

Veďte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

# Význam „investic“ v arbitrážích podle mezinárodních smluv o ochraně investic

Pojem investice je jedním z důležitých bodů mezinárodního investičního práva, podle něj je určeno, zda lze konkrétní podnikatelskou činnost za investici považovat a režim právní ochrany, na kterou má transakce nárok. Podle článku 25 odstavce 1 Úmluvy ICSID (Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, nebo také Washingtonská úmluva) se pravomoc tribunálu vztahuje na:

- a) právní spory,
- b) vznikající přímo z **investice**,
- c) mezi Smluvním státem a příslušníkem druhého Smluvního státu; a
- d) strany sporu písemně souhlasily s předložením sporu Centru (zjednodušeně buď ad-hoc souhlas stran, nebo souhlas státu vyjádřený ve dvoustranné nebo vícestranné dohodě o ochraně investic a v národním investičním právu, zahraniční investor poskytne svůj souhlas předložením sporu k arbitráži).

Tématem této práce je posouzení definice investice obsažené v Úmluvě ICSID. Nejčastěji je transakce je podle tohoto kritéria posouzena tribunálem dvakrát - jednou podle dohody o ochraně a podpoře investic (pro jednoduchost budu dále pro jednostranné nebo vícestranné úmluvy nebo dohody o ochraně a podpoře investic používat termín "dohoda o ochraně investic") a podruhé podle Úmluvy ICSID. Pro založení pravomoci tribunálu ICSID musí investice splnit obě kritéria.

Současná široká definice obsažená v článku 25 Úmluvy ICSID vznikla na základě čtyřletého jednání při přípravě úmluvy ICSID. Donedávna si právní teoretici mysleli, že delegáti byli nuceni nechat slovo investice nedefinováno, protože se na přesném vymezení nemohli shodnout, ale na základě historických dokumentů je ale nyní jasné, že takto široká a otevřená definice vznikla za účelem co nejširší ochrany investic. Druhou stranou mince je široká možnost států si význam tohoto ustanovení smluvně zúžit, ale není vyloučeno ani rozšíření definice v mezích Úmluvy ICSID.

V několika posledních letech se ovšem přístup tribunálů v rozporu s úmysly autorů Úmluvy ICSID změnil a nyní směřuje k více restriktivnímu výkladu termínu "investice".

## 1. Krajiné limity definice investice podle rozhodčích tribunálů

V této kapitole se budu zabývat základním vymezením typů sporů, které podle právní vědy a rozhodovací praxe tribunálů do pravomoci rozhodčích tribunálů ICSID nespádají. Spornými otázkami a jemnými nuancemi spolu s analýzou rozhodnutí tribunálů se budu zabývat v kapitole třetí.

Základní a zřejmě jedinou myšlenkou, na které se shodnou právní teoretici a rozhodovací praxe tribunálů je, že úmluva ICSID neumožňuje neomezenou volnost stran v definování pojmu "investice", protože pojem "investice" má objektivně daný význam bez ohledu na jednání stran. Názory na tyto limity jsou ale rozdílné a o jejich vývoji a současné situaci pojednává tato práce. Skutečnost, že transakci nespĺňuje znaky investice podle úmluvy ICSID ještě ale neznamená, že nemůže být chráněna jiným instrumentem mezinárodního práva, viz případ *Petrobart v Kyrgyz Republic*[1].

### 1.1. Negativní vymezení Rozhodčí tribunály provedly negativní vymezení investice, podle jejich rozsudků zde nespádají:

- **běžné, jednorázové obchodní kontrakty včetně těch, kde na jedné straně stojí stát**[2] (Tribunál vyloučil svou jurisdikci i v případě zabavení obytných prostor vlastněných samotným investorem v případě *Sedelmayer v Rusko*[3], protože i přes kvalifikaci projektu jako investice neshledal tak úzký vztah osobního vlastnictví k samotné investici, aby jej za investici považoval.)
- **ustanovení o zárukách**[4]
- **výroba elektrické energie**[5]
- **otázky spadající do výlučné rozhodovací pravomoci státu** (tribunál rozhodl o nepravomoci v otázce udělování telekomunikačních licencí[6])
- **spotřebitelské smlouvy** (tribunál rozhodl o nepravomoci v otázce spotřebitelského bankovníctví[7])

čímž vyloučily tyto druhy sporů z definice investice. Zcela mimo působnost tribunálů se nacházejí otázky otázky osobního statutu, manželství a rozvodu, národnosti a plnoletosti.[8]

## 2. Charakteristika transakcí považovaných za investice

### 2.1. Volný výklad "investice" (subjektivistický přístup)

Tradiční přístup k této otázce dává státům širokou volnost v úpravě této otázky a pouze v těch nejkrajnějších případech, jako je například jediná dodávka automobilů, tribunály odepřely pravomoc k projednávání případu. Například v roce 1975 v případech *Kaiser Bauxite Co v Jamaica*[9] a *Alcoa Minerals of Jamaica v Jamaica*[10] tribunálům postačilo ke kvalifikaci podnikání jako investice zjištění, že společnosti investovaly rozsáhlý kapitál v cizím státě. V dalším podobném případě *Atlantic Triton v Guinea*[11] tribunál nekriticky uznal smlouvu o úpravě, výbavě a provozu tří rybářských lodí jako spadající do rozsahu úmluvy ICSID. Na základě tohoto přístupu tribunály projednávaly mimořádně široké spektrum investic, například:

- v případě *Generation Ukraine v Ukraine*[12] nezapočatý projekt výstavby kanceláří sestávající se pouze z plánů výstavby a souhlasů státních orgánů
- v případě *SGS Sociétés Générale de Surveillance v Philippines*[13] činnost spočívající ve fungování jako prostředník mezi obchodníky a celními orgány, kdy se všechny podstatné činnosti odehrávaly v zahraničí
- v případě *Holliday Inns v Morocco*[14] smlouvu o výstavbě a provozování hotelu (jediného)
- v případě *Lanco International Inc v Argentine*[15] koncesní smlouvu o rozvoji a provozu přístavního terminálu, v případě *Gruslin v Malaysia*[16] portfoliovou investici ve výši 2,3 milionu USD
- v případě *Tokios Tokelos v Ukraine*[17] provozování reklamní agentury a tiskárny
- v případě *Fedax v Venezuela*[18], kterým začal trend restriktivního posuzování investic, 760 000 USD v dluhopisech vydaných suverénním státem.

Tento přístup je stále aplikován, nicméně nyní mu konkuruje velmi vlivný restriktivní přístup.

### 2.2. Schreuerův test investice a následovnící

Pro porozumění kapitole 2.3 je důležité znát "testy", které tribunály použily k rozhodnutí, zda se jedná či nejedná o investici. Prvním z nich je Schreuerův test (nebyl dokonce jako test autorem zamýšlen, viz níže), který vymezil pět požadavků na investici:

- **jistou délku trvání** (minimálně 2 roky, ale toto kritérium je posuzováno velmi odlišně případ od případu)
- **pravidelnost zisku a příjmů** (ovšem podle tribunálu nemusí být toto kritérium vždy rozhodné při výzkumu léku, budování továrny atd...[19])
- **přijetí rizika** (riziko spojená s možností druhé strany předčasně ukončit smlouvu, možnost objednatele měnit obsah smlouvy bez možnosti změny odměny, možnost nárůstu nákladů na odměny pracovních sil v důsledku změny práva hostitelského státu, nehody či poškození majetku investora během prací, rizika týkající se koordinace mezi současně probíhajícími projekty, rizika nepředvídatelných nehod kromě vyšší moci atd...)
- **vynaložení prostředků či vklad** (know how, vybavení, personál, půjčky pro financování projektu, zajištění bankovních záruk požadovaných hostitelským státem[20])
- **přínos pro rozvoj hostitelského státu** (výstavba infrastruktury, předání know-how, ale například nehmotné příspěvky, jako je rozvoj turismu[21] nebo provozování advokátní kanceláře[22], uznány nebyly)

Poslední kritérium přínosu pro rozvoj hostitelského státu je nejproblematičtější, na jeho základě dochází k častému upírání ochrany investicím a například tribunál v případě *L.E.S.I. v Algeria*[23] dovedl, že toto kritérium je již obsaženo v předchozích kritériích a vůbec se jím nezabýval.

Po Schreuerově testu následoval takzvaný Salini test, který vznikl během projednávání případu *Salini Construttori v Morocco*[24]. V tomto případě tribunál rozhodoval o tom, zda spadá výstavba dálnice pod pojem "investice" a z pěti kritérií obsažených v Schreuerově testu opomněl kritérium pravidelnosti zisku a příjmů - tato čtyři kritéria jsou od té doby známa jako Salini test. Některé tribunály ovšem do definice páté kritérium znovu navrátily, takže ve výsledku se používají termíny Schreuer test, Salini-Schreuer test nebo Salini test s téměř identickým významem.

A nakonec poslední test vzešel z případu *Phoenix v. Česká republika*[25] a obsahuje šest kritérií:

- **vynaložení prostředků či vklad**
- **jistou délku trvání**
- **přijetí rizika**
- **přínos pro rozvoj hostitelského státu**
- **prostředky investované v souladu s právem hostitelského státu**
- **prostředky investované v dobré víře**

Na základě těchto kritérií tribunál odepřel jurisdikci, protože podle něj byl nákup dvou českých společností izraelským investorem ryze účelovým krokem k získání přístupu k výhodnému režimu ochrany investic a jako takový v rozporu s dobrou vírou.

Nicméně tyto testy nejsou žádným kánonem a nepoužívají je všechny tribunály, navíc pokud strana dokáže přesvědčit tribunál o nepřiměřenosti některého z kritérií v daném případě, má šanci ve sporu uspět.

### 2.3. Restriktivní výklad "investice" (Objektivistický přístup)

Zlom v posuzování investic směrem k restriktivnějšímu výkladu "investice" přišel během rozhodování případu případě *Fedax NV v Venezuela*[26], ve kterém vůbec poprvé stát zpochybňoval existenci investice. Příklad se týkal Nizozemské společnosti, které byla indosatářem Venezuelských směnek a Fedax se nestal držitelem těchto instrumentů na základě vztahu s Venezuelou nebo jiné přímé investice provedené na jejím území. Argumentem Venezuely ve sporu byla skutečnost, že držení instrumentů společností Fedax nelze kvalifikovat jako investici, protože Fedax neuskutečnil přímou zahraniční investici zahrnující dlouhodobý přesun finančních prostředků. Tribunál tuto argumentaci

odmítl a přiklonil se k vymezení investice provedenému Schreuerem[27] (zejména vyzdvihl přínos pro rozvoj hostitelského státu), transakce kritéria testu splnila. Další námitkou vznesenou Venezuelou byl fakt, že spor nevznikl "přímo" z investice, protože předmětná transakce nebyla přímá zahraniční investice. Připomenu znění článku 25 odstavce prvního Úmluvy ICSID stanovící, že se pravomoc tribunálu vztahuje na "právní spory, vznikající přímo z investice...". Tribunál se touto otázkou zabýval a rozhodl, že slovo "přímo" se vztahuje ke sporu (vznikajícímu přímo z investice) a ne k investici (zde by zřejmě musela být použita formulace "vznikající z přímé investice") a na základě toho tribunál judikoval, že "spory se nemusí týkat jen přímých investic do státní ekonomiky hostitelského státu, pokud ovšem vznikly *přímo z transakce*". Tento mírně rozšiřující výklad hodnotím pozitivně, na státy žádné nepřiměřené břemeno nepřenáší a investorům umožňuje s investicemi flexibilně nakládat (vstupovat a vystupovat do investic) bez rizika ztráty výhodného režimu ochrany investic.

Tento přístup k definici investice potvrdil tribunál i ve sporu *ČSOB v Slovensko*[28]. V tomto případě byla banka privatizována a její portfolio pohledávek z nesplacených úvěrů bylo převedeno na konsolidační agenturu, která měla za tyto pohledávky bance zaplatit, za což se zaručilo Slovenské ministerstvo financí. To namítalo, že úvěry poskytnuté ČSOB nejsou investicí, protože nevznikly z investice a ČSOB na Slovensku nenesla žádné investiční výdaje, výlohy, nebo náklady. Stejně jako v případě *Fedax*[29] tribunál tuto argumentaci odmítl, místo pohledu úzce zaměřeného na obchodní činnost, ze které vznikl spor, na celou věc pohlédl širěji a rozhodl, že konsolidační agentura měla zajistit pokračování a rozšiřování činnosti ČSOB, dále že banka výrazně přispěla k rozvoji bankovníctví na Slovensku, a proto je třeba na ČSOB hledět jako na investora ve smyslu Úmluvy ICSID.

Ovšem ať tomu Schreuer chtěl nebo ne, trend posuzování investic podle jeho testu vyústil v případy, kdy tribunály odmítly jurisdikci i přes dlouhodobost a vysokou hodnotu transakce. Pravomoc tribunál odmítl například v případě *Joy Mining v Egypt*[30], ve kterém se jednalo o smlouvu na návrh, instalaci a údržbu těžebního vybavení ve fosfátovém dole, který řídila vládní agentura, instalace vybavení trvala čtyři roky a údržba vybavení měla trvat deset let. Tribunál opět i přes znění dohody o ochraně investic nepřiznal investici ochranu, protože se podle něj jednalo o pouhý jednorázový kontrakt a chyběl tak znak investice vymezený ve Schreuerově testu - jistá délka trvání (i když celkem měl kontrakt trvat 14 let), kontrakt podle tribunálu navíc neměl dostatečně vysokou hodnotu (jednalo se o 13,3 milionu GBP) a nemohla mu tak být přiznána ochrana investic. Slovy Juliana Davise Mortensona tak tribunál připodobnil 14 let trvající kontrakt k prodeji žvýkačky[31]. Naopak v případě *Jan de Nul v Egypt*[32] tribunál dobu trvání kontraktu 23 měsíců posoudil za dostatečnou pro podřazení pod definici transakce podle Schreuerova testu.

Jeden z nejkontroverznějších je případ *Mitchell v Congo*[33], ve kterém byla advokátní kancelář v Kongu násilně uzavřena vládou. V následujícím řízení tribunál přijal přístup kladoucí důraz na znění dohody o ochraně investic (deferential approach) a rozhodl, že situaci lze kvalifikovat jako investici na základě řady důvodů (fyzické vlastnictví společnosti, know-how, dobré jméno, právo vykonávat právní činnost) a proto také přiznal jurisdikci a posoudil aktivity Konga jako protizákonné vyvlastnění. Kongo požadovalo zrušení nálezu a požádalo ad hoc tribunál ICSID k přehodnocení nálezu - ten nález překvapivě zrušil. Došel k závěru, že i přes délku působení, financování ze zámoří a ostatní důvody se podle Salini testu nejedná o investici, protože „podnik nepřispěl k ekonomickému rozvoji (Konga) nebo přinejmenším zájmům státu“ i přesto, že účinná dvoustranná dohoda o ochraně investic takovéto podnikání výslovně za investici označovala. Zlé jazyky by v tomto případě mohly tvrdit, pokud už ani právníci v tribunálu nevidí v činnosti advokátní kanceláře žádný přínos pro stát, tak je zřejmě pověst advokacie prachbídná. S rozhodnutím nesouhlasím a myslím si pravý opak, obzvláště pro země jako Kongo má činnost advokátní kanceláře pozitivní dopad na právní prostředí a tím pádem i na pokles korupce a ekonomický růst.

K podobnému závěru došel tribunál i v podobném případě *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*[34]. Investice spočívala ve vyzdvižení, restaurování, uskladnění, pojištění a prodeje starobylých předmětů potopených u Malajského pobřeží, trvala čtyři roky a investor zaměstnal 40 místních občanů. Tribunál opět i přes výslovné znění dvoustranné úmluvy o ochraně investic zamítl jurisdikci, na základě těchto důvodů: operace sice trvala čtyři roky, ale tato délka byla pouhá nahodilost která nesplňuje požadavek doby trvání dvou let (podle tribunálu mohla investice za ideálních podmínek trvat pouze 18 měsíců), dále že investice čelila nedostatečnému riziku, příspěvek investice k ekonomice Malajsie nebyl dostatečný (i když příjem Malajsie z investice byl 3,8 milionů USD) a i z několika dalších důvodů. Příklad ale ještě není u konce, na žádost investora bylo vyhověno návrhu na zrušení (2009) a nové řízení ještě neproběhlo. Podle ad hoc tribunálu ICSID původní tribunál odepřením jurisdikce rozsáhle překročil své pravomoci a dostal se tak do rozporu s bilaterálními a multilaterálními smlouvami tvořícími páteř systému ICSID.

Ve výše uvedených případech aplikovaly tribunály Schreuerův test, který autor nejspíše sepsal jako jistý nezávazný návrh a úvahu o budoucím vymezování investic, a velmi rigidně na jeho základě upíraly investicím ochranu. Možná je k tomu přivedla autorova prestiž v oblasti investičních arbitráží, možná snaha vytvořit jisté meze a limity velmi rychle se rozšiřující definici investice.

Velmi překvapivý byl i další vývoj doktrinální debaty, kdy Schreuer obvinil rozhodčí tribunály z nepochopení a přílišného lpění na jeho poznámkách k článku 25. Ve druhém vydání jeho pojednání tvrdí, že „vývoj praxe od popisného seznamu typických vlastností k řadě povinných právních požadavků je nešťastný. První vydání Komentáře nemůže sloužit jako zmocnění k tomuto vývoji“[35] Obzvláště nepochopitelné bylo odepření jurisdikce tribunály na základě jeho Schreuer - Salini testu, i když by jinak investice spadala do rozsahu dvoustranné dohody o ochraně investic (jedná se o případy *IBM World Trade Corporation v Ecuador*[36], *L.E.S.I. S.p.A. v Algeria*[37] a další...).

Tento trend restriktivního přístupu k definici investice v posledních letech mírně převažuje, tribunály se čím dál tím více uchylují k formalistickému posuzování transakcí podle nedokonalých definic a poprvé ve čtyřicetileté historii ICSID upírají ochranu transakcím, které dohody o ochraně investic definují jako investice. Jediné zatím nezasažené projekty jsou cizinci kontrolované a vlastněné projekty mimořádné hodnoty zaměřené na výrobu nebo stavbu infrastruktury. Naopak mezi nejohroženější transakce, kterým byla dříve poskytována ochrana, patří kontrakty na poskytování služeb, kontrakty trvající kratší dobu, nebo čistě finanční podíly.

Ironií osudu je, že restriktivní přístup v posuzování investic jde přesně proti duchu a úmyslům tvorců úmluvy ICSID, který můžeme vyvodit z historických dokumentů. V mnoha případech byla zamítnuta ochrana investicím, které podle tribunálu měly příliš malou hodnotu, například v případě *Joy Mining v Egypt* [38](viz výše) byla nedostatečná hodnota investice 13,2 milionů USD, přitom v původním návrhu úmluvy ICSID byla výslovně uvedena minimální výše investice 100 000 USD, což je i po započtení inflace o řád nižší částka. Podobně je to i s minimální délkou trvání investice a pouhými obchodními kontrakty. Skutečnost, že v Úmluvě ICSID nejsou vysloveny žádné limity co do hodnoty nebo délky trvání investice měla jediný účel - zabránit formalistickému a nekonzistentnímu upírání ochrany investicím.

#### **2.4. Smlouvy o výstavbě**

Velmi početnou skupinou případů, která si zaslouží zvláštní zacházení, jsou smlouvy o výstavbě. I v jejich posuzování jsou patrné jisté rozpory. Zatímco výstavby velkého rozsahu jsou za investice považovány (viz. případy *RFCC v Morocco*[39] a *Salini Costruttori v Morocco*[40]), u ostatních stavebně inženýrských projektů situace tak jednoznačná není. Proti širokému chápání investice u smluv o výstavbě se postavil Nathan[41], podle kterého je situace, kdy stavebník poskytuje materiál a služby za určitou cenu a poté se se svým zařízením, personálem a ziskem vrací do své vlasti, spíše

podobná vztahu prodejce - zákazník. S tímto souhlasí i Yala[42], který rozlišuje smlouvy na ty, ve kterých vstupuje stát s investory do vztahu prodejce - zákazník (například pouhá výstavba továrny s odměnou po předání díla) a ty, ve kterých existuje vzájemný poměr, popřípadě partnerství státu s investorem (výstavba a provozování továrny s odměnou ze zisku z provozu továrny). Argumenty k zahrnutí smluv o výstavbě pod definici investice jsou velké částky vynaložené stavitelem a dlouhodobý přínos těchto projektů k rozvoji hostitelského státu, což potvrdil tribunál v rozhodnutí o výstavbě dálnice v případě *Bayindir v Pakistan*[43].

## **2.5. Teritoriální omezenost**

Protože ve většině smluv o ochraně investic je zahrnuto ustanovení omezující jejich působnost na investice nacházející se na území hostitelského státu, je důležitou otázkou i prostorové vymezení investice, které se stalo předmětem jednání v případech *SGS v Pakistan*[44] a *SGS v Philippines*[45]. Předmětem podnikání společnosti SGS bylo v obou případech provádění celních inspekčních kontrol před odesláním zboží, na základě kterého poté společnost vystavila inspekční certifikát celním orgánům v Pákistánu, respektive na Filipínách. Z logiky věci vyplývá, že tyto kontroly před odesláním probíhaly mimo území hostitelských zemí a mimo hostitelské země byla také společnost SGS umístěna většina z investovaných prostředků. Tímto faktem argumentovaly hostitelské země, které odmítaly pravomoc tribunálu k projednání sporu, ten ale jejich úzký výklad nepřijal a v odůvodnění uvedl, že hlavním předmětem činnosti společnosti SGS bylo obstarání inspekčních certifikátů v samotném hostitelském státě, do kterého směřovala část prostředků z investice, a že je nutno posuzovat transakci jako celek.

## **2.6. Vliv práva hostitelského státu**

### **2.6.1. Soulad s právem státu**

V některých dohodách o ochraně investic je zahrnut požadavek souladu investice s národním právem hostitelské země, což je vykládáno jako odepření smluvní ochrany investicím, které by byly v rozporu s právem hostitelské země.

O zajímavý a velmi extenzivní výklad se v případě *Salini Construttori SpA and Italstrade v Morocco*[46] pokusilo Maroko argumentací, že jelikož tuto transakci Marocké právo klasifikuje jako pouhý obchodní kontrakt a ne jako investici, nejedná se o transakci „v souladu se zákony a předpisy“ Marockého království, jak požaduje článek 1 odst. 1 Italsko-Marocké dohody o ochraně investic a proto tribunál nemá v tomto případě pravomoc spor rozhodovat. Tribunál tuto argumentaci odmítl s odůvodněním, že toto ustanovení se týká pouze otázky legality investice a ne její definice a že cílem tohoto ustanovení je výhradně odepření ochrany investicím, které by podle práva hostitelského státu byly protiprávní. Pohled tribunálu na tuto problematiku potvrdily i další nálezy rozhodčích tribunálů, například *Tokios Tokelés v Ukraine*[47] a *Inceysa Vallisoletana v El Salvador*.

Ve dvoustranných dohodách o ochraně investic je často možné nalézt klauzuli, podle které bude poskytnuta ochrana podle dohody jen těm investicím, které jako investice označuje právo hostitelského státu. Tato volnost státu ovšem není bezmezná, mezinárodní právo veřejné zakazuje státu měnit své právo bezprávně za účelem zmaření ochrany investice. Tribunály tuto možnost státu definovat investice uznávají, jak potvrdily v případě *Generation Ukraine Inc v Ukraine*[48] a *Nagel v Czech Republic*[49].

### **2.6.2 Souhlas a registrace investic**

Požadavek souhlasu státu s investicí a případně i registrace takových investic se vyskytuje zejména v centrálně plánovaných ekonomikách, z mnohostranných smluv o ochraně investic to umožňuje

například článek 4 Souhrnné dohody o ochraně investic ASEAN[50]. Nutnost souhlasu a registrace potvrdily tribunály v případech *Yaung Chi Oo Trading Pte v Myanmar*[51] a *Phipppe Gruslin v Malaysia*[52]. Mnohem zajímavější ale bylo odůvodnění v případech, kdy tribunály odmítly požadavek státu na souhlas/registraci investice a přiznaly společnostem ochranu podle dohody o ochraně investic.

V případě *Middle East Cement Shipping and Handling v Egypt*[53] vyžadovalo Egyptské vnitrostátní investiční právo registraci cizích investic, aby mohly být kvalifikovány jako investice, společnost ale vznesla nárok na základě Řecko-Egyptské dohody o ochraně investic která samotná registraci nevyžadovala, pouze stanovila, že investice jsou přijaty hostitelským státem „v souladu s jeho předpisy“. Tribunál v řízení pokračoval s odůvodněním, že pokud dohoda o ochraně investic registraci nepožadovala, nemohla být tato povinnost vyvozována z vnitrostátního investičního práva. Podobně tribunál rozhodl i v případě *Metalpar & Buen Aire v Argentine*[54]. Posledním případem v této části je *Southern Pacific Properties (Middle East) v Egypt*[55], ve kterém společnost investici úspěšně registrovala, ale následně jí byla registrace odebrána na základě Egyptského vnitrostátního investičního práva. Podle názoru rozhodčího tribunálu se zde jednalo o nepřijatelné porušení základního principu mezinárodního práva – principu dobré víry, které by dovedeno ad absurdum umožnilo Egyptu vyloučit jakoukoli ochranu investic (stačilo by jen v případě sporu odebrat společnosti registraci, tím pádem by se již nejednalo o "investici" a společnost by nemohla uplatnit ochranu na základě dohody o ochraně investic) a tuto námitku Egypta nepřijal.

V posledně jmenovaných sporech se ukázala důležitost rozlišování mezi aplikovaným právem v jednotlivých částech sporu (typicky se jedná o mezinárodní právo, vnitrostátní právo a dohodu o ochraně investic) a z toho vycházející správné argumentace.

## 2.7. Ochrana nepřímých investic

Posuzování této otázky prošlo zajímavým vývojem, na jehož počátku byl případ *Barcelona traction*[56], v té době posuzován podle norem mezinárodního práva veřejného. Příklad se týkal dluhopisů vydaných Kanadskou společností provozující činnost ve Španělsku, která byla většinou vlastněna občany Belgie. Důsledkem jednání Španělska se společnost ocitla v úpadku. ICJ odmítl požadavek Belgie na vymáhání nároku ve prospěch Belgických vlastníků společnosti vůči Španělsku. ICJ to zdůvodnil tím, že mezinárodní právo umožňuje vymáhat tyto nároky pouze státu společnosti (v tomto případě Kanada), nikoli státu vlastníků společnosti (Belgie).

Zcela jiná situace je v arbitrážích na základě dohod o ochraně investic. V mnoha modelových dvoustranných dohodách o ochraně investic můžeme nalézt definici investice, která zahrnuje také podíly, akcie nebo dluhopisy, případně i jiné formy podílení se na společnosti, (které samotná provádí investici) a rozšiřuje tak ochranu v rámci smluv o ochraně investic i na tzv. nepřímé investice. Jedná se například o modelové dohody o ochraně investic USA, UK, Německa, Francie, Nizozemí. Tribunály tuto otázku uchopily jako poměr *lex generalis* (mezinárodní právo veřejné) a *lex specialis* (dohody o ochraně investic) a v případech *Asian Agricultural Products v Sri Lanka*[57], *American Manufacturing and trading v Zaire* [58] a *CMS Gas Transmission v Argentine*[59] přiznaly ochranu i nepřímým investorům.

V dalších rozhodnutích na základě smluv o ochraně investic byla ochrana nepřímých investorů dále rozšiřována. V případě *Azurix Corp v Argentine Republic* [60] poskytl tribunál na základě dvoustranné dohody o ochraně investic ochranu také právům vyplývajícím ze smlouvy.

Velice rozporuplnou pozici zaujal tribunál v případě *CMS v Argentine*[61], kdy přiznal ochranu i minoritním akcionářům (29,42%) držícím akcie Argentinské (tzn. domácí) společnosti a tento názor potvrdily tribunály i ve sporech *Azurix v Argentine*[62], *Lanco v Argentine*[63], *GAMI Investments v*

Mexiko [64] a dalších. Tento přístup ale potenciálně vede k mnoha problémům, jako je například možnost multiplicitních investičních sporů (akcionáři ze tří různých zemí by teoreticky mohli zahájit tři různé spory v téže věci), ještě výraznější diskriminace mezi tuzemskými a zahraničními investory (jen zahraniční akcionáři nebo podílníci by měli možnost zahájit investiční arbitráž) atd.

Mimo zadání práce, nicméně velmi intenzivně se vyvíjející oblastí, je možnost holdingů a jednotlivých konečných příjemců úspěšně vznášet nároky na základě smluv o ochraně investic.

### **3. Vzniklo obecné chápání toho, co představuje investici v rozhodčích řízeních na základě mezinárodních smluv o ochraně investic?**

V současnosti je předčasné mluvit o nějaké ustálené praxi rozhodčích tribunálů v posuzování investic (například stále probíhající bitva mezi zastánci volného přístupu k definici investice a zastánci přístupu restriktivního), rozhodovací praxe tohoto nově se tvořícího právního odvětví je velmi nestejnorodá a porotichůdná (viz opačná rozhodnutí ve dvou téměř identických případech *Lauder v Česká republika*[65] a *CME v Česká republika*[66]), nicméně již lze vyzkoušet jisté trendy v posuzování investic, kterými by se mohl potenciální investor řídit a minimalizovat tak riziko odepření aplikace výhodného režimu ochrany investic.

Obecná shoda panuje v otázce typů transakcí nespádajících pod jurisdikci tribunálu ICSID vymezených v kapitole druhé, ovšem vzhledem k relativní novosti ochrany investic je možné, že časem dojde k vyloučení některých dalších typů sporů z jurisdikce.

O poznání složitější je bohužel posouzení jemných nuancí vymezených v kapitole třetí, jedná se o otázku teprve se vyvíjející, jejíž konečné řešení můžeme očekávat v horizontu deseti až dvaceti let. Je na místě doporučit, aby transakce s velkými rezervami splňovala kritéria Salini-Schreuer testu, popřípadě aby investor měl možnost řešit budoucí spory mimo systém ICSID (obzvláště vhodné v oblasti služeb, kontraktů připomínající nákup a prodej, relativně krátkodobých kontraktů nebo kontraktů nižší hodnoty), minimálně dokud nebude s konečnou platností vyjasněna otázka závaznosti kritérií obsažených v Salini-Schreuer testu.

### **4. Závěr**

Ochrana investic v systému ICSID je bezesporu velkým pokrokem oproti diplomatické ochraně v dobách minulých. V posledních pár letech se ale odpíráním jurisdikce v rozporu s ustanoveními bilaterálních dohod o ochraně investic a tím i opinio iuris států, které tak nešťastně zahájila Schreuerova definice, začaly projevovat i její nevýhody. Doufám, že se jedná pouze o „problémy zrození“ investiční arbitráže, která zažívá bouřlivý rozvoj zejména v posledních deseti letech. Souhlasím s názorem Juliana Davise Mortensona[67], podle kterého by tribunály měli při posuzování, zda transakce spadá pod pojem „investice“, respektovat vůli států v dohodách o ochraně investic a zasáhnout jen v případech, kdy by jejich aplikace vedla k absurdním dopadům.

**Bohuslav Lichnovský,**

student právnické fakulty Masarykovy univerzity

e-mail: [b.lichnovsky@gmail.com](mailto:b.lichnovsky@gmail.com)

#### *Seznam použité literatury*

- Knižní zdroje  
C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger: *International Investment Arbitration, Substantive*

Principles, Oxford University Press, 2008

K. Chovancová: International Arbitration of Investment Disputes / Mezinárodní arbitráž investičních sporů, Eurokódex, 2009

M. Waibel, A. Kaushal, K. L. Chung, C. Balchin: The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and Reality, Wolters Kluwer, 2010

- Časopisecké zdroje

O. Sekanina: Salini Test a posuzování existence investice - Jurisprudence 7/2008

J. D. Mortenson, The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law, Harvard International Law Journal, Vol. 51, 2010

- Internetové zdroje

Y. Andreeva, Debervoise & Plimpton LLP: Is there a limit to the outer limits of ICSID jurisdiction?, 2009, Dostupné >>> [zde](#).

- 
- [1] Petrobart Ltd v Kyrgyz Republic (Award), SCC, 2005
  - [2] C. Schreuer, Commentary on the ICSID Convention, 1996
  - [3] Franz Sedelmayer v Russian Federation (Award) Ad Hoc, 1998
  - [4] Joy Mining Machinery Ltd v Arab Republic of Egypt (Jurisdiction), ICSID, 2004
  - [5] Mihaly International Corp v Republic of Sri Lanka (Award), ICSID, 2002
  - [6] William Nagel v Czech Republic (Award), SCC, 2003
  - [7] Genin, Eastern Credit Ltd Inc and AS Baltoil v Republic of Estonia (Award), ICSID, 2001
  - [8] Memorandum of the Meeting of the Committee of the Whole (1963)
  - [9] Kaiser Bauxite Co v Government of Jamaica, ICSID, 1975
  - [10] Alcoa Minerals of Jamaica Inc v Jamaica, ICSID, 1975
  - [11] Atlantic Triton Co Ltd v People's Revolutionary Republic of Guinea (Award), ICSID, 1986
  - [12] Generation Ukraine v Ukraine, ICSID, 2005
  - [13] SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of Philippines (Jurisdiction), ICSID, 2004
  - [14] Holliday Inns v Morocco, ICSID
  - [15] Lanco International Inc v Argentine Republic, ICSID (Jurisdiction), 1998
  - [16] Gruslin v Malaysia, ICSID (Award), 2000
  - [17] Tokios Tokeles v Ukraine, ICSID (Jurisdiction), 2005
  - [18] Fedax NV v Republic of Venezuela (Jurisdiction), ICSID, 1997
  - [19] Malaysian Historical Salvors v Malaysia, ICSID, 2007
  - [20] Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco, ICSID, 2001
  - [21] Malaysian Historical Salvors v Malaysia, ICSID, 2007
  - [22] Mitchell v Congo, 2006
  - [23] L.E.S.I. S.p.A. V République algérienne démocratique et populaire, ICSID, 2006
  - [24] Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco, ICSID, 2001
  - [25] Phoenix Action Ltd v Czech Republic, ICSID (Award), 2009
  - [26] Fedax NV v Republic of Venezuela (Jurisdiction), ICSID, 1997
  - [27] C. Schreuer, Commentary on the ICSID Convention, 1996
  - [28] Ceskoslovenska obchodni banka AS v Slovak Republic, ICSID, 1999
  - [29] Fedax NV v Republic of Venezuela (Jurisdiction), ICSID, 1997
  - [30] Joy Mining Machinery Ltd v Arab Republic of Egypt (Jurisdiction), ICSID, 2004
  - [31] J. D. Mortenson, The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law, Harvard International Law Journal, Vol. 51, 2010
  - [32] Jan de Nul NV & Dredging International NV v Arab Republic of Egypt, ICSID, 2006
  - [33] Mitchell v Congo, 2006
  - [34] Malaysian Historical Salvors v Malaysia, ICSID, 2007
  - [35] C. Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary, 2001

- [36] IBM World Trade Corporation v Republic of Ecuador, ICSID (Jurisdiction), 2003
- [37] L.E.S.I. S.p.A. V Republique algérienne démocratique et populaire, ICSID, 2006
- [38] Joy Mining Machinery Ltd v Arab Republic of Egypt (Jurisdiction), ICSID, 2004
- [39] Consortium RFCC v Kingdom of Morocco (Award), ICSID, 2003
- [40] Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco, ICSID, 2001
- [41] K. V. Nathan, Submissions to the International Centre for Settlement of Investment Disputes in Breach of the Convention, 1995
- [42] F. Yala, The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly, 2005
- [43] Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan, ICSID, 2005
- [44] SGS Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan (Jurisdiction), ICSID, 2003
- [45] SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of Philippines (Jurisdiction), ICSID, 2004
- [46] Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco
- [47] Tokios Tokelés v Ukraine (Jurisdiction), ICSID, 2005
- [48] Generation Ukraine Inc v Ukraine (Award), ICSID, 2003
- [49] William Nagel v Czech Republic (Award), SCC, 2003
- [50] ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 2009
- [51] Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd v Government of the Union of Myanmar (Award), ICSID, 2003
- [52] Phipippe Gruslin v Malaysia (Award), ICSID, 2000
- [53] Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v Arab Republic of Egypt (Award), ICSID, 2002
- [54] Metalpar SA & Buen Aire SA v Argentine Republic (Jurisdiction), ICSID, 2006
- [55] Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v Arab Republic of Egypt (Jurisdiction), ICSID, 1985
- [56] Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (New Application:1962), ICJ, 1970
- [57] Asian Agricultural Products Lt v Republic of Sri Lanka, ICSID, 1990
- [58] American Manufacturing and trading Inc (AMT) v Republic of Zaire (Award), ICSID, 1997
- [59] CMS Gas Transmission Co v Republic of Argentina (Jurisdiction), ICSID, 2003
- [60] Azurix Corp v Argentine Republic (Jurisdiction), ICSID, 2003
- [61] CMS Gas Transmission Co v Republic of Argentina (Jurisdiction), ICSID, 2003
- [62] Azurix Corp v Argentine Republic (Jurisdiction), ICSID, 2003
- [63] Lanco International Inc v Argentine Republic (Jurisdiction), ICSID, 1998
- [64] GAMI Investments Inc v United Mexican States, NAFTA/UNCITRAL, 2004
- [65] Lauder v Czech Republic (Award), UNCITRAL, 2001
- [66] CME Czech Republic BV (The Netherlands) v Czech Republic(Partial Award), ICSID, 2001
- [67] J. D. Mortenson, The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law, Harvard International Law Journal, Vol. 51, 2010

© EPRAVO.CZ - Sbírnka zákonů , judikatura, právo | [www.epravo.cz](http://www.epravo.cz)

## Další články:

- [Evropská unie mění pravidla plateb: více odpovědnosti, intenzivnější zpracování dat, více kontrol](#)
- [Sdílení elektřiny v obecních projektech, změny po 1.8.2026 a zapojení bateriových úložišť](#)
- [Novinky z české a evropské regulace finančních institucí za měsíc květen 2026](#)

- [Když model počítá správně, ale závěr je zavádějící: limity AI při oceňování podniků](#)
- [Institut zajišťovacího příkazu v daňovém řízení: podmínky vydání a obrana v odvolacím řízení](#)
- [Postavení finančního arbitra v kontextu nařízení Brusel I bis - Funkční pojetí „soudu“, osvědčení podle čl. 53 a možnost výkonu nálezu v jiných členských státech EU](#)
- [Daňová ztráta a její vliv na lhůtu pro stanovení daně](#)
- [Novinky z české a evropské regulace finančních institucí za měsíc duben 2026](#)
- [Zaměstnanecké benefity dle ustanovení § 6 odst. 9 písm. d\) zákona o daních z příjmů v roce 2026](#)
- [Flotilová novela: Kdo a kdy musí nově získat licenci k distribuci pojištění?](#)
- [Novinky z české a evropské regulace finančních institucí za měsíc březen 2026](#)