáno ve spojení „ <i>Regulatory taking</i> “ jako synonymum pro (nepřímé) vyvlastnění v režimu ochrany investic; „ <i>taking</i> “ obecně používáno ve významu vyvlastnění; |
| Transparency Rules | - Angl. „ <i>UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor –State Arbitration</i> “, které jsou přílohou rezoluce Valného shromáždění OSN č. 68/109 ze dne 16.12.2013, kterým byly přijaty „ UNCITRAL Pravidla 2013 “ viz výše; |

U

-
- | | |
|------------------------|---|
| <i>ultra vires</i> | - Lat., v právním slova smyslu „Mimo rozsah svěřené pravomoci“, povětšinou používáno v souvislosti s rozhodovací činností orgánů státu; |
| Umbrella Clause | - Ustanovení BIT, které zavazuje hostitelský stát dodržovat specifické závazky přijaté vůči investorovi a v souvislosti s investicí, čímž chrání investici skrze vtažení individuálně přejetých závazků hostitelského |

státu založených dle vnitrostátního práva do rámce BIT;

UML 2006

- „*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985*“, ve znění dodatků z.r. 2006, jak přijato Valného shromáždění OSN na 40. zasedání, dodatek č. 17(A/40/17), příloha č.1 (ze dne 11.12.1985) a na 51. zasedání, dodatek č.17 (A/61/17), příloha č.1 (ze dne 4.12.2006);

Úmluva ICSID

- v textu též jen jako „**Washingtonská úmluva**“- viz definice k této zkratce;

UNCITRAL

- „*United Nations Commission on International Trade Law*“; v případě citace rozhodčího nálezu pak uvedení zkratky UNCITRAL znamená odkaz na rozhodčí pravidla UNCITRAL, dle kterých byl spor rozhodován, následovaný názvem BIT či MIT, z jejíhož porušení spor vzešel;

**UNCITRAL
Rules**

- Angl. Rozhodčí pravidla UNCITRAL, zde souborné označení pro rozhodčí pravidla komise UNCITRAL v jejich jednotlivých zněních 1976-2013, synonym. viz výše heslo „**Pravidla UNCITRAL**“ (1976-2013);

- UNCTAD** - „*United Nations Conference on Trade and Development*“;
- U.N.T.S.** - Angl. Zkrat. „*United Nations Treaty Series*“ sbírka mezinárodních smluv vydávaná Organizací spojených národů, kde jsou publikovány všechny mezinárodní smluvní instrumenty uzavřené kterýmkoliv členským státem OSN;
- ÚS ČR** - Ústavní soud České republiky;
- Ústava ČR** - Ústavní zákon České národní rady ze dne 16. prosince 1992, č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky;

V

-
- VCLT** - Angl. Zkrat. „*Vienna Convention on Law of Treaties*“, česky Vídeňská úmluva o mezinárodním smluvním právu 1959, do českého práva implementována prostřednictvím vyhlášky ministerstva zahraničních věcí ze dne 4. září 1987 č. 15/1988Sb., O Vídeňské úmluvě o smluvním právu;

W

-
- Washingtonská úmluva** - Angl. „*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*,“

uzavřena dne 18. Března 1965, 457 U.N.T.S 195 (Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, v ČSFR vyhlášena sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb.), v textu též jen jako „Úmluva ICSID“;

Z

-
- ZRŘ** - zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, v aktuálním znění;

II. Často citovaná rozhodnutí

- Azurix** *Azurix Corp v. Argentine Republic* (ICSID case no. ARB/03/30), Award of 14 July 2006;
- Eastern Sugar** *Eastern Sugar BV (Netherlands) v. Czech Republic* (UNCITRAL *ad hoc* proceedings, SCC case no. 088/2004), Final Award of April 12, 2007;
- Occidental** *Occidental Exploration and Production Co. v. Republic of Ecuador (I)*, (UNCITRAL, LCIA case no. UN3467(I)), Final Award of July 1, 2004;
- Metalclad** *Metalclad Corporation v. United States of Mexico*, (ICSID Case no. ARB(AF)/97/1), Final Award of April 30, 2000;
- Salini** *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID

| | |
|----------------|--|
| | Case no. ARB/00/4), Award on Jurisdiction of July 23, 2001; |
| Saluka | <i>Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic</i> , (UNCITRAL, PCA) Interim Award of April 17, 2006; |
| Siemens | <i>Siemens A.G. v. the Argentine Republic</i> (ICSID Case no. ARB/02/8), Final Award of February 6, 2007; |
| TECMED | <i>Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States</i> (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award of May 29, 2003; |
| Vivendi | <i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic</i> (ICSID Case no. ARB/97/3), Award of November 21, 2000; |

III. často citovaná literatura, zkratky poznámek pod čarou

| | |
|--|---|
| Bělohlávek, <i>Komentář ZRŘ</i> | BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. 2. vydání, Praha: Ch.H. Beck, 2012, ISBN: 978-80-7179-342-7. |
| Černý, <i>Postupitelnost nároku</i> | ČERNÝ, Filip. <i>Postupitelnost nároku na zahájení investičního rozhodčího řízení dle pravidel UNCITRAL</i> . Praha, 2009. Rigorózní práce. Právnická fakulta Univerzity Karlovy, katedra |

obchodního práva. Vedoucí rigorózní práce prof. Květoslav Růžička.

Malik

MALIK, Mahnaz. *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitrations?* Winnipeg:International Institute for Sustainable Development, November 2011;

Schreuer, Komentář

SCHREUER, H., Christoph. et al. *The ICSID Convention, A Commentary*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009, ISBN 978-0-521-88559-1;

**Dolzer & Schreuer
2012**

DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, ISBN 978-0-199-21176-0;

**Mach, Ochrana
holdingů**

MACH, Tomáš. *Mezinárodní ochrana holdingů*, 2012, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk s.r.o..

15. POUŽITÉ PRAMENY A LITERATURA

15.1. Citované prameny

MONOGRAFIE

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo mezinárodního a tuzemského práva soukromého a veřejného, . Díl I a II*, Praha : C. H. Beck, 2008, ISBN 978-80-7400-096-6;

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*, Praha: C.H. Beck, 2010, ISBN: 978-80-7400-345-53;

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v energetice*, Praha: C.H. Beck, 2011, ISBN 978-80-7400-392-9;

BĚLOHLÁVEK, A.J., *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, komentář*, 2. Vydání, 2012, Praha: C.H. Beck, ISBN 978-80-7179-342-7;

CRAWFORD, J., *The International Law Commissions Articles On State Responsibility, Introduction, Text And Commentaries*, 2005, Cambridge: Cambridge University Press, ISBN 978-0-521-01389-5;

DOAK BISHOP, R., CRAWFORD, J., REISMAN W., *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*, 2005, Den Haag: Kluwer International, ISBN 90-411-2311-3;

DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, ISBN 978-0-199-21176-0;

DOLZER, Rudolf., STEVENS, Margrete., *Bilateral Investment Treaties*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1995, ISBN 90-411-0065-2;

DOUGLAS, Zachary. Hybrid Foundations of International Law, in. *74 British Yearbook Of International Law*, 2004, str. 151-290 ISSN: 0068-2691;

DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, ISBN 978-0-521-85567-9;

MACH, Tomáš. *Mezinárodní ochrana holdingů*, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk s.r.o., 2012, ISBN 978-80-7380-309-4;

MALIK, Mahnaz. *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitrations?* Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, November 2011;

MCLACHLAN, Cambell, SHORE, Laurence a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2007, New York: Oxford University Press, ISBN 978-0-19-928664-5;

SCHREUER, H., Christoph. et al. *The ICSID Convention, A Commentary*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009, ISBN 978-0-521-88559-1;

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law On Foreign Investment*. 2nd. Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2004, ISBN 90-411-1435-1;

ŠTURMA, Pavel, *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*, Praha: Linde, 2. Vyd. 2008, ISBN 9788072017096;

SUBEDI Surya, P. *International Investment Law, Reconciling Policy And Principle*, Oxford: Hart Publishing, 2008, ISBN 9781841138794;

TUDOR, Iona. *The Fair And Equitable Treatment Standard In The International Law Of Foreign Investment*, Oxford: Oxford University Press, 2008, ISBN-13 9780199235063;

ABSOLVENTSKÉ PRÁCE

ČERNÝ, Filip *Postupitelnost nároku na zahájení investičního rozhodčího řízení dle pravidel UNCITRAL*. Praha, 2009. Rigorózní

práce. Právnická fakulta Univerzity Karlovy, katedra obchodního práva. Vedoucí rigorózní práce prof. Květoslav Růžička;

SBORNÍKY A PŘÍSPĚVKY VE SBORNÍCÍCH

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. a ROZEHNALOVÁ, Naděžda, eds. *Czech Yearbook Of International Law: Rights Of The Host States Within The System Of International Investment Protection*, Huntington: Juris Publishing, 2011;

ANUROV, N. Vasily. Cause of Action in Investment Arbitration. In: *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration,: Borders of procedural and Subsantive Law in Arbitral Proceedings* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ČERNÝ F., ROZEHNALOVÁ, N. eds.),vol. 3 2013, Huntington: Juris Publishing, ISBN 978-1-937518-21-9/ISSN 2157-9490, str. 110 a násl;

BALCERZAK, Filip. The Extent of Human Rights Protection for Investors in Arbitration Based on International Investment Treaties. In: *Czech Yearbook of International Law ®: International Dispute Resolution* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ROZHENALOVÁ, N. eds.) vol. 7, 2016, Huntington: Juris Publishing, ISBN: 978-90-824603-1-5/ISSN: 2157-2976, str. 29 a násl;

BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Rights And Duties of the Parties in Connection with Taking of the Evidence in Investor-State Arbitration, in: *Czech (& central european) yearbook of arbitration ®, Rights and Duties of Parties in Arbitration* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ROZEHNALOVÁ, N, eds.), IV. Vol., 2016, Huntington: Juris Publishing,, ISBN:978-90-824603-2-2, str. 3 a násl;

BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur. In *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration,: Borders of procedural and Subsantive Law in Arbitral Proceedings* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ČERNÝ F., ROZHNALOVÁ, N. eds.), vol. 3, 2013, Huntington: Juris Publishing, ISBN 978-1-937518-21-9/ISSN 2157-9490, str. 25 a násl;

BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Confidentiality and Publicity in Investment Arbitration, Public Interest and Scope of Powers Vested in Arbitral Tribunals. In:

Czech Yearbook of International Law: Rights of the Host States within the System of International Investment Protection (BĚLOHLÁVEK, J.A., ROZEHNALOVÁ, N., eds.), vol. 2, 2011, Huntington: Juris Publishing, SBN: 978-1-57823-305-2, ISSN: 2157-2976, str. 23 a násl.;

BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Seat of Arbitration and Supporting and Supervising Function of Courts. In: *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration®: Interaction of Arbitration and Courts* (BĚLOHLÁVEK, J.A., ROZEHNALOVÁ, N. eds.), vol. 5, 2015, Huntington: Juris Publishing, ISBN 978-1-937518-71-4; ISSN 2157-9490, str. 2 a násl.

GILL, Judith. Inconsistent Decisions: An Issue to Be Addressed or Fact of Life? In *Investment Treaty Law*, London: British Institute of International and Comparative Law (ORTINO, F., SHEPPARD, A., WARNER, H., eds., 2006), str. 25;

MACH, Tomáš. Vybrané standardy ochrany investic a jejich definiční překryvy v soudobé arbitrážní judikatuře. In: *Pocita Prof. JUDr. Květoslavu Růžičkovi, CSc. K 70. narozeninám* (POLÁČEK, Bohuslav, ed.), 2016, Praha: Wolters Kluwer;

MAES, Marc, EVENTON, Ross, STICHELE, V., Myriam, TRICARICO, Antonio, SENSI, Roberto a Roos van OS, Reclaiming Public Interest in Europe's International Investment Policy. In: *EU Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A Reader*, Amsterdam: the Transnational institute on behalf of the Investment Working Group of the Seattle to Brussels Network, 2010, dostupné elektronicky:

https://www.tni.org/files/download/eu_investment_agreements_in_the_lisbon_treaty_era-ec.pdf;

PAULSSON, Jan. Jurisdiction and Admissibility, Global Reflections on International Law, *Commerce and Dispute Resolution, liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, Paris: ICC Publishing, Publication 693, str. 604, dostupné na:

http://www.arbitration-icca.org/media/0/12254599444060/jasp_article_-_jurisdiction_and_admissibility_-_liber_amicorum_robert_briner.pdf;

SCHREUER, Christoph, WEINIGER, Matthew. A Doctrine of Precedent? In *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York: Oxford University Press (MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. A SCHREUER, C. eds. 2008), str. 1189;

ČLÁNKY V ODBORNÝCH PERIODICÍCH

ABS, H., SHAWCROSS, H. The Proposed Convention to protect Private Foreign Investment, a Round table, *Journal Of Public Law*, vol. 1, jaro 1960, str. 115 a násl.;

ALVAREZ, E.J., Are Corporations „Subjects“ of International Law?, 9 *Santa Clara Journal Of International Law* 1 (2011), str.12, dostupné online:

http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_069097.pdf;

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Pojem investice z pohledu mezinárodně právní ochrany, *Obchodní právo- časopis pro obchodně právní praxi*, 4/10, 19. ročník, str. 2-10;

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Hmotněprávní standardy ochrany přímých zahraničních investic, *Právník, teoretický časopis pro otázky státu a práva*, 1/2012, ročník 151;

ČERNÝ, Filip. Precedent in International Investment Law: The Romak Lesson, *Revista Romana De Arbitraj*, 2/2015 (květen-červen 2015), str. 28;

CHENG, T.H. Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration, 30 *Fordham Intl Journal* (2006), str. 1014-1049;

COSTA, J.A. Fontoura, Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: The Creation of international Legal Fields, *Onati Socio-Legal Series*, vol.1, n. 4, str 14 a násl.;

FELLENBAUM, Joshua. Introductory Remarks: An Overview of Investment Arbitration , 2 *Global Bus. L. Rev. 1*, 2011, dostupné v elektronické formě na:

<http://engagedscholarship.csuohio.edu/gblr/vol2/iss1/3;>

FRANCK, Susan D. Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration, 86 *North Carolina Law Review* (2007), str. 3-83;

JANIS, M.W., Individuals as Subjects of International Law, *Cornell International Law Journal*, vol. 17, č. 1/ Winter 1984, str. 61 a násl., dostupné elektronicky:

<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1133&context=cilj;>

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?, The 2006 Freshfields Lecture, *Arbitration International*, 2007, Vol. 23, No. 3;

KLEIN BRONFMAN, Marcela. Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard. In: *Max Planck Yearbook Of United Nations Law*, Vol. 10, 2006 (VON BOGDANY, A., WOLFRUM, R., eds) str. 618;

KOSTKA, Vladimír. Mezinárodní investiční spory před obecnými soudy?, *Bulletin-advokacie.cz*, 2013, publikováno 15.1.2013, dostupné na:

<http://www.bulletin-advokacie.cz/mezinarodni-investicni-spory-pred-obecnymi-soudy;>

MACH, Tomáš, On the Particular Nature of BIT-based Investment Protection Regimes and the Direct Rights of Claimants in Investment Protection Arbitration, in: *The Prague Yearbook Of Comparative Law*, Praha, 2009, dostupné na:

www.ssrn.com/abstract=1556672;

MACH, Tomáš. Freedom of Establishment of Corporations, Relocation of Seats and the Phenomenon of Societas Europea: Implications for Corporate Nationality and Investment Protection, *AA Law Forum*, No. 3, December 2011, ISSN 1804-1094, str. 2 násl.;

PAULSSON, J., Arbitration without Privity, *Foreign Investment Law Journal: ICSID Review*, vol. 10, no. 2 podzim 1995, str. 232 a násl., dostupné na: http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf;

ROBERTS, Anatheia. State-to-State Investment Arbitration: A Hybrid Theory of Independent Rights and Shared Interpretive Authority, *Harvard International Law Journal*, vol. 55, no. 1, Winter 2014, str. 1 a násl.

ROBERTS, Anatheia. Clash of paradigms: Actors and analogies shaping the investment treaty system. *American Journal of International Law*, vol. 107, no. 1, 2013;

ROBERTS, Anatheia. Triangular treaties: The extent and limits of investment treaty rights, *Harvard International Law Journal*, vol. 56, no. 2, 2015;

ROGERS, A. Cathrine. The Vocation of the International Arbitrator, *20 American University International Law* vol. 20, 957, 958 (205);

YANNACA-SMALL, K., Chapter 3: Fair And Equitable Treatment Standard in International Investment Law in: *International Investment Law: A Changing Landscape, A Companion Volume To International Investment Perspectives*, OECD 2005, str. 108 a násl., dostupné elektronicky:

<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40077877.pdf>

PŘÍSPĚVKY Z KONFERENCÍ

ČERNÝ, Filip. Projevy autonomie vůle investora v investičním rozhodčím řízení jako určující faktor povahy investičního nároku, in *sborník z konference dny práva 2010*, Brno: Masarykova Univerzita, 2010, dostupné na:

http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2010/files/prispevky/10_rozhodci/Cerny_Filip.pdf;

FELLENBAUM, Joshua, *The Future of ICSID? Fifth Annual Investment Conference: A Debate and Discussion*, Washington D.C.: USA, 5. dubna 2011;

ODBORNÉ ZPRÁVY, ANALÝZY A STATISTICKÉ MATERIÁLY

EUROPEAN COMMISSION. *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, Factsheet*, November 2013, dostupný v el. formě:

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf;

GAUKRODGER, D. and K. GORDON. *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community. OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing, 2012, str. 44 a násl., dostupné na: <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>;

Report Of Executive Directors On The Convention On The Settlement Of Investment Disputes Between States And Nationals Of The Other States, Resolution no. 214, adopted by the Board of Governons on September 10, 1964, IBDR;

UNCTAD, *Series On Issues In International Investment Agreements: Taking Property*, 2000, str. 4, dostupné elektronicky skrze:

<http://unctad.org/en/docs/psiteiitd15.en.pdf>;

UNCTAD, *The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs)*, 3 IIA MONITOR 2, 2006;

UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rulemaking*, 2007;

UNCTAD, *World investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges*, 2016, dostupné elektronicky skrze www.unctad.org;

ROZHODNUTÍ MEZINÁRODNÍCH ROZHODČÍCH SENÁTŮ A MEZINÁRODNÍCH SOUDŮ

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/03/16), Award of 2 October 2006;

AES Corporation v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of April 26, 2005;

Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia, (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Jurisdiction, October 21, 2005.

Alps France v. The Slovak Republic, ICC nález ze dne 5. března 2011, dostupný v el. Formě: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0027.pdf>;

Antoine Biloune v. Ghana, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability of 27 October 1989;

Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v Republic of Burundi, (ICSID Case No. ARB/01/2), Award of February 10, 1999;

Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, (ICSID Case No. ARB(AF)/04/05), Award, November 21, 2007;

Azurix Corp. v. Republic of Argentina, (ICSID Case no. ARB/01/12), Award of July 14, 2006;

Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of November 14 2005;

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/05/22), Award of 24 July 2008;

Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970;

Cargill, Incorporated v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2), Award, September 18, 2009;

Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand/France), ICJ Decision of 30 April 1990, R.I.A.A., vol. XX, str. 217 (1990);

Československá Obchodní Banka, a.s. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4;

Chorzow Factory Case, Merits, 1928, PCIJ Series A., No. 17 Consortium RFCC v Royaume du Maroc, (ICSID Case No. ARB/00/6), Award of 22 December 2003;

Corn Products International, Inc. v. The United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/04/01), Decision on responsibility, January 15, 2008.

Enron corp. And Ponderosa Assets v. Argentina, (ICSID Case no ARB/01/3), 14 January 2004;

Eastern Sugar BV (Netherlands) v. Czech Republic (UNCITRAL *ad hoc* proceedings, SCC case no. 088/2004), Final Award of April 12, 2007;

ECE Projektmanagement International GmbH a Kommanditgesellschaft PANTA Achtundsechzigste Grundstueckgesellschaft GmbH & Co v Česká republika, PCA Case no. 2010-5, náleží, dostupný na:

<http://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitraze/prehled-rozhodcich-nalezu/2013/ece-v-ceska-republika-21814>

Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), (United States of America v Italy), judgement of 20 July 1989, ICJ Reports 1989;

El Paso Energy International Co. v Argentine Republic, ICSID Case no. ARB /03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006;

Fedax N.V. v The Republic of Venezuela (ICSID Case no. ARB/96/3), Decision on Jurisdiction, 11 July 1997;

Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic, (PCA, Award), 12. November 2010;

Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction of June 17, 2005; dostupné v el. formě:

<http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf>;

Generation Ukraine, Inc. v Ukraine, (ICSID Case no. ARB/00/9), Award of September 16, 2003;

North Sea Continental Shelf, I.C.J. REPORTS 1969;

Interhandel, Judgment, I.C.J. Reports 1959, p. 28;

Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, I.C.J. REPORTS 1950;

International Thunderbird Gaming Corporation v. United States of Mexico, UNCITRAL (NAFTA), Award of 26 January 2006;

Kaiser Bauxite Company v. Jamaica, (ICSID Case No. ARB/74/3);

LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/02/1), Decision on Liability, October 3, 2006;

Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.) , P.C.I.J. Reports, 1924, Series A, No. 2;

Metalclad Corporation v. United States of Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award of 30 August 2000;

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/99/6), Award of 12 April 2002;

Military and Paramilitary Activities, I.C.J. REPORTS 1986;

MTD Equity Sdn Bhd. And MTD Chile S.A. v Republic of Chile, (ICSID Case No. ARB/01/7), Award, 25 May 2004;

Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, ICJ REPORTS 1955;

Případ dostupný na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>;

Occidental Exploration and Production Co. V. Republic of Ecuador (Award), (UNCITRAL, 2004);

Oscar Chinn Case, PCIJ (1934), dostupné elektronicky na:

http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_63/01_Oscar_Chinn_Arret.pdf

Panervezys-Saldutiskis Raylway Case (Estonsko v Litva), 1939 PCIJ, Judgement of Feb.28;

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly *FTR Holding SA, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*);

Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, (ICISD Case No. ARB/06/5), Final Award of April 15, 2009;

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Rep, 1949 *Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, R.I.A.A., vol. XX;

Romak SA v Uzbekistan, Award, PCA Case No AA280, 26 November 2009, dostupné z:

<http://www.pca-cpa.org/upload/files/ROMAK-UZBEKISTAN%20Award%2026%20November2009.pdf>;

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/05/16) Final Award of 29 July 2008;

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, 31. July 2001;

Saluka Investments BV (The Netherlands) v Czech Republic, (UNCITRAL, 2006), Interim Award of April 17, 2006;

Société Ouest-Africaine de Bétons Industriels (SOABI) v. La République du Sénégal, (ICSID Case no. ARB/82/1);

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

Starrett Housing Corp., et al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al., 16 Iran U.S. C.T.R. 112, Final Award No. 314-24-1 of 14 August 1987;

Técnicas Mediambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States Mexico, (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award of 29 May 2003;

The Loewen Group, Inc, and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3, náleží ze dne 25. června 2003;

Tippetts v. Iran, Award, 22 June 1984, 6 Iran-US CTR 219;

Tokios Tokéles v. Ukraine, (ICSID Case No. ARB/02/18).

MEZINÁRODNÍ PRAMENY PRÁVA

Energy Charter Treaty, 34 ILM 360 (1995), dostupná v el. formě na http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf;

North American Free Trade Agreement, 32 ILM 289, 605 (1993), dostupná v el. formě na: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp>;

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) 53rd Session of International Law Commission, Annex to the GA Resolution 56/83;

Resolution Adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee (A/65/465); 65/22. UNCITRAL Arbitration Rules, as revised in 2010

General Assembly Resolution no. 31/98, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): UNCITRAL Arbitration Rules;

UN General Assembly Resolution adopted on 16. December 2013, on the report of the Sixth Committee A/68/462, no. 68/109: UN Commission on International Trade Law, Rules on transparency in Treaty-based Investor-state Arbitration and arbitration Rules (as revised in 2010, with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013);

Report of the ILC 58th Session (A/61/10) Publikováno prostřednictvím *Yearbook Of The International Law Commission* 2006, vol. II. Part Two;

Statute of the International Court of Justice, adopted on 26. 06. 1945;

The OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, dostupný v el. formě na:

VNITROSTÁTNÍ PRAMENY PRÁVA A ROZHODNUTÍ

Ústavní zákon České národní rady ze dne 16. prosince 1992, č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky;

Usnesení č. 2/1993Sb. Předsednictva ČNR o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky;

Nález Ústavního soudu České Republiky sp.zn. IV. ÚS 690/01 ze dne 27.3.2003;

Nález Ústavního soudu ČR, sp.zn. IV. ÚS 525/02 ze dne 11.11.2003;

Vyhláška Ministra zahraničních věcí č. 30/1947Sb. O Chartě Spojených národů a statutu Mezinárodního soudního dvora, dohodnutých dne 26. června 1945 na konferenci Spojených národů o mezinárodní organizaci, konané v San Francisku.

Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 373/1990Sb. o Rozhodnutí prezidenta České a Slovenské Federativní Republiky ze dne 14. září 1990 o přístupu České a Slovenské Federativní Republiky k Dohodě o Mezinárodním měnovém fondu sjednané dne 22.6. 1944 ve Washingtonu, k Dohodě o Mezinárodní bance pro obnovu a rozvoj sjednané dne 22. července 1944 ve Washingtonu, k Dohodě o Mezinárodní finanční korporaci sjednané dne 25. května 1955 ve Washingtonu, k Dohodě o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky sjednané dne 11. října 1985 ve Washingtonu a k Dohodě o Mezinárodním sdružení pro rozvoj sjednané dne 26. ledna 1960 ve Washingtonu, ve znění dodatků.

Sdělení federálního ministra zahraničních věcí č. 500/1992Sb., kterým se vyhlašuje české znění Dohody o Mezinárodním měnovém fondu (Washington, 22. července 1944), Dohody o Mezinárodní bance pro obnovu a rozvoj (Washington, 22. července 1944), Dohody o Mezinárodní finanční korporaci (Washington, 25. května 1955), Dohody o Mezinárodním sdružení pro rozvoj (Washington, 26.ledna 1960) a Dohody o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky (Washington, 11. října 1985).

Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č.420/1992Sb. o Úmluvě o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států („Washingtonská Úmluva“).

Vyhláška ministerstva zahraničních věcí ze dne 4. září 1987 č. 15/1988 Sb., O Vídeňské úmluvě o smluvním právu;

Vyhláška č. 74/1959 Sb., ze dne 6.listopadu 1959 o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů;

Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, v aktuálním znění;

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v aktuálním znění;

Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, v aktuálním znění;

Zákon č. 216/1994 Sb. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, v aktuálním znění;

Dohoda mezi Českou republikou a Albánskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 27. června 1994(Sdělení MZV č. 183/1995 Sb.);

Protokol mezi Českou republikou a Albánskou republikou o změně dohody mezi Českou republikou a Albánskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic, podepsané dne 27. června 1994 v Praze (Sdělení MZV č. 49/2011 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Argentinskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 27. září 1996 (Sdělení MZV č. 297/1998 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Austrálií o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 30. září 1993 (Sdělení MZV č. 162/1994 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Ázerbájdžánskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 11. května 2011 (Sdělení MZV č. 14/2012 Sb.m.s);

Dohoda mezi Českou republikou a Královstvím Bahrajn o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 15. října 2007 (Sdělení MZV č. 117/2009 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Československou socialistickou republikou a Hospodářskou unií belgicko-lucemburskou o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 24. dubna 1989 (Sdělení MZV č. 574/1992 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Běloruskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 14. října 1996 (Sdělení MZV č. 213/1998 Sb.);

Dohoda o podpoře a ochraně investic mezi Českou republikou a Bosnou a Hercegovinou ze dne 17. dubna 2002 (Sdělení MZV č. 74/2004 Sb.m.s.);

Protokol mezi Českou republikou a Bosnou a Hercegovinou o změně Dohody o mezi Českou republikou a Bosnou a Hercegovinou o podpoře a ochraně investic podepsané dne 17. dubna 2002 v Sarajevu (Sdělení MZV č. 54/2010 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Bulharskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 17. března 1999 (Sdělení MZV č. 103/2000 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Svazovou republikou Jugoslávie o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 13. října 1997 (Sdělení MZV č. 23/2001 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Čínskou lidovou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 08. prosince 2005 (Sdělení MZV č. 89/2006 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Egyptskou arabskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 29. května 1993 (Sdělení MZV č. 128/1994 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Filipínskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 05. dubna 1995 (Sdělení MZV č. 141/1996 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Finskou republikou o podpoře a ochraně investic ze dne 06. listopad 1990 (Sdělení MZV č. 478/1991 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Francouzskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 13. září 1990 (Sdělení MZV č. 453/1991 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Gruzíí o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 29. srpen 2009 (Sdělení MZV č. 18/2011 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Guatemalskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 08. července 2003 (Sdělení MZV č. 86/2005 Sb.m.s.);

Protokol mezi Českou republikou a Guatemalskou republikou o změně dohody mezi Českou republikou a Guatemalskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic podepsané dne 08. července 2003 v Praze (Sdělení MZV č. 61/2011 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Chilskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 24. dubna 1995 (Sdělení MZV č. 41/1997 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Chorvatskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 05. března 1996 (Sdělení MZV č. 155/1997 Sb.);

Protokol mezi Českou republikou a Chorvatskou republikou o změně Dohody mezi Českou republikou a Chorvatskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 08. září (Sdělení MZV č. 113/2009 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Indickou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 11. října 1996 (Sdělení MZV č. 43/1998 Sb.);

Protokol mezi Českou republikou a Indickou republikou o změně Dohody o podpoře a ochraně investic podepsané dne 11. října 1996 v Praze (Sdělení MZV č. 20/2011 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Indonéskou republikou o podpoře a ochraně investic ze dne 17. září 1998 (Sdělení MZV č. 156/1999 Sb.);

Dohoda o vzájemné podpoře a ochraně investic mezi Českou republikou a Státem Izrael ze dne 23. září 1997 (Sdělení MZV č. 73/1999 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Jemenskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 20. března 2008 (Sdělení MZV č. 65/2009 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Jihoafrickou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 14. prosince 1998 (Sdělení MZV č. 294/1999 Sb.);

Dohoda o podpoře a ochraně investic mezi Českou republikou a Jordánským hášimovským královstvím ze dne 20. září 1997 (Sdělení MZV č. 62/2001 Sb.m.s.);

Protokol mezi Českou republikou a Jordánským hášimovským královstvím o změně Dohody mezi Českou republikou a Jordánským hášimovským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic, podepsané v Ammánu dne 20. září 1997 (Sdělení MZV č. 94/2010 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Kambodžským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 15. května 2008 (Sdělení MZV č. 104/2009 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Kanadou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 06. května 2009 (Sdělení MZV č. 8/2012 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Kazašskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 08. října 1996 (Sdělení MZV č. 217/1999 Sb.);

Protokol mezi Českou republikou a Kazašskou republikou o změně dohody mezi Českou republikou a Kazašskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 25. listopadu 2010 (Sdělení MZV č. 81/2013 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Korejskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 27. dubna 1992 (Sdělení MZV č. 125/1995 Sb.);

Dohoda mezi vládou České republiky a vládou Korejské lidově demokratické republiky o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 27. února 1998 (Sdělení MZV č. 250/1999 Sb.);

Protokol mezi vládou České republiky a vládou Korejské lidově demokratické republiky o změně Dohody mezi vládou České republiky a vládou Korejské lidově demokratické republiky o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 17. prosince 2008 (Sdělení MZV č. 2/2010 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Svazovou republikou Jugoslávie o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 13. října 1997 (Sdělení MZV č. 23/2001 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Kostarickou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 28. října 1998 (Sdělení MZV č. 68/2001 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Státem Kuvajt o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 08. ledna 1996 (Sdělení MZV č. 42/1997 Sb.);

Protokol mezi Českou republikou a Státem Kuvajt o změně dohody o podpoře a vzájemné ochraně investic, podepsané 08 ledna 1996 v Kuvajtu (Sdělení MZV č. 64/2013 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Kyperskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 15. června 2001 (Sdělení MZV č. 115/2002 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Libanonskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 19. září 1997 (Sdělení MZV č. 106/2001 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Litevskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 27. října 1994 (Sdělení MZV č. 185/1995 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Lotyšskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 25. října 1994 (Sdělení MZV č. 204/1995 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Maďarskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 14. ledna 1993 (Sdělení MZV č. 204/1995 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Makedonskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 21. června 2001 (Sdělení MZV č. 116/2002 Sb.m.s.);

Protokol mezi Českou republikou a Makedonskou republikou měnící Dohodu o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 21. června 2001 (Sdělení MZV č. 95/2010 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Malajsií o podpoře a ochraně investic ze dne 09. září 1996 (Sdělení MZV č. 296/1998 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Marockým královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 11. června 2001 (Sdělení MZV č. 15/2003 Sb.m.s.);

Dodatkový protokol mezi Českou republikou a Marockým královstvím o změně Dohody mezi Českou republikou a Marockým královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic, podepsané dne 11. června 2001 v Rabatu (Sdělení MZV č. 94/2012 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Mauricijskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 05. dubna 1999 (Sdělení MZV č. 62/2000 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Spojenými státy mexickými o podpoře a vzájemné ochraně investic 04. dubna 2002 (Sdělení MZV č. 45/2004 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Moldavskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 12. května 1991 (Sdělení MZV č. 128/2000 Sb.m.s.);

Protokol mezi Českou republikou a Moldavskou republikou o změně Dohody mezi Českou republikou a Moldavskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 02. září 2008 (Sdělení MZV č. 83/2011 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Mongolskem o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 12. února 1998 (Sdělení MZV č. 104/1999 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Spolkovou republikou Německo o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 02. října 1990 (Sdělení MZV č. 573/1992 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Nikaragujskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 02. dubna 2002 (Sdělení MZV č. 51/2004 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 29. dubna 1991 (Sdělení MZV č. 569/1992 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Královstvím Norska o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 21. května 1991 (Sdělení MZV č. 569/1992 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Panamskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 27. srpna 1999 (Sdělení MZV č. 96/2005 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Paraguayskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 21. října 1998 (Sdělení MZV č. 38/2000 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Peruánskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 16. března 1994 (Sdělení MZV č. 181/1995 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Polskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 16. července 1993 (Sdělení MZV č. 181/1994 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Portugalskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 12. listopadu 1993 (Sdělení MZV č. 96/1995 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Rakouskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 15. října 1990 (Sdělení MZV č. 454/1991 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Rumunskem o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 08. listopadu 1993 (Sdělení MZV č. 198/1994 Sb.);

Protokol mezi vládou České republiky a vládou Rumunska o změně Dohody mezi vládou České republiky a vládou Rumunska o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 22. ledna 2008 (Sdělení MZV č. 60/2009 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Ruskou federací o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 05. dubna 1994 (Sdělení MZV č. 201/1996 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Řeckou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 03. června 1991 (Sdělení MZV č. 102/1993 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Salvadorskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 29. listopadu 1999 (Sdělení MZV č. 34/2001 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Královstvím Saudské Arábie o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 18. listopadu 2009 (Sdělení MZV č. 15/2011 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Singapurskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 08. dubna 1995 (Sdělení MZV č. 57/1996 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Spojenými arabskými emiráty o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 23. listopadu 1994 (Sdělení MZV č. 69/1996 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Spojenými státy americkými o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 22. října 1991 (Sdělení MZV č. 187/1993 Sb.);

Dodatkový Protokol mezi Českou republikou a Spojenými státy americkými k Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní republikou a Spojenými státy americkými o vzájemné podpoře o ochraně investic ze dne 22. října 1991 (Sdělení MZV č. 102/2004 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Svazovou republikou Jugoslávie o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 13. října 1997 (Sdělení MZV č. 23/2001 Sb.m.s.);

Dohoda mezi vládou České republiky a vládou republiky Srbsko o změnách dohody mezi vládou České republiky a federální vládou svazové republiky Jugoslávie o vzájemné podpoře a ochraně investic, podepsané dne 13. října 1997 (Sdělení MZV č. 21/2011 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Srílanskou demokratickou socialistickou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 28. března 2011 (Sdělení MZV č. 31/2016 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Syrskou arabskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 21. listopadu 2008 (Sdělení MZV č. 62/2009 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Španělským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 12. prosince 1990 (Sdělení MZV č. 647/1992 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Švédským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 13. listopadu 1990 (Sdělení MZV č. 479/1991 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 05. října 1990 (Sdělení MZV č. 459/1991 Sb.);

Protokol k čl. 1 Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 5. října 1990;

Dohoda mezi Českou republikou a Republikou Tádžikistán o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 11. února 1994 (Sdělení MZV č. 48/1996 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Thajským královstvím o podpoře a ochraně investic ze dne 12. února 1994 (Sdělení MZV č. 180/1995 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Tuniskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 06. ledna 1997 (Sdělení MZV č. 203/1998 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Tureckou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 29. dubna 2009 (Sdělení MZV č. 21/2012 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Ukrajinou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 17. března 1994 (Sdělení MZV č. 23/1996 Sb.);

Protokol mezi vládou České republiky a vládou Ukrajiny o změně Dohody mezi vládou České republiky a vládou Ukrajiny o podpoře a vzájemné ochraně investic, podepsané dne 17. března 1994 v Praze (Sdělení MZV č. 42/2010 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Uruguayskou východní republikou o podpoře a ochraně investic ze dne 26. září 1996 (Sdělení MZV č. 10/2001 Sb.m.s.);

Protokol mezi Českou republikou a Uruguayskou východní republikou o změnách Dohody mezi Českou republikou a Uruguayskou východní republikou o podpoře a ochraně investic, podepsané dne 26. září 1996 v Montevideu (Sdělení MZV č. 17/2012 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Uzbeckou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 15. ledna 1997 (Sdělení MZV č. 202/1998 Sb.);

Protokol mezi Českou republikou a Uzbeckou republikou o změně Dohody mezi Českou republikou a Uzbeckou republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic, podepsané dne 15. ledna 1997 v Praze (Sdělení MZV č. 16/2011 Sb.m.s.);

Dohoda mezi Českou republikou a Spojeným královstvím Velké Británie a Severního Irsku o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 10. července 1990 (Sdělení MZV č. 646/1992 Sb.);

Dohoda mezi Českou republikou a Venezuelskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 27. dubna 1995 (Sdělení MZV č. 99/1998 Sb.);

Dohoda mezi vládou České republiky a vládou Vietnamské socialistické republiky o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 25. listopadu 1997 (Sdělení MZV č. 212/1998 Sb.);

Protokol mezi vládou České republiky a vládou Vietnamské socialistické republiky o změnách Dohody mezi vládou České republiky a vládou Vietnamské socialistické republiky o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 25. listopadu 1997 v Hanoji (Sdělení MZV č. 66/2009 Sb.m.s.).

15.2. Použité prameny

MONOGRAFIE

BEGIC, T., *Applicable Law in International Investment Disputes*, 2005, Utrecht: Eleven International Publishing;

BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 6th ed., 2003, New York: Oxford University Press;

CARON, D., D., CAPLAN, L. M., PELLONPÄÄ, M., *The UNCITRAL Arbitration Rules: a Commentary*, 2006, Oxford: Oxford University Press.

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

CASSESE, A., *International law*, 2nd edition, 2005, Oxford: Oxford University Press.

DOAK BISHOP, R., CRAWFORD, J., REISMAN W., *Foreign investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*, 2005, Den Haag: Kluwer International.

DOLZER, R., STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, 1995, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers.

REED, L., PAULSSON, J., BLACKABY, N., *Guide to ICSID Arbitration*, 2004, den Haag: Kluwer Law International.

REDFERN, A., HUNTER, M. et al. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, London: Sweet and Maxwell.

RUBINS, N. KINSELLA, N.S., *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practicioners Guide*, 2005 New York: Oceana Publications.

RŮŽIČKA, K. *Diagonální smlouvy v procesu socialistické ekonomické integrace*, 1988, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica. Monographia, Praha: Karlova Univerzita.

SHAW, M.N., *International Law*, 6th Edition, 2008, Cambridge: Cambridge University Press.

SUBEDI, S.P., *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle*, 2008, Oxford: Hart Publishing.

SBORNÍKY

CHARNOVITZ, S., STEGEL, D., VAN DEN BOSSCHE, P. (eds.), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*, 2005, Cambridge: Cambridge University Press.

MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, CH. (eds.), *The Oxford Handbook of International Law*, 2008, Oxford: Oxford University Press.

REINISCH, A.,(ed.), *Standards of Investment Protection*, 2008, Oxford: Oxford University Press.

WEILER, T. (ed.). *Treaty Arbitration and International Law, vol. 1*, 2008, New York: Juris Publishing.

WEILER, T.(ed.). *International investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 2008, London: Cameron May.

ROČENKY

Bělohávek, A., J., Rozehnalová, N., *Czech Yearbook of International Law 2010: Second Decade Ahead: Tracing the Global Crisis*, 2010, New York: Juris Publishing.

ČLÁNKY, PUBLIKOVANÉ NÁZORY A CITOVANÉ KAPITOLY

PUBLIKACÍ

ALEXANDROFF, A.,S., LAIRD, A., I., Compliace and Enforcement, in *The Oxford Handbook of International Law* (Muchlinski, P, Ortino, F., Schreuer, Ch. (eds.)), Oxford: Oxford University Press, 2008), s. 1172 a násl.

AJAYI, O., ROSARIO, P., *Investments In Sub Sharan Africa: The Role of International Arbitration in Dispute Settlement*, works.bepress.com, 2009, str.8.

BALAŠ, V. Rozhodčí doložky v dvoustranných smlouvách na ochranu investic, *Právník*, 2004, č. 8, s.787-811.

ČERNÝ, F., Investment Arbitration and the Czech Republic:2009 in Hindsight, in *Czech Yearbook of International Law 2010: Second Decade Ahead: Tracing the Global Crisis*, (Bělohávek, A., J., Rozehnalová, N. (eds.)), 2010, New York: Juris Publishing, str. 324 a násl.

DOLZER, R. The Notion of Investment in Recent Practice in *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* (CHARNOVITZ, S., STEGEL, D., VAN DEN BOSSCHE, P. (eds.)), Cambridge: Cambridge University Press, 2005, str. 275.

DOUGLAS, Z., Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex, *Arbitration International*, č. 22, 2006, str. 27-51.

HOFFMANN, A., K., Indirect Expropriation in *Standards of Investment Protection* (REINISCH, A, ed.), 2008, Oxford: Oxford University Press, s.152-170.

KRISHAN, D., Notion of ICSID Investment in *Investment Treaty Arbitration and International Law, vol. 1* (WEILER, T. (ed)), 2008, New York: Juris Publishing, str. 61-84.

MENDELSON, M., Runaway Train: The „Continuous Nationality“ Rule from the Panavvezys Saldutiskis Railway case to Loewen in *International investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (WEILER, T.(ed):, 2008, London: Cameron May, str. 103.

PAUKNEROVÁ M. Uznání zahraničních právnických osob v českém právu, *Právník*, 1997, č.10 s. 850 a násl.

PAUKNEROVÁ, M. Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle nejnovějších rozhodnutí Evropského soudního dvora, *Právník*, 2004, č.12, str. 1161 – 1184.

RUBINS, N. Loewen v. United States: The Burial of an Investor-State Arbitration Claim, *Arbitration International*, vol. 21, no. 1, s.1-35.

RŮŽIČKA K. Rozhodování sporů z investic, *Obchodní právo*, č. 11, 1997 (ASPI ID: LIT7617CZ), str. 15 a násl.

ZPRÁVY ODBORNÝCH KOMISÍ

DUGARD, J.R., *First Report on the Diplomatic Protection (continuous nationality and transferability of claims)*, UN ILC 2000, A/CN.4/506/add.1.

OECD-Directorate General for Financial and Etreprise Affairs, Working Papers on International Investment, 2/2004.

ELEKTRONICKÉ PRAMENY A DATABÁZE

Bilaterals, org, <http://www.bilaterals.org/>

Czech Yearbooks: www.yearbook.org

Electronic Information System for International Law (EISIL), <http://www.eisil.org/>

Eurlex, <http://www.eurlex.eu/>

Global Arbitration Review (GAR), <http://www.globalarbitrationreview.com/>

Investment Arbitration Reporter, <http://www.iareporter.com/>

International Center for Settlement of Investment Disputes,
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

Investment Claims (Oxford UP), <http://www.investmentclaims.com/>

Investment Treaty Arbitration, <http://ita.law.uvic.ca/>

JSTOR, <http://www.jstor.org/>

Kluwer Arbitration, <http://www.kluwarbitration.com/>

KluwerOnline, <http://www.kluwerlawonline.com/>

Transnational Dispute Management, <http://www.transnational-dispute-management.com/>

Institute:

American Society of International Law (ASIL), <http://asil.org/>

Coface, <http://www.coface.com/>

Energy Charter, <http://www.encharter.org/>

Foreign Affairs and International Trade Canada, <http://www.international.gc.ca/>

International Bank for Reconstruction and Development, <http://www.worldbank.org/>

International Court of Justice, <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php>

International Law Commission, <http://www.un.org/law/ilc/>

Ministerstvo financí ČR, <http://www.mfcr.cz/>

North American Free Trade Agreement, <http://www.naftanow.org/>

Organizace spojených národů, <http://www.osn.cz/>

Organisation for Economic Co-Operation and Development, <http://www.oecd.org>

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): International
Commercial Arbitration & Conciliation,
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD),
<http://www.unctad.org>
