

Univerzita Palackého v Olomouci

Právnická fakulta

Vít Ferfecki

Mezinárodní ochrana investic a regulační zásahy státu

Diplomová práce

Olomouc 2017

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma **Mezinárodní ochrana investic a regulační zásahy státu** vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 10. dubna 2017

.....
Vít Ferfecki

Poděkování

Děkuji vedoucímu této diplomové práce, Mgr. et. Mgr. Lukáši Ryšavému, za cenné rady a připomínky při jejím zpracování.

Obsah

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK	5
ÚVOD.....	7
1 OCHRANA INVESTIC JAKO ZÁSAH DO SUVERENITY STÁTU	9
1.1 Zvláštní závazky investičního práva.....	11
1.2 Typické regulační zásahy do investic.....	12
2 ZÁSAH STÁTU A OCHRANA OPRÁVNĚNÝCH OČEKÁVÁNÍ.....	14
2.1 Ochrana oprávněných očekávání jako součást standardu spravedlivého a rovného zacházení	15
2.2 Jednání státu narušující oprávněná očekávání	16
2.3 Philip Morris v. Uruguay	20
2.4 Vattenfall and others v. Germany	25
2.5 Dílčí závěr k oprávněným očekáváním	28
3 ZÁSAH STÁTU A DALŠÍ STANDARDY OCHRANY VČETNĚ VYVLASTNĚNÍ	30
3.1 Nepřímé vyvlastnění a jeho hranice v judikatuře	30
3.1.1 Philip Morris v. Uruguay.....	33
3.1.2 Vattenfall and others v. Germany	35
3.1.3 Crystallex v. Venezuela	36
3.1.4 Dílčí závěr k vyvlastnění	37
3.2 Regulační opatření a použití dalších smluvních doložek	38
4 ZMĚNY V IIA SOUVISEJÍCÍ S PRÁVEM STÁTU NA REGULACI	41
4.1 Úpravy formulací BITs a FTAs.....	42
4.2 Standard FET a standard minimálního zacházení	44
4.3 Změny v ochraně před vyvlastněním	47
4.4 CETA a právo na regulaci	48
4.5 Dílčí závěr ke změnám IIA	49
ZÁVĚR	51
SEZNAM POUŽITÝCH ZDROJŮ.....	53
SHRNUTÍ	62
SUMMARY	63
KLÍČOVÁ SLOVA	64

Seznam použitých zkratk

BIT	Dvoustranná smlouva o podpoře a vzájemné ochraně investic (<i>Bilateral Investment Treaty</i>)
BVerfG	Ústavní soud Spolkové republiky Německo (<i>Bundesverfassungsgericht</i>)
CIL	Mezinárodní obyčejové právo (<i>Customary international law</i>)
CETA	Komplexní hospodářská a obchodní dohoda mezi EU a Kanadou (<i>Comprehensive Economic and Trade Agreement</i>)
ECHR	Evropský soud pro lidská práva
ECT	Dohoda k Energické chartě ze dne 17. prosince 1994
ESLP	Evropský soud pro lidská práva
EP	Evropský parlament
EU	Evropská unie
FCTC	Rámcová dohoda WHO o regulaci tabáku (<i>Framework Convention on Tobacco Control</i>)
FET	Standard spravedlivého a rovného zacházení (<i>Fair and Equitable Treatment</i>)
FPS	Plná ochrana a bezpečnost (<i>Full Protection and Security</i>)
FTA	Dohoda o volném obchodu (<i>Free Trade Agreement</i>)
GG	Ústava Spolkové republiky Německo (<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i>)
ICSID	Mezinárodní středisko pro řešení investičních sporů
ISDS	Mechanismus řešení sporů mezi investory a státy (<i>Investment State Dispute settlement</i>)
IIA	Jakákoli smlouva, která obsahuje mezinárodní ochranu investic (<i>International Investment Agreement</i>)
Komise	Evropská komise
LZPS	Usnesení předsednictva české národní rady ze dne 16. prosince 1992 o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky
MFN	Doložka nejvyšších výhod (<i>Most Favoured Nation Treatment</i>)

NAFTA	Smlouva o severoamerické zóně volného obchodu ze 7. října 1992
NT	Národní zacházení (<i>National Treatment</i>)
OECD	Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj
PPD	<i>Police powers doctrine</i>
SED	<i>Sole effect doctrine</i>
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie (tzv. Lisabonská smlouva)
SOP	Společná obchodní politika EU
SRN	Spolková republika Německo
UNCITRAL	Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo
UNRISD	Výzkumný ústav OSN pro společenský rozvoj (<i>United Nations Research Institute For Social Development</i>)
Ústava ČR	Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů
VCLT	Vídeňská úmluva o smluvním právu
WHO	Světová zdravotnická organizace

Úvod

Tato práce se zaměřuje na jeden z problematických aspektů ochrany investic, a to jejímu vztahu k výkonu regulačních pravomocí hostitelského státu. Investiční arbitráž si v posledních letech získala značnou publicitu u veřejnosti a politiků, zejména právě kvůli konfliktům legislativních změn s majetkovými zájmy investorů. V následujících kapitolách jde tedy o vztah mezi veřejnou mocí ve státě k investorovi jako adresátovi právní regulace a jeho vývoj v arbitrážní praxi. Diplomová práce si klade za cíl zmapovat aktuální trendy přístupu investičního práva k vnitrostátním regulacím investic.

Původním smyslem mezinárodní ochrany investic byla základní ochrana majetku investora a zabránění excesům v zásahu státu do něj (přímé vyvlastnění bez náhrady, aj.), typickým pro rozvojové země. Vývoj posledních let směřuje ještě mnohem dále, často se tedy mohou zájmy investora chráněné investičními smlouvami dostat do konfliktu se suverénním výkonem státní moci, především práva státu na regulaci podnikání. Tento aspekt ochrany investic je odborníky často diskutován a někteří z nich činí závěry, že může vést k nepřiměřenému zásahu do výkonu státní suverenity.¹

Instrumenty ochrany zůstávají neměnné, základním nástrojem jsou dvoustranné smlouvy o podpoře a ochraně investic („BIT“). Dřívější návrhy mnohostranných smluv o ochraně investic většinou selhaly, nicméně ochranu investic obsahuje řada významných dohod o volném obchodu (NAFTA, CETA) nebo jiných instrumentů (Dohoda k Energetické chartě). Znatelný vývoj však nastává u obsahu smluv, množství sporů řešených v arbitráži a výčtu nejčastěji žalovaných států. Mezi nejčastěji žalované se dostávají čím dál více i vyspělé státy, v jejichž případě lze těžko mluvit o zásadních nedostatcích prvků právního státu.² V následujících kapitolách tedy budou analyzovány hmotněprávní standardy ochrany investic, u kterých existuje riziko odpovědnosti státu za regulační opatření. Jejich cílem je

¹ Například BROWN, Julia. International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat. *Western Journal of Legal Studies*, roč. 3, č. 1, s. 24.

Nebo JOHNSON, Lise. *State Liability for Regulatory Change: How International Investment Rules are Overriding Domestic Law* [online]. iisd.org, 6. ledna 2014 [cit. 2. března 2017]. Dostupné na <https://www.iisd.org/itn/2014/01/06/state-liability-for-regulatory-change-how-international-investment-rules-are-overriding-domestic-law/#_ftn23>.

² HODER, Lukáš. *Investiční arbitráže v roce 2015* [online]. patria.cz, 25. května 2016 [cit. 13. března 2017]. Dostupné na <<https://www.patria.cz/pravo/3217884/investicni-arbitraze-v-roce-2015.html>>.

zjištění, zda ochrana investic ve své stávající podobě omezuje právo států na regulaci podnikání a kde leží hranice mezi přípustnou regulací a porušením standardů ochrany ve smlouvách o ochraně investic („IIA“).

Sjednávání smluv o ochraně investic je záležitost vyvažování aktuálních hospodářských priorit, má posílit zájem zahraničních investorů o stát jako cílovou destinaci pro vývozce kapitálu a zároveň jej co nejméně zatížit závazky k jejich ochraně. Právní jistota v podobě hmotněprávních záruk, případně arbitrážního mechanismu („ISDS“), má pomoci přilákat zájem investorů, kteří hledají ekonomickou a právní stabilitu.

Bez investiční arbitráže by nebyla ochrana investic kompletní, respektive by byla velice komplikovaná, pokud by její úplně uplatnění bylo možné pouze pomocí diplomatické ochrany. Její význam pro potřeby této práce je v tom, že stát může změnou norem dosáhnout nejen diskriminačních a jiných škodlivých zásahů do investice, ale může jako nositel suverénní moci i procesně znemožnit uplatnění nároků. Stát se mnohdy nachází v konfliktu zájmů, kdy je vykonavatel vrchnostenské moci a zároveň v postavení soukromoprávního subjektu k investorovi. Zahraniční investoři tedy preferují arbitráž před obecnými soudy, protože často namítají i procesní diskriminaci při uplatnění nároků. V následujících kapitolách bude podroben rozboru další důvod této preference, a sice široký výklad ochranných doložek IIA arbitrážními tribunály.

Diplomová práce se na konkrétních příkladech soustředí na rozbor aktuální arbitrážní praxe a její porovnání s předchozí judikaturou i teorií. V první kapitole vysvětluje vztah suverenity státu a ochrany zahraničních investic a dává příklady regulačních zásahů. V druhé a třetí kapitole klade důraz na snahu o vymezení základních standardů ochrany investic a jejich použití v praxi s ohledem na státní regulace. Metodou analýzy zkoumá vybranou rozhodovací praxi a použití východisek z předchozích rozhodnutí a teorie. Dále v ní používá metodu komparace k rozlišení různých přístupů rozhodčích tribunálů podle rozdílných formulací smluvních doložek. Poslední kapitola sleduje reakci smluvních stran IIA na tuto praxi a odhaduje budoucí vývoj v obměně IIA. Vývoj v této oblasti ochrany investic ještě stále není u konce a odborné publikace, zejména v českém jazyce, jsou prozatím nedostupné. Cílem práce tohoto rozsahu nemůže být vyčerpávající analýza této oblasti ochrany investic, má však poskytnout kromě základního přehledu také pohled na nejnovější praxi a reakci států na ni při vyjednávání smluv o podpoře a ochraně investic.

1 Ochrana investic jako zásah do suverenity států

Podle mezinárodního práva veřejného je stát ve výkonu své svrchované moci omezen mezinárodními obyčejí, dobrovolně uzavřenými závazky a jednostrannými deklaracemi, suverenitou ostatních států, kogentními normami mezinárodního veřejného práva a obecnými právními principy.³ Mezinárodní ochrany investic se týkají první dvě jmenované skupiny. V mezinárodním obyčejovém právu (dále „ICL“) neexistuje povinnost státu připustit uskutečnění zahraničních investic na svém území, státní suverenita se tedy může projevit i v neumožnění občanům cizích států v něm investovat nebo jako právo investice regulovat.⁴ Pokud ale stát investici připustí, je povinen zachovávat v zacházení s ní minimální standard podle ICL.⁵ Ten nestanoví konkrétní materiální pravidla pro zacházení s investicí, ale jen měřítko pro posuzování souladu vnitrostátního práva s mezinárodním.⁶ Jak bylo naznačeno v úvodu, aktuální smlouvy o ochraně investic obsahují ochranu tento standard převyšující. Je tedy na zvážení vyjednávačů států, do jaké míry chtějí suverenitu formou IIA omezit. Existence mezinárodního závazku plyne přímo z takové smlouvy. Stranami smluv o podpoře a ochraně investic ve smyslu Vídeňské úmluvy o smluvním právu („VCLT“) jsou státy, práva z nich však mohou uplatňovat přímo investoři.⁷ V tomto aspektu je investiční arbitráž unikátní, stát smlouvami zároveň chrání „své“ investory v zahraničí, nicméně s každým rozšířením jejich ochrany přidává sobě tytéž povinnosti vůči investorům druhé smluvní strany. Smluvní ustanovení jsou primárním hmotným, případně i procesním právem, vnitrostátní právo státu je z jejich hlediska faktickým stavem.⁸ Pokud selže snaha o smírné urovnání sporu, může zahraniční investor sám podle mezinárodního práva veřejného, ačkoli

³ ČEPELKA, Čestmír, ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008. s. 52

⁴ DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2. vyd. Oxford: Oxford Univ. Press, 2012, s. 7.

⁵ Rozhodčí náleží ICSID ze dne 25. července 2007 ve věci LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, odst. 133.

⁶ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. Praha: Linde, 2008. s. 53.

⁷ Článek 1 VCLT ze dne 23. května 1969: „Tato úmluva se vztahuje na smlouvy mezi státy.“

⁸ BĚLOHLÁVEK, Alexander, HÓTOVÁ Renáta. *Cenová Regulace z pohledu tuzemské, komunitární a mezinárodní úpravy a ochrany investic*, Ostrava: Sagit, 2008, s. 50.

není jeho subjektem, zahájit arbitrážní spor.⁹ Mezinárodní ochrana investic tedy může omezit suverenitu státu ve třech oblastech:

- a) Minimální standard zacházení podle mezinárodního obyčejového práva
- b) Hmotněprávní ochrana podle standardů v IIA
- c) Procesní ochrana investora v IIA prostřednictvím arbitráže

Právo státu vykonávat suverénní moc na svém území je v investičním právu široce reflektováno ve smlouvách o ochraně investic i v rozhodovací praxi. Ve smlouvách nejčastěji obecnými proklamacemi o právu na regulaci, v rozhodčích nálezích pak prostřednictvím takzvané *police power doctrine*. Použití této doktríny je namístě, zejména pokud jsou závazky ve smlouvách neurčité. Obecně je uznávána svoboda státu jednat v širším veřejném zájmu prostřednictvím postupů na ochranu životního prostředí, stanovení a výběr daní apod. Racionální regulace ze strany státu lze dosáhnout jedině tehdy, pokud subjekt takovou regulací zasažen, nemůže žádat kompenzaci. Tento princip je uznáván jako obyczaj mezinárodního práva.¹⁰ Avšak sama skutečnost, že jednání státu slouží nějakému legitimnímu veřejnému zájmu, nemůže vést automaticky k závěru, že nedošlo například k vyvlastnění, za které má náležet náhrada.¹¹ Konkrétní další podmínky nekompenzovatelných zásahů rozebírají podrobně další kapitoly.

Investiční právo může ovlivnit řadu aspektů vnitrostátního práva, jako pracovní, zdravotní právo nebo právo vlastnické, jak upřesňují následující kapitoly. Tato práce v nich mimo jiné zkoumá, zda ochrana investic a systém ISDS poskytují zahraničním investicím zacházení, které je zvýhodňuje oproti vnitrostátním subjektům na trhu a zda a za jakých okolností by mohla vést k narušení demokratických principů v podobě omezení legislativních a jiných pravomocí státu. Jedním z dílčích problémů je otázka, do jaké míry se může stát zavázat ke svému budoucímu jednání.

⁹ GRAMLICH, Ludwig, CONECH, Claudia. Der Streit um die Investor-Staat-Streitbeilegung im Kontext von CETA und TTIP - Erkenntnisse und Lösungsansätze. *Swiss Review of International and European Law*, 2016, roč. 26, č. 3, s. 396.

¹⁰ Rozhodčí nález ICSID (NAFTA) ze dne 16. prosince 2002 ve věci Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, odst. 103.

¹¹ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Hmotněprávní standardy ochrany přímých zahraničních investic. *Právník*. 2012, roč. 151, č. 11, s. 12.

1.1 Zvláštní závazky investičního práva

Kromě mezinárodního obyčejového práva a sjednaných IIA může být stát vázán i investiční dohodou. Jedná se o smlouvu, uzavřenou mezi hostitelským státem a investorem podle vnitrostátního práva, obvykle upravující pravidla pro konkrétní investici, vzájemné závazky investora a státu.¹² Doložka v takové dohodě může jako rozhodné právo stanovit i jiná pravidla než právo hostitelského státu, například kombinaci prvků z právních řádů více zemí nebo mezinárodní právo. Zatímco porušení IIA za strany státu je vždy porušením mezinárodního práva, u investiční smlouvy toto neplatí automaticky. O porušení mezinárodního práva se může jednat (1) pokud stát zasáhl do závazku ze smlouvy ze své vrchnostenské pozice, tedy jinak než by toho byl schopen kterýkoli jiný subjekt, například konfiskací majetku, anebo (2) pokud byla sjednána povinnost dodržovat závazky vůči investorům v IIA, tzv. *umbrella clause*. Ta zvyšuje závazky investičních smluv na hmotněprávní povinnost ze smlouvy IIA, jejich porušení pak má za následek odpovědnost státu jako podle kterékoli jiné ochranné doložky. Pokud jsou v IIA stanovena procesní pravidla k řešení sporů, lze je následně využít k žalobě na plnění z investiční smlouvy.¹³ Jak je ale dále popsáno v kapitole 2, i investiční smlouva bez jedné z těchto podmínek může mít pro posouzení odpovědnosti váhu, a to v testu proporcionality zásahu do investice nebo porušení minimálního standardu zacházení s cizinci podle mezinárodního obyčejového práva.¹⁴

Zásadní závazek státu představuje *stabilization clause* v investiční smlouvě. Stát se v ní zaváže neměnit svou legislativu ovlivňující investici platnou v době jejího uskutečnění, konkrétním způsobem a na konkrétní dobu.¹⁵ Porušení tohoto závazku vede s velkou pravděpodobností k odpovědnosti podle mezinárodního práva, a to i bez existence příslušné IIA. Je však rozumné k takovéto stabilizační doložce sjednat i pravomoc arbitrážního

¹² Například pronájem pozemků, délku trvání investice nebo výkupní ceny výrobků.

¹³ GLOSSARY PRACTICAL LAW. *Umbrella Clause* [online]. uk.practicallaw.com, [cit. 22. prosince 2016]. Dostupné na <<http://uk.practicallaw.com/8-519-0939>>.

¹⁴ BÜCHELER, Gebhard: *Proportionality in Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford Publishing, 2015. s. 206.

¹⁵ Například LIAMCO v. Lybia: „*Tato koncese se po dobu se platnosti řídí regulacemi platnými v době jejího uzavření. Jakákoli novela těchto regulací nebude vůči investorovi bez jeho souhlasu účinná*“.
COMEAX, Paul. *Protecting foreign investment under international law: legal aspects of political risk*. Dobbs Ferry, N.Y: Oceana Publ., 1997. s. 138.

tribunálu k rozhodování případného sporu.¹⁶ Základní funkcí klauzule bývá ochrana před nekompenzovaným vyvlastněním, především nepřímým. Arbitrážní praxe nicméně není jednotná v názoru, zda porušení *stabilization clause* vede k povinnosti návratu norem do předchozího stavu, anebo k povinnosti investora odškodnit.¹⁷ Dle mého názoru je z hlediska případného výkonu rozhodnutí snazší možností odškodnění, případná snaha nařídít změnu zákona by z hlediska státní suverenity byla velice problematická.

1.2 Typické regulační zásahy do investic

Pro účely této práce je nutné vymezit regulační zásah jako takový. Jeho definice není nijak určena, v arbitrážní praxi najdeme nespočet opatření, která by se dala takto označit a jejich výčet není ohraničen. Obsahově se jedná například o ochranu životního prostředí, nové či modifikované daňové režimy, poskytování či odnímání veřejné podpory, snižování či zvyšování celních sazeb, ukládání omezení v rámci územního plánování, hospodářské soutěže, ochrany spotřebitele nebo ochrany práv zaměstnanců. Formálně mají podobu obecně závazných předpisů, individuálních správních aktů, nebo i soudních rozhodnutí, tedy jakékoli opatření, které je státu přičitatelné. Regulační opatření přitom ani nemusí mít svůj původ přímo v politice státu. Může jít o implementaci závazků mezinárodního práva nebo práva EU.

Aby se mohlo v případě konkrétního zásahu jednat o odpovědnost státu, musí být kumulativně splněny tyto znaky.¹⁸

- 1) Hmotněprávní standard ochrany jako závazek vyplývající z IIA
- 2) Porušení tohoto závazku státem ve smyslu čl. 69 VCLT¹⁹
- 3) Přičitatelnost jednání porušujícího tento závazek
- 4) Příčinné souvislosti mezi porušením standardu a vzniklou škodou

¹⁶ Op. cit. COMEAUX: *Protecting foreign investment...*, s. 30.

Menšinově se objevuje v praxi, že „internacionalizace práva“ smlouvami s nestátními subjekty není projevem státní suverenity, ale jejím nepřiměřeným omezením, zasahujícím do práva státu na regulaci.

¹⁷ ŠTURMA, Pavel, BALAŠ, Vladimír. *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2012, s. 28.

¹⁸ Op. cit. BĚLOHLÁVEK, HÓTOVÁ: *Cenová Regulace...*, s.51.

¹⁹ Článek 69 VCLT: „Každá platná smlouva zavazuje smluvní strany a musí být jimi plněna v dobré víře.“

Jako kritérium pro určení legitimního opatření ve veřejném zájmu, jehož různé variace jsou použity v celé diplomové práci, se v investičním právu používá nejvíce jeho objektivní přiměřenost a procesní racionalita jeho zavedení. Dále se posuzuje také jeho motiv, který může vyústit v závěr, že opatření bylo provedeno ve zlém víře. Samotná neefektivita opatření nebo politická krátkozrakost, která později ukáže jeho negativní dopad na společnost, v ochraně investic jeho nelegimitu. Nicméně, jak ukazují následující kapitoly, legitimita zásahu do investice nebývá vždy brána v úvahu. Může na ni být pohlíženo absolutně, proporcionálně, nebo může být pro určení odpovědnosti nechána stranou úplně.

2 Zásah státu a ochrana oprávněných očekávání

Jako hmotněprávní záruka nebývá ochrana oprávněných očekávání výslovně zmíněna v IIA, funguje však jako princip obecného mezinárodního práva i jako princip práva EU.²⁰ Ve vnitrostátním kontextu pak obvykle ochranu legitimních očekávání zaručuje ústavní a správní právo. Český Ústavní soud ji dovozuje jako součást článku 1 Ústavy, ochrana legitimního očekávání je podle něj integrální součástí vlády práva.²¹ Zákodárce musí při změně právní regulace zohledňovat dosavadní právní stav a změny musí provádět citlivě a jen v míře nezbytné pro dosažení cíle regulace. Z příkazu respektovat legitimní očekávání vyplývající z dosavadní právní úpravy samozřejmě nelze dovodit zákaz změny právní úpravy, ale je nutné, aby při rozhodování o volbě způsobu provedení změny zákonodárce k těmto očekáváním přihlížel a neignoroval, že adresáti norem své chování po delší dobu přizpůsobovali požadavkům odlišného obsahu.²² V českém správním právu je ochrana legitimních očekávání vyjádřena v jeho zásadách jako „dobrá správa“.²³ Obecně závazné normy mají být vykládány orgány veřejné moci tak, aby překvapivě a v rozporu s principem ochrany oprávněného očekávání adresátů právní normy nezasahovaly do práv a povinností těchto adresátů.²⁴

Pro potřeby vztahu investora a státu se jedná o koncept ochrany legitimních očekávání investora, který předpokládá stabilitu a předvídatelnost právního prostředí jako celku, tedy vznik práv a povinností i uplatnění nároků. Investor se má mít možnost spolehnout, že státní orgány nezklamou jeho důvěru, kterou nabyl na základě právních předpisů a jiných vrchnostenských aktů státu. Taková důvěra může vzniknout například (1) na základě legislativy platné v době provedení investice, (2) v důsledku vyjádření vlády o podmínkách pro konkrétní investici, nebo i (3) implicitního ujištění zástupců hostitelského státu.²⁵ Jak bylo zmíněno výše, tato ochrana vychází i z vnitrostátního správního práva, do

²⁰ LENAERTS Koen, VAN NUFFEL, Piet. *Constitutional Law of the European Union*, London: Sweet and Maxwell Ltd., 2005, s. 714.

²¹ Nález Ústavního soudu ze dne 20. června 2006 Pl.ÚS 38/04, bod 44. Článek 1 Ústavy České republiky: „Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana.“

²² Tamtéž, bod 45.

²³ HENDRYCH Dušan. *Správní právo – obecná část*. 6. vydání, Praha: C. H. Beck, 2006, s. 798.

²⁴ Nález Ústavního soudu ze dne 15. ledna 2008 I.ÚS 605/06, část IV.

²⁵ Rozhodčí nález ICSID ze dne 11. září 2007 ve věci Parkenings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, odst. 331.

mezinárodního práva z něj pak pronikla jako součást širšího pojmu dobré víry.²⁶ Jedno z nejobecnějších vymezení *legitimate expectations* v investiční arbitráži obsahuje rozhodnutí *Thunderbird v. Mexico*, které říká, že „koncepte ochrany legitimních očekávání se vztahuje na situaci, kdy smluvní strana, tedy jeden ze států, svým chováním vyvolá u investora s ohledem na investici racionální a oprávněné (*reasonable and justifiable*) očekávání, že je možné se na toto chování spolehnout. Výsledkem zklamání důvěry v takové očekávání pak může být poškození investice zaviněné státem.“²⁷

2.1 Ochrana oprávněných očekávání jako součást standardu spravedlivého a rovného zacházení

Standardem ochrany v IIA, který je nejvíce spojený se zásadou ochrany oprávněných očekávání je Fair and equitable treatment clause (dále jen „FET“), ustálená rozhodovací praxe dokonce říká, že se stala přímo jeho součástí²⁸. Zároveň je ochrana oprávněných očekávání měřítkem dodržování FET.²⁹ Typické znění samostatné FET doložky ve většině BIT obsahuje tento nebo velice podobný závazek: *“Každá smluvní strana poskytne investorům druhé smluvní strany spravedlivé a rovnoprávné zacházení s jejich investicí a nepoškodí diskriminačními nebo bezdůvodnými opatřeními nakládání a užívání výnosů z nich.”*³⁰ Odlišnou formulaci obsahuje NAFTA, která standard FET řadí pod minimální zacházení podle mezinárodního obyčejového práva: *“Každá smluvní strana poskytne investorům druhé smluvní strany zacházení v souladu s mezinárodním právem veřejným, včetně spravedlivého a rovnoprávného zacházení a plné ochrany a bezpečnosti.”*³¹ Její výkladová pravidla upřesňují, že pojem spravedlivého a rovného zacházení rozhodně nepředstavuje širší ochranu než zmíněný standard minimálního zacházení. Jak upřesněno níže a v kapitole 4, tento výklad se projevuje i v rozhodovací praxi.

²⁶ Rozhodčí nález ICSID ze dne 29. května 2003 ve věci *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, odst. 154.

²⁷ Rozhodčí nález UNCITRAL (NAFTA) ze dne 26. ledna 2006 ve věci *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, odst. 147.

²⁸ Rozhodčí nález ICSID ze dne 4. dubna 2016 ve věci *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, odst. 546.

²⁹ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 56.

³⁰ Článek 3 Dohody BIT mezi Českou republikou a Nizozemím ze dne 29. dubna 1991.

³¹ Článek 1105 dohody NAFTA ze dne 17. prosince 1992.

Zda je konkrétní zacházení spravedlivé a rovnoprávné, záleží na okolnostech konkrétního případu. Doktrína se na základě praxe rozhodců prozatím ustálila na těchto prvcích standardu³²:

- 1) Závazek bdělosti a ochrany
- 2) Řádný proces a zákaz odepření spravedlnosti
- 3) Zákaz svévolného a diskriminačního jednání (obsaženo i v jiných standardech)
- 4) Transparentnost a stabilita
- 5) Oprávněná očekávání
- 6) Dobrá víra (obsažena ve více standardech, i jako samostatný princip)

O konkrétní a konečnou definici se pokusili rozhodci v několika případech, nedá se však říct, že by byly tyto definice dále univerzálně použitelné, mimo případy s velice podobným skutkovým stavem. Za všechny lze citovat například *Waste Management v. Mexico*, podle něhož se dá za porušení FET považovat zacházení „svévolné, hrubě nepoctivé, nespravedlivé nebo diskriminační a představující zaujetí proti investorovi.“³³

2.2 Jednání státu narušující oprávněná očekávání

Stanovit přesné hranice pro míru očekávání, jejichž porušení je kompenzovatelné, se prozatím nedaří, ovšem rozhodovací praxe přináší jistá vodítka. Oproti výše uvedenému vymezení ochrany můžeme postavit zásadní a mnohokrát v odborné literatuře citované rozhodnutí v případě *Saluka v. Czech Republic*, které stanoví obecné východisko, že „žádný investor nemůže oprávněně očekávat, že okolnosti existující v době uskutečnění investice zůstanou zcela beze změn. Při rozhodování, zda zmaření očekávání zahraničního investora bylo oprávněné a přiměřené, musí být zohledněno rovněž legitimní právo hostitelského státu na následnou regulaci vnitrostátních záležitostí ve veřejném zájmu“³⁴. Kde se mezi těmito

³² SCHREUER, Christoph. Fair and equitable Treatment in Arbitral Practice. *The Journal of World Invest and Trade*, roč. 18. č. 6, s. 373-374.

³³ Rozhodčí nález ICSID (NAFTA) ze dne 30. srpna 2004 ve věci *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, odst. 98.

³⁴ Částečný rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 17. března 2006 ve věci *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, odst. 305.

mantinely nachází možnosti regulace podnikání ze strany státu, napovídají kritéria, která použil tribunál ve věci *Lemire v. Ukraine*³⁵. Jsou jimi:

- 1) Právo státu jako nositele suverénní moci schvalovat legislativní a jiná rozhodnutí na ochranu veřejného zájmu, zvláště pokud tato nevyvolávají nepřiměřené ovlivnění investice³⁶
- 2) Oprávněná očekávání investora v době uskutečnění investice
- 3) Investorova povinnost provést šetření před uskutečněním investice (povinnost bdělosti)³⁷
- 4) Investorovo působení (chování) v hostitelské zemi, jeho vliv a přínos

Případ *Saluka* ukázal, že tribunál může chápat ochranu legitimních očekávání jako relativní, kdy je třeba vyvažovat zájem investora a státu, avšak lze se setkat i s přísnějším výkladem. Například, že „rozhodně existuje závazek neměnit právní prostředí, ve kterém byla investice uskutečněna.“³⁸ Lze se tedy setkat i s úplným odmítnutím použití principu proporcionality.

Očekávání vyplývající pouze z právního řádu v době provedení investice bývají posuzována podle testu proporcionality, budou v něm však mít menší váhu než ta, vyplývající z výslovných záruk. Ani výslovná záruka ale nemusí mít za následek automatické porušení FET, avšak bude hrát v testu proporcionality zásadní roli. Taková záruka musí být zcela jasná a konkrétní, musí vést investora ke konkrétnímu rozhodnutí o investici.³⁹ Například v případě *Metalclad v. Mexico* investovala společnost Metalclad do akvizice místní společnosti na

³⁵ Rozhodnutí ICSID o pravomoci a přípustnosti ze dne 14. ledna 2010 ve věci Joseph Charles Lemire v. Ukraine, odst. 285 (relevantní i přes pozdější anulování samotného rozhodčího nálezu).

³⁶ Rozhodčí nálezn ICSID ze dne 5. října 2012 ve věci Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador. odst.. 450: „Jakékoli úřední zásah do investice musí podle principu proporcionality být koncipován tak, aby byla ztráta práv na straně investora vyvážena odpovídající mírou veřejného zájmu státu.“

Shodně např. Rozhodnutí ICSID o pravomoci a přípustnosti ve věci LG&E v. Argentina ze dne 3. října 2006, odst. 195: „Obecně lze konstatovat, že stát má samozřejmě právo přijímat opatření směřující k ochraně veřejného blaha. Takové opatření musí být bráno jako vyjádření státní suverenity bez možnosti odpovědnosti státu, vyjma případů, kdy je míra zásahu státu značně v nepoměru k cíli, kterého má být dosaženo. To má zásadní význam v testu proporcionality.“

³⁷ Investor má například zvážit vyšší riziko prudkých legislativních změn, pokud v zemi probíhá ekonomická transformace, jako tomu bylo v 90. letech v Litvě, kdy Parkenings-Compagniet AS provedl investici.

³⁸ Op. cit. *Occidental...*, odst. 306. Pozdější anulování nálezu nemá vliv na tento výrok.

³⁹ SCHERNBECK, Andrea. *Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*. Zürich: Dike, 2013. s. 119.

zpracování nebezpečného odpadu po ujištění federální vlády o tom, že tato mexická společnost plní veškeré předpoklady pro obdržení povolení k činnosti. Přestože byla mexická společnost před provedením investice v provozu, místní samospráva odmítla povolení vydat. Metalclad zahájila spor na základě NAFTA a byla úspěšná, tribunál vyslovil, že „společnost byla oprávněna spolehnout se na informace poskytnuté federální vládou a věřit, že splňuje podmínky k výstavbě skládky. Řízení se radou vlády bylo ze strany společnosti rozumným postupem a očekávání, že povolení bude uděleno, bylo oprávněné.“⁴⁰ Naopak ve prospěch státu rozhodl tribunál v několika bodech případu *Crystallex v. Venezuela*, kde se investor spolehnul na záruky, které nebyly dostačující, protože byly příliš obecné a neurčité. Jednalo se o velice podobnou situaci, legitimním očekáváním měla být veřejná vyjádření venezuelského ministra těžarství, který tvrdil, že „povolení jsou na cestě“ a jejich vydání „probíhá podle plánu“.⁴¹ Tribunál se vyjádřil, že veřejná podpora projektu od různých státních institucí a členů vlády nemůže vytvářet legitimní očekávání, protože taková jejich podpora nemá přímý vliv a dopad na proces schvalování.⁴² Navíc vyslovil, že na vydání povolení obecně podle mezinárodního práva nemůže být právní nárok a na tento slib není rozumné se spoléhat do skončení ekologického šetření. Nicméně shledal porušení oprávněných očekávání ohledně pozdější situace, kdy *Crystallex* obdržel dopis od ministerstva životního prostředí, ve kterém oznamovalo schválení dokumentace o vlivu na životní prostředí. Žádalo složení kauce a zaplacení daně, po kterém mělo následovat vydání povolení, dopis však jasně naznačoval, že vydání povolení bude po zaplacení kauce pouhou formalitou. Navíc další porušení oprávněných očekávání nastalo absencí odůvodnění a relevantních technických dat jako podkladu pro zamítnutí, a to natolik, že se jednalo o svévolné zacházení a odepření spravedlnosti.⁴³

Tato rozhodnutí přinášejí náznak směru, jakým se bude aplikační praxe ubírat. Lze konstatovat, že závazek státu v obdobných případech by měl být založen odpovědnou

⁴⁰ Rozhodčí nález ICSID ze dne 30. srpna 2000 ve věci *Metalclad Corporation v. the United Mexican States*, odst. 89.

⁴¹ Op. cit. *Crystallex...*, odst. 551.

Veřejná vyjádření: REUTERS. *Crystallex expects Venezuela mine permit any time*. [online]. Reuters.com, 8. listopadu 2007 [cit. 22. března 2017]. Dostupné na <<http://www.reuters.com/article/venezuela-crystallex-idLTAN0826492720071108>>.

⁴² Op. cit. *Crystallex...*, odst. 238, 586.

⁴³ Op. cit. *Crystallex...*, odst. 597, 562.

osobou zastupovat stát v dané věci, měl by být přímo cílen na investora a jeho záměrem a účinkem by mělo být konkrétní rozhodnutí investora o nakládání s investicí. Takový závěr potvrzuje i spor *Bilcon of Delaware v. Canada*, aktuálně probíhající u Permanent Court of Arbitration, kde rozhodci zmiňují zohlednění především aspektů⁴⁴:

- 1) Aktuální státní politika provincie Nového Skotska silně podporuje investice do oboru investice (hornictví)
- 2) Techničtí pracovníci státní správy se setkali se zástupci investora a podpořili jeho rozhodnutí investovat do kamenolomu
- 3) Ministr životního prostředí ze své funkce výslovně potvrdil podporu výstavbě konkrétního projektu lomu
- 4) Zástupci kanadské vlády uvedli investora v domnění, že se o otázkách vlivu projektu na životní prostředí bude rozhodovat ve spravedlivém procesu, kde bude mít investor možnost snížit negativní působení svého projektu a přizpůsobit jej tak požadavkům státu na ochranu životního prostředí.

Otázkou, jaké chování může tvořit konkrétní závazek vůči investorovi, se zabývali rozhodci i v případě *Continental v. Argentina*, jedním z mnoha investičních sporů, majících původ v argentinské hospodářské krizi na přelomu tisíciletí. I ten konstatuje, že politická prohlášení legitimní očekávání tvořit nemohou a obecná legislativa je může tvořit velice omezeně, zatímco smluvní závazky vlády vyžadují nejvyšší pozornost při zkoumání proporcionality. Ale i u nich musí být zohledněn „kontext, důvody a účinek“ jednostranné změny podmínek ze strany státu.⁴⁵ Že ale ani rozhodování v otázce oprávněných očekávání nemusí být jednotné (a tedy i předvídatelné), ukazuje rozhodnutí *Arif v. Moldova*, které posunuje legitimní očekávání značně ve prospěch investora. Pan Franck Charles Arif provozoval duty free shop na mezinárodním letišti, na který dostal od státu nájemní smlouvu. Po několika letech provozu kvůli formálním nedostatkům ve smlouvě v době jejího uzavření ji soud prohlásil za neplatnou. Tribunál porušení standardu shledal překvapivě nikoliv v nedodržení povinností plynoucích z nájemní smlouvy, ale ve faktu, že poté, co ji

⁴⁴ Rozhodnutí UNCITRAL (NAFTA) o pravomoci a přípustnosti ve věci *Bilcon of Delaware et. al v. Canada* ze dne 17. března 2015, odst. 603.

⁴⁵ Rozhodčí nález ICSID ze dne 5. září 2008 ve věci *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, odst. 261.

státní orgán uzavřel, několik let nepodniknul kroky k jejímu ukončení. V této době tedy Arif obchod založil a provozoval, vkládal do něj další peníze a z této doby také plynou jeho oprávněná očekávání, že jej bude moci provozovat i nadále.⁴⁶

Co se týká implicitních záruk od zástupců hostitelského státu, jde o kategorii nejméně čitelnou a definovatelnou. Můžeme sem zařadit například situace, kdy státní či státem financovaná agentura zorganizuje konferenci za účelem přilákání zájmu investorů, na které zdůrazní výkupní cenu případných produktů nebo ceny energií. Takové ujištění se opět promítne do testu proporcionality, ze všech tří variant ovšem nejméně.⁴⁷

Často zároveň s legitimním očekáváním bývají zároveň námitky proti netransparentnosti jednání státu. I zde se můžeme setkat s překvapivě širokým pojetím FET. Velmi přísně z pohledu státu se vyjádřil například tribunál ve věci *Tecmed v. Mexico*. Stát by se podle něj měl chovat konzistentně, vyvarovat se nejasného a netransparentního zacházení s investicí, aby investor předem věděl, jak se budou státní regulace vyvíjet a mohl včas předcházet ztrátám.⁴⁸ Přes kritiku v odborné literatuře bývá tento přístup dále citován v dalších nálezech, lze uvést například *MTD v. Chile*⁴⁹. Dodržení takto přísných měřítek ze strany státu by bylo nejen velmi obtížné, ale i těžko pro zákonodárce předvídatelné.

2.3 Philip Morris v. Uruguay

Velkou odbornou i mediální pozornost upoutala snaha společnosti Philip Morris zabránit v několika státech legislativě upravující grafiku na obalech tabákových výrobků. Nároky proti Austrálii rozhodci zamítli před zahájením řízení v samotné věci. Tribunál vyhověl námitkám Austrálie, že se Philip Morris dopustila *treaty shopping*, když cíleně těsně před podáním žaloby provedla restrukturalizaci s cílem dostat se pod ochranu BIT mezi Čínou a Austrálií. Takový postup, stejně jako zakládání společností jako „prázdných schránek“, je široce uznáván jako nepřipustný.⁵⁰ Zatímco spor proti Austrálii byl ukončen v zahajovací fázi bez meritorního rozhodnutí, v arbitráži proti Uruguayi bylo již rozhodnuto a její závěry jsou

⁴⁶ Rozhodčí nález ICSID ze dne 8. srpna 2013 ve věci Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, odst. 547.

⁴⁷ Op. cit. BÜCHELER: *Proportionality in Investor-State Arbitration...*, s. 202.

Zmíněno například v odůvodnění k *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, odst. 82.

⁴⁸ Op. cit. *Tecmed...*, odst. 154.

⁴⁹ Rozhodčí nález ICSID ze dne 25. května 2004 ve věci *MTD Chile S.A. et. al. v. Republic of Chile*, odst. 114.

⁵⁰ GRIEBEL Jörn. *Internationales Investitionsrecht: Lehrbuch für Studium und Praxis*. München: Beck, 2008. s. 98.

hodnotné pro odhad budoucího vývoje arbitrážní praxe v oblasti změn legislativy po uskutečnění investice.

Politika v oblasti tabákových výrobků je v Uruguayi ovlivněna z velké části členstvím ve WHO a schválením Rámcové dohody o kontrole tabáku (FCTC)⁵¹, kterou ratifikovala jako první z jihoamerických zemí.⁵² Dohoda samotná stanovuje minimální standardy při implementaci jejího obsahu a stanoví, že by státy neměly být omezeny v přijímání přísnějších opatření. Mezi principy, které dohodu tvoří, uvádí především, že „každá osoba by měla být informována o zdravotních následcích kouření, možnosti vzniku závislosti na cigaretách, smrtelného nebezpečí hrozícího i z důvodu pasivního kouření.“⁵³ Dále je tento princip konkretizován tak, že se státy zavazují přijmout legislativu zajišťující, aby balení tabákových výrobků nevyzývalo k jejich koupi, nepodávalo mylné nebo zavádějící informace o jejich účincích nebo aby nevyvolávalo zdání, že některý výrobek je méně škodlivý než jiný, například používáním označení jako „light“, „mild“ nebo „low tar“. Následná regulace ze strany státu Uruguay tento závazek převzala téměř doslovně, v některých opatřeních i přísněji.

V letech 2009 a 2010 přijala vláda státu Uruguay formou zákona několik opatření v oblasti zacházení s tabákovými výrobky a omezování kouření v rámci uskutečňování politiky ochrany veřejného zdraví. Ze všech postupně přijatých opatření Uruguayskou vládou byla tato později napadená investorem⁵⁴:

- a) Zvětšení prostoru pro varování o škodlivosti cigaret na krabičce nejdříve na 50%, později až na 80% („80/80 Regulation“)⁵⁵
- b) Omezení nabídky cigaret jedné značky na maximálně jeden produkt (Single Presentation Regulation – „SPR“), ostatní produkty byly tabákové firmy nuceny stáhnout z trhu

⁵¹ WHO. *Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control*. [online]. WHO.int, 26. července 2016 [cit. 31. července 2016]. Dostupné na <http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/>.

⁵² Švýcarsko FCTC podepsalo, ale neratifikovalo, není tedy zatím jeho smluvní stranou.

⁵³ Článek 4 Dohody WHO Framework Convention on Tobacco control (FCTC) ze dne 21. 5. 2003.

⁵⁴ Rozhodčí nález ICSID ze dne 8.7.2016, Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, odst. 96.

⁵⁵ Směrnice 2014/40/EU ze dne 3. dubna 2014 o sbližování právních a správních předpisů členských států týkajících se výroby, obchodní úpravy a prodeje tabákových a souvisejících výrobků stanoví v celé Unii 65% pokrytí obalu upozorněním o škodlivosti.

Arbitráž byla po neúspěchu u obecných soudů zahájena podle BIT mezi Uruguayí a Švýcarskem u rozhodčího tribunálu ICSID v roce 2010. Kromě porušení zákazu diskriminačního a svévolného omezení investice, zákazu vyvlastnění, povinnosti dozoru nad dodržováním práv investora a odepření spravedlnosti namítal žalobce porušení doložky spravedlivého a rovnoprávného zacházení.⁵⁶

Investor porušení FET shledává v tom, že:

- a) opatření státu neslouží veřejnému zájmu, přičemž zároveň značně a bezdůvodně poškozují investici
- b) opatření maří legitimní očekávání investora ve smyslu očekávaných výnosů, včetně očekávání použití ochranných známek
- c) opatření poškozuje právní jistotu, ke které se Uruguay zavázala v BIT a na základě které Philip Morris rozvíjel svou značku („brand assets“)⁵⁷

Názor žalobce a státu se rozchází už při definici standardu, který má doložka FET v BIT zaručovat. Podle investora poskytuje smlouva samostatnou, zvláštní ochranu, zatímco stát trval na tom, že se jedná o odkaz na minimální standard ochrany zaručený cizincům obyčejovým mezinárodním právem.⁵⁸ Tribunál se přiklonil na stranu investora, když vyslovil, že ačkoli dosud nebyly stanoveny přesné hranice standardu FET, bezpochyby se jedná o samostatnou ochranu, která prodělala značný vývoj a jež nemůže být ztotožňována s minimálním standardem zacházení. Jedná se tedy o závěr opačný oproti závaznému výkladu článku 1105 NAFTA, který právě FET chápe pouze v rozsahu, v jakém je stát vázán obyčejovým mezinárodním právem. Tribunál ale zohlednil právě neexistující odkaz na minimální standard a zdůraznil, že odlišnou formulaci doložky by posuzoval odpovídajícím způsobem.⁵⁹ Těmto odlišnostem a promítnutí výkladu NAFTA do modelových BIT se podrobněji věnuje kapitola 5.

Protože zde nebyla žádná výslovná záruka neměnit podmínky, za kterých byla investice učiněna, spor mohl být vyvolán pouze o očekávání vyplývající ze změn obecné legislativy.

⁵⁶ Článek 3 Dohody BIT mezi státem Uruguay a Švýcarskou Federací ze dne 7.10.1988.

⁵⁷ Op. cit. *Philip Morris...*, odst. 309.

⁵⁸ Text článku 3 je klasickou doložkou FET: „*Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment within its territory of the investments of the investors of the other Contracting Party*“.

⁵⁹ Op. cit. *Philip Morris...*, odst. 316.

Legitimní očekávání podle investora vyplývají především z toho, že duševní vlastnictví žalobce, včetně ochranných známek, je chráněno vnitrostátním právem Uruguaye a žalobce má nárok k použití těchto práv. Tohoto práva po několik desítek let bez zásahu státu využíval, během této doby se také zásadně zvýšila hodnota práv. Navíc byla výroba a distribuce tabákových výrobků vždy v Uruguayi legální a stát sám v minulosti pobízel investora k aktivitě ve výrobě a marketingu.⁶⁰ Podle žalobce tedy je podle FET, resp. legitimního očekávání, stejně jako v případě *Occidental v. Ecuador*, zaručen „stabilní a předvídatelný“ právní řád, v němž omezení podnikání regulativního charakteru nejsou „měněna nad přiměřenou míru“.⁶¹

Stát se při definici oprávněných očekávání odkazuje na argumentaci tribunálu ve věci *El Paso v. Argentina*: „Od ochrany podle klauzule FET může investor očekávat, že legislativa nebude měněna bez ekonomického, sociálního nebo jiného opodstatnění. Naopak je nemyslitelné, aby zde existoval obecný závazek státu vůči všem investorům, neměnit svůj právní řád za žádných okolností. Nebylo by tedy od investora rozumné se na takové neexistující záruku spolehnout.“⁶² Navíc poukazuje na skutečnost, že podnikání v oblasti tabákových výrobků tradičně a celosvětově podléhá přísné regulaci a lze tedy očekávat také vyšší regulatorní aktivitu ze strany státu.⁶³

Co se týká legislativních změn obecně, podle očekávání rozhodci konstatovali, že je třeba ctít právo státu na regulaci (police power) v oblasti veřejného zdraví, jako hlavní kritéria zmiňuje dobrou víru státu a racionalitu. Vyslovil stejně jako tribunál ve věci *Electrabel v. Hungary*, že i zde se má posuzovat jedině případný nedostatek odůvodněnosti a rozumnosti opatření, který jediný může dokázat odpovědnost státu.⁶⁴

⁶⁰ Tamtéž, odst. 344.

⁶¹ Rozhodčí nález tribunálu UNCITRAL ze dne 1. července 2004 ve věci *Occidental Exploration and Production v. Ecuador*, odst. 191.

⁶² Rozhodčí nález ICSID ze dne 31. října 2011 ve věci *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, odst. 372. Ten dále odkazuje pro upřesnění i na nález *Continental...*, odst. 258: „Stabilita právního řádu (právní jistota), vyjádřená v preambuli BIT, není závazná, přestože často slouží k přilákání zájmu investorů. Spoléhat se na ni je od investora neprozíravé. Zvláště pak v období hospodářské krize jsou změny legislativy pochopitelné.“

⁶³ Op. cit. *Philip Morris...*, odst. 375.

⁶⁴ Rozhodnutí ICSID (ECT) o pravomoci a přípustnosti ze dne 30. listopadu 2012 ve věci *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, odst. 8.35.

Opatření SPR není přímo zmíněno v FCTC a je přísnější, než jaké zavedly ostatní smluvní státy této dohody, Uruguay byl první stát, který jej zavedl.⁶⁵ Má za cíl zabránit zavádějícím označením na obalech tabákových výrobků, které jsou pro spotřebitele klamavé, protože cigarety s označením „mild“ nebo „low tar“ nejsou méně škodlivé, nakonec i sám žalobce tento fakt připustil. Podle investora není SPR přiměřené a rozumné, protože není pozitivní vliv pro zdraví obyvatel státem prokázán. Tribunál ale v nálezu výslovně zmínil, že tato otázka není pro rozhodnutí ve věci podstatná. Podle něj je dokázat efektivitu tohoto opatření v praxi těžko proveditelné. Nepovažoval však za důležité, aby stát prokázal, že opatření přineslo zamýšlený efekt, za dostačující považoval jeho přiměřenost a racionalitu. Odmítl uznat opatření učiněná státem za svévolná, a proto celkově uznal SPR za spravedlivé a v souladu s článkem 3 BIT.⁶⁶

Že tento pohled není jediný možný a konečný v obdobných otázkách, ukazuje dissent rozhodce Borna, který si nemyslí, že by mezi zavedením SPR a úmyslem zákonodárce byla souvislost, a proto se jedná o porušení FET.⁶⁷ Považuje jej za bezprecedentní a velice nepředvídatelný. Vadí mu, že nevznikla žádná studie nebo analýza, na které by se zakládal a neproběhla ani diskuze nebo konzultace se soukromým sektorem. Nebyl také předvídatelný z žádných předchozích kroků vlády v oblasti regulace tabákových výrobků, ani z dokumentů FCTC nebo praxe zavedené v jiných státech. Vidí jej tedy navzdory suverénnímu právu státu na regulaci jako disproporční postup, zneužití státní moci proti investorovi a porušení FET.⁶⁸ Nesouhlasí ani s použitím doktríny „Margin of appreciation“, jak ji používá ESLP. Ta podle něj není použitelná ani k výkladu článku 3 BIT, ani v obyčejovém mezinárodním právu obecně. Místo ní se má přihlídnout spíše k vývoji standardu FET v judikatuře a jiných IIA, které jediné mohou sloužit k jeho výkladu. Opírá se mimo jiné o rozhodnutí ve věci *S. D. Myers v. Canada*, které řešilo zákonnou regulaci vývozu toxického odpadu z Kanady do USA. V něm také rozhodci shledali, že se přijaté opatření mívá s proklamovaným cílem a je disproporční. Zároveň však toto rozhodnutí zdůrazňuje, že „rozhodčí tribunály nemají pravomoc ke

⁶⁵ Článek 11 odst. 1 FCTC pouze nabádá státy, aby v souladu se svým vnitrostátním právem přijaly zákony k zabránění dojmu, že výrobek je méně škodlivý než jiné.

⁶⁶ Op. cit. *Philip Morris...*, odst. 410.

⁶⁷ Stanovisko rozhodce Gary Borna ze dne 28. června 2016 ve věci *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, odst. 127.

⁶⁸ Tamtéž, odst. 129.

zpochybnění politických rozhodnutí vlády a zákonodárců. Ti mají mimo jiné právo na to, aby činili i chybná rozhodnutí nebo taková, která nereflktují správně ekonomickou a sociální situaci, nebo která kladou větší důraz na některé společenské hodnoty než na jiné.⁶⁹ Jako vhodný postup pro vyloučení odpovědnosti státu v takovém případě se tedy jeví, aby přijatá opatření byla v souladu s dlouhodobou veřejně známou koncepcí, opatření tak má nejmenší potenciál investora zkrátit na jeho očekávání a snižuje pravděpodobnost, že stát poruší některou ze složek FET.

Argumentace tribunálu ohledně druhého opatření je vcelku totožná, SPR bylo nejspornější, s největší šancí na úspěch žalobce. Tribunál se ve své analýze jednoznačně přiklání k názoru, že oprávněná očekávání podle FET mohou vyplývat pouze z *výslovných* záruk vůči *konkrétnímu* investorovi, která jej přimějí investici uskutečnit. Ustanovení obecně závazných předpisů účinných vůči neurčitému počtu osob podle něj nemohou vyvolat legitimní očekávání, že legislativa nebude měněna. Zvláště pak výrobci a distributoři zdraví škodlivých produktů mohou očekávat restriktivní opatření namířená proti jejich podnikání.⁷⁰

2.4 Vattenfall and others v. Germany

Arbitrážní spor *Vattenfall AB and others v. Germany* nebyl v roce 2012 zahájen na základě dvoustranné smlouvy nebo smlouvy o volném obchodu, ale podle Dohody k energetické chartě. Ta umožňuje zahájit investiční arbitráž u střediska ICSID.⁷¹ O rok dříve bylo na stejném skutkovém základě zahájeno řízení u německého Ústavního soudu („BVerfG“). Soud na rozdíl od rozhodčího tribunálu ICSID již meritorním rozhodnutím řízení skončil.

V roce 2002 byl schválen zákon, který rozhodl o zastavení produkce elektřiny ve většině jaderných elektráren s přesně danými zbývajícími objemy energie, která v nich bude moci ještě být vyprodukována. Tyto objemy byly novelou v roce 2010 potvrzeny, v průměru měly být elektrárny s výjimkami v provozu dalších 12 let (11. novela). V květnu 2011 ale prosadila tatáž vláda v důsledku katastrofy elektrárny ve Fukušimě další změnu, tentokrát o

⁶⁹ Částečný rozhodčí nález UNCITRAL (NAFTA) ze dne 13. listopadu 2000 ve věci *S. D. Myers v. Canada*, odst. 263 .

⁷⁰ Op. cit. *Philip Morris...*, odst. 426.

⁷¹ Článek 26 Dohody k Energetické chartě (ECT) ze dne 17. prosince 1994.

úplném zastavení této výroby a zrušení výjimek. Toto rozhodnutí zrušilo i původně povolený objem výroby (13. novela).⁷²

Z článku 14 německé ústavy („GG“) o ochraně vlastnického práva investor dovozuje kromě ochrany vlastnického práva i ochranu legitimních očekávání pomocí obecné záruky stability práva, která má zajistit nezasahování státu do pozice subjektů na trhu.⁷³ Po novele zákona z roku 2010, která potvrdila odložení zastavení výroby (resp. platnost výjimek) elektrické energie z jádra, se investoři v energetické oblasti spoléhali na dodržení tohoto stavu.

Obdobně jako rozhodci v případě *Philip Morris v. Uruguay* dal i zde ústavní soud převážně za pravdu státu, když upřednostnil právo státu na regulaci, novelu energetického zákona shledal za v podstatě souladnou s článkem 14 GG. A to i přesto, že 1) fukušimská havárie, jíž byla novela motivována a zdůvodněna, neměla žádnou souvislost s bezpečností jaderných elektráren v Německu a 2) společností Vattenfall, E-ON a dalším byla fakticky zmařena investice v tomto sektoru.

Nicméně částečně porušení oprávněných očekávání shledal, a to právě s ohledem na novelu z roku 2010, na základě které se investoři spolehli na provoz elektráren s výjimkami po dobu 12 let. Podle BVerfG je nutno kompenzovat omezení užítku z majetku v situacích, kdy jej stát omezí v rozporu s výslovným předchozím ujištěním. 11. novela byla v tomto ohledu podpořením investic, na které bylo rozumné se spolehnout. Dalším kritériem byl krátký časový úsek mezi 11. a 13. novelou, ve kterém změny probíhaly, v tomto případě dokonce během jednoho volebního období.⁷⁴ BVerfG rozhodl, že taková náhlá a nepředvídatelná změna tohoto zákona nemůže být ponechána bez kompenzace prostředků, které v mezičase investoři vynaložili. Legitimní očekávání ale bylo založeno až 11. novelou, nikoli prvotním rozhodnutím o postupném utlumení výroby z roku 2002. Ani vládní prohlášení, ani návrh zákona ze září roku 2010, který měl původně potvrdit výjimky, nemohly podle soudu vyvolat oprávněná očekávání, to mohl až samotný zákon. Doba, ve které mohla

⁷² Rozsudek prvního senátu BVerfG ze dne 6. prosince 2016, 1 BvR 2821/11, odst. 8-31.

⁷³ Článek 14 Ústavy SRN (GG): „Vlastnické a dědické právo je zaručeno. Jeho obsah a omezení stanoví zákon. (...) Vyvlastnění je možné jen ve veřejném zájmu. Může být provedeno pouze na základě zákona, který určí způsob a rozsah náhrady. Náhrada se odvíjí od spravedlivého zvážení veřejného zájmu a zájmu vlastníka. Ve sporných případech rozhoduje o výši náhrady soud.“

⁷⁴ Op. cit 1 BvR 2821/11..., odst..371.

nastat oprávněná očekávání, tedy byla ohraničena 11. novelou z října roku 2010 a oznámením ministerstva životního prostředí z března 2011, kterým bylo vyhlášeno jaderné moratorium.⁷⁵ Jedině dodatečné investice v tomto období mají být kompenzovány.

Dá se tedy říci, že se soud přiblížil linii, kterou drží většina rozhodčích tribunálů, a sice že pokud byla určitá investice učiněna právě na základě záruk daných v době jejího provedení, ochrana oprávněných očekávání je instrument, který zabrání nepředvídatelným a náhlým změnám právního rámce (viz např. *Plarna Consortium v. Bulgaria nebo CME v. The Czech Republic*⁷⁶). Přijetí opatření ve veřejném zájmu vzal soud v úvahu, avšak ani tento fakt jej sám o sobě nečiní proporcionálním a majetkovou újmu způsobenou odebráním již schválených výjimek je nutné kompenzovat, například formou jejich opětovného zavedení.⁷⁷

Ačkoliv zatím nebylo řízení podle ECT skončeno, lze předpokládat rozhodování podle podobných kritérií i od rozhodčího tribunálu, ECT obsahuje doložku FET, v praxi uplatňovanou a posuzovanou stejně jako samostatnou klauzuli v BIT. Poznatky z první části této kapitoly jsou použitelné i pro řízení podle ECT, tribunál ICSID běžně aplikuje svou předchozí rozhodovací praxi.

Byl podle ní rozhodnut například *Electrabel v. Hungary*. Před vstupem Maďarska do EU uzavřeli jeho provozovatel největší elektrárny a největší velkooběratel elektřiny (obě společnosti vlastněné státem) smlouvu o nákupu elektřiny. Po uzavření této smlouvy investovala společnost Electrabel do akcií elektrárny. Po vstupu Maďarska do EU zahájila Komise vyšetřování, smlouvu o nákupu elektřiny označila v souladu s právem EU za nedovolenou státní podporu a nařídila její zrušení.⁷⁸ Investor podal žalobu u ICSID na základě ECT, majetková ztráta, kterou zrušením smlouvy utrpěl, byla podle něj porušením oprávněných očekávání z platné legislativy. Ačkoli se tribunál vyjádřil, že výslovná záruka vůči

⁷⁵ Tamtéž, odst. 377.

⁷⁶ Rozhodčí nález ICSID ze dne 27. srpna 2008 ve věci *Plarna Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, odst. 176.

Částečný rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 13. září 2001 ve věci *CME Czech Republic v. The Czech Republic*, odst. 611.

⁷⁷ Op. cit 1 *BvR 2821/11...*, odst. 379-382.

⁷⁸ LEVINE, Matthew. *ICSID tribunal dismisses final claim for compensation in relation to Hungary's 2008 termination of power purchase agreement* [online]. iisd.org, 29. února 2016 [cit. 16. března 2017]. Dostupné na <<https://www.iisd.org/itn/2016/02/29/icsid-tribunal-dismisses-final-claim-for-compensation-in-relation-to-hungarys-2008-termination-of-power-purchase-agreement-electrabel-sa-v-republic-of-hungary-icsid-case-no-arb-07-1/>>.

investorovi není vždy třeba pro porušení oprávněných očekávání, neshledal žádný rozumný důvod, proč by se měl investor v tomto případě spoléhat na neměnný stav legislativy. V tomto případě investor musí nést riziko implementace unijní legislativy a nebyl rozumný důvod, aby se spoléhal na neměnnost podmínek.⁷⁹

Pokud bude rozhodnuto ve *Vattenfall* podle obdobných kritérií, 13. novela AtG beze změn pravděpodobně neobstojí, protože předchozí úprava bude pravděpodobně zhodnocena jako výslovná záruka. Rozhodovací praxe v oblasti regulování energetiky je v posledních letech bohatá, nicméně většina sporů se zatím týká především porušení povinností z investičních smluv a udělených koncesí.⁸⁰

2.5 Dílčí závěr k oprávněným očekáváním

Stále vznikající koncepce legitimních očekávání nemusí pro stát v arbitráži nutně znamenat hrozbu, pokud se v zacházení s investicemi vyvaruje specifických závazků vůči investorům, které nebude schopen dodržet. Nicméně, i běžná změna legislativy se v určitých případech ukazuje jako dostatečný důvod pro uznání odpovědnosti státu za porušení standardu ochrany.

Srovnání s režimem ochrany soukromého vlastnictví ve vyspělých státech je tedy na místě a vyvolává odborné diskuze. Mnoho odborníků považuje široký výklad standardu FET za nepřiměřeně výhodný pro investory, nečitelný, omezující právo na regulaci a ve vnitrostátním právu bezprecedentní. Často se objevuje srovnání s doktrínou práva USA, podle které může regulatorní zásah vyvolat odpovědnost státu jedině v případě, že (1) oprávnění zástupci státu vyslovili záruku vůči investorovi ohledně budoucí legislativy, (2) učinili tak jasně a nepochybně, (3) plně v souladu s procesními pravidly výkonu jejich funkce, (4) s úmyslem učinit specifický slib pro konkrétního investora.⁸¹

Použití klauzule FET se v žalobách bude objevovat velké míře i nadále, investoři mají tendenci se na ni odvolávat, pokud předpokládají, že ostatní prostředky selžou. Právě její neurčitost jim dává přes dosavadní převážné neúspěchy do budoucna šanci, že se časem

⁷⁹ Rozhodčí nález ICSID ze dne 25. listopadu 2015 ve věci *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, odst. 155 – 165.

⁸⁰ CAMERON, Peter. *International energy investment law: the pursuit of stability*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2010, s. 199.

⁸¹ Op. cit. JOHNSON, Lise: *State Liability for Regulatory Change...*

výklad vyvine v jejich prospěch. Opatrnost státu je na místě v případě, že by jeho chování mohlo racionálně uvažující osobu v pozici investora vést k domnění, že s ní bude zacházeno určitým způsobem. Takové domnění může vyplývat z konkrétní (smluvní) záruky a ve specifických případech i z dlouhodobého stavu legislativy. Z hledisek, která se v testech proporcionality objevují nejčastěji, je to vedle veřejného zájmu právě dlouhodobost a stabilita právního řádu, které mají zásadní vliv na vznik odpovědnosti za porušení FET. Jak ale zdůraznil tribunál *EDF v. Romania*, doložka nemůže sloužit stejnému účelu jako *stabilization clause*, která výslovně garantuje konkrétnímu investorovi neměnné podmínky.⁸² Dostatečně silný veřejný zájem při změně legislativy v konkrétním případě dává státům lepší vyhlídky k tomu, aby norma v testu proporcionality nebyla označena za „hrubě nespravedlivou“ nebo „svévolnou“.

⁸² Rozhodčí nález ICSID ze dne 8. října 2009 ve věci *EDF (Services) Limited v. Romania*, odst. 218.

3 Zásah státu a další standardy ochrany včetně vyvlastnění

Žaloby proti státu se obvykle opírají o více smluvních závazků zároveň. Standard FET, respektive jeho prvek legitimního očekávání, nejčastěji funguje jako *catch all clause* neboli univerzální klauzule. Pokud si tedy není investor jistý jiným nárokem, spoléhá se na tento jako na nejširší standard a často i doufá v jeho ještě extenzivnější výklad. Dalším velice často objevujícím se žalobním návrhem v arbitráži je namítání vyvlastnění. Obsah těchto standardů se někdy částečně překrývá, legitimní očekávání mohou i zde svůj význam.

3.1 Nepřímé vyvlastnění a jeho hranice v judikatuře

Vyvlastnění je pojem mezinárodnímu právu dobře známý a nejinak je tomu i v ochraně investic. Stejně jako v českém právu je i v tom investičním v zásadě povoleno.⁸³ O klasické, přímé formě vyvlastnění se v posledních letech v ochraně investic mnoho arbitrážních sporů nevede, nucený přechod vlastnického práva lze často vyřešit už na vnitrostátní úrovni, před rozhodce se případně dostává jen výše náhrady za vyvlastněný majetek. Naproti tomu nepřímé vyvlastnění není charakterizováno formálním přechodem nebo omezením vlastnického práva, ale zásahem, který má pro investici srovnatelné negativní účinky.⁸⁴ Tedy poškodí investorovo právo s majetkem nakládat nebo z něj čerpat výnosy, přestože neproběhl žádný administrativní úkon, který by investora jeho vlastnického práva zbavil. Tedy i tento zásah má být v investičním právu kompenzován.⁸⁵ Dovolené vyvlastnění musí splňovat konkrétní podmínky zákonnosti, a to:

- 1) opatření je ve veřejném zájmu
- 2) není diskriminační nebo svévolné
- 3) je plně kompenzováno⁸⁶

⁸³ Článek 11, odst. 4 LZPS: „Vyvlastnění nebo nucené omezení vlastnického práva je možné ve veřejném zájmu, a to na základě zákona a za náhradu.“

⁸⁴ SEKANINA, Ondřej. *Nepřímé vyvlastnění v praxi mezinárodních investičních arbitráží*. [online]. sekaninalegal.eu, 3 ledna 2010 [cit. 5. října 2016]. Dostupné na <<http://www.sekaninalegal.eu/article/57/ondrej-sekanina-neprime-vyvlastneni-v-praxi-mezinarodnich-investicnich-arbitrazi>>.

⁸⁵ Ve většině dosavadních BIT se objevují právě formulace „přímé nebo nepřímé vyvlastnění“ či „opatření srovnatelné s vyvlastněním“.

⁸⁶ Nutno rozlišit kompenzaci v případě vyvlastnění ve veřejném zájmu (compensation) od náhrady škody (damages), která by připadala v úvahu například za nezákonné vyvlastnění, mezinárodní právo tyto pojmy odlišuje obsahově i formálně.

4) je v souladu se zásadami spravedlivého procesu⁸⁷

Hranice legitimního (tedy nekompensovatelného) opatření a nepřímého vyvlastnění je těžko definovatelná, pro její posuzování vytvořila nauka a praxe doktríny. Jsou jimi především (1) *sole effect doctrine* („SED“), neboli přístup zohledňující pouze dopad opatření na investora a (2) doktrína zvažující účel státního opatření, též *police power doctrine* („PPD“).⁸⁸

Sole effect doctrine je pro stát nejtvrďší přístup. Znamená posuzování čistě účinků opatření na investici, bez dalších okolností jako cíl opatření nebo případný zisk státu. Negativní dopad pak má být kompenzován. Důsledná aplikace ovšem znamená, že téměř každá regulace bude tomuto režimu podléhat a stát bude mít při výkonu moci svázané ruce.⁸⁹ Takový přístup navíc dává značnou výhodu investorům na trhu oproti podnikatelům sídlícím v hostitelském státu, v žádném vnitrostátním právním systému než ochraně investic záruka kompenzování jakéhokoli negativního zásahu do majetku nemá obdobu. V aplikační praxi však její použití není nijak výjimečné.⁹⁰ Hranicemi s opatřením učiněným bez odpovědnosti státu je zde (1) míra zásahu do investice, (2) zbytková kontrola nad ní a (3) porušení investorových oprávněných očekávání.⁹¹ Tribunál tedy rozhodne ve prospěch státu, pokud má za to, že negativní zásah do investice nekrátí investorova práva natolik, aby se jednalo o nepřímé vyvlastnění. Tak rozhodly tribunály například ve věci *Telenor v. Hungaria*, kde vyslovil, že neshoda mezi investorem a státem na tom, zda opatření bylo učiněné v dobré víře a ve veřejném zájmu, není při aplikaci SED podstatná. Zároveň ale neshledal zásah do investice dostatečně závažným, nenastalo „*podstatné ekonomické ochromení*

⁸⁷ DOLZER, SCHREUER: *Principles of international...* s. 91.

⁸⁸ Op. cit. SEKANINA: *Nepřímé vyvlastnění...*

⁸⁹ MEIFORT, Cornelia. *Der Begriff der Enteignung nach der Rechtsprechung der internationalen Schiedsgerichte zum internationalen Investitionsschutzrecht*. Frankfurt am Main: Lang, 2010. s. 163.

Že se použití SED mimo ochranu zahraničních investic nevyskytuje a je pro investora velice „nadstandardní“, ukazuje i článek 1 dodatkového protokolu k ECHR ze dne 20. března 1952: „*Každá fyzická nebo právnická osoba má právo pokojně užívat svůj majetek. Nikdo nemůže být zbaven svého majetku s výjimkou veřejného zájmu a za podmínek, které stanoví zákon a obecné zásady mezinárodního práva. Předchozí ustanovení nebrání státům přijímat zákony, které považují za nezbytné, aby upravily užívání majetku v souladu s obecným zájmem a zajistily placení daní a jiných poplatků nebo pokut.*“

⁹⁰ Z neznámějších podle NAFTA například *Metalclad*, odst. 111 nebo Rozhodčí náleží ICSID ze dne 26. července 2006 ve věci *Tokios Tokelés v. Ukraine*, odst. 120.

⁹¹ Op. cit. SEKANINA: *Nepřímé vyvlastnění...*

investice“, zásah nebyl dostatečně intenzivní a trvalý.⁹² Přístup SED je o to nevyzpytatelnější, že tato okolnost bývá případ od případu posuzována individuálně a velmi rozdílně. Prvek legitimního očekávání zde funguje podobně, jako je popsán v kapitole 3. Principem je zbavení nebo omezení možnosti užívat majetek a pobírat jeho užitky „*racionálně očekávatelné*“.⁹³ Odůvodnění existence takového zásahu je ze strany investora většinou totožné jako v případě údajného porušení FET. V kapitole 2 popsany příklad *Metalclad v. Mexico* skončil úspěchem investora kromě legitimních očekávání jako součásti doložky FET i v případě vyvlastnění. Vyvlastněna měla být část stavby, na které již byly zahájeny práce v očekávání udělení povolení.⁹⁴ Mexiku nepomohl ani článek 1114 NAFTA, podle nějž by „*ochrana investic podle NAFTA neměla bránit státu v přijímání opatření na ochranu životního prostředí, která zajistí nízký negativní dopad investice na něj.*“ Jiný názor měl kanadský soud, který rozhodnutí přezkoumával. Podle něj oprávněná očekávání založila porušení FET, neodůvodňuje ale vyvlastnění.⁹⁵

Police Power doctrine se vyvíjí právě pro přesnější rozlišení nepřímého vyvlastnění od nekompenzovatelného zásahu. Vidí situaci primárně z pohledu státu. Podle ní stát není nucen nahradit ztrátu na majetku, která investorovi vznikne z nediskriminačního zdanění nebo jiné podobné regulace provedené v dobré víře, spadající pod obecně přijímaný rámec výkonu suverénní moci státem.⁹⁶ K hranici těchto pojmů se tedy dostává z opačné strany, z pohledu státu. Základním příkladem jsou rozhodnutí *Methanex* nebo *Saluka*, tribunálům jako kritéria sloužilo pouze, zda bylo opatření učiněno ve veřejném zájmu, bez diskriminace a v souladu s pravidly řádného procesu.⁹⁷ Při důsledném použití takového zkoumání se dá dosáhnout opačného extrému než u SED, tedy, že jakákoli doktrína nepřímého vyvlastnění není potřebná, protože jej nebude možné dosáhnout bez porušení jiných standardů ve

⁹² Rozhodčí nález ICSID ze dne 13. září 2006 ve věci Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, odst. 79.

Shodně například *CME*, odst. 688.

⁹³ Op. cit. *Thunderbird...*, odst. 147.

⁹⁴ Op. cit. *Metalclad...*, odst. 103.

⁹⁵ Rozhodnutí Supreme Court of British Columbia ze dne 2. května 2001 ve věci *Metalclad v. The United Mexican States*, odst. 68.

⁹⁶ OECD. *Indirect expropriation and the Right to regulate in international investment law* [online]. oecd.org, duben 2004 [cit. 16. prosince 2016]. Dostupné na <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf>.

⁹⁷ Op. cit. *Methanex...* část 4., kapitola D, odst. 7.

smlouvě nebo mezinárodního obyčejového práva. Kompromisní cestou se rozhodci vydali v případech *S.D. Myers, Feldman* nebo *Tecmed*. V posledně jmenovaném vzali za základ majetkovou újmu investice, testovali však také proporcionalitu veřejného zájmu ve vztahu k této újmě.⁹⁸ Některé tribunály dále přidávají kritéria jako obohacení státu nebo skutečný přínos veřejnému zájmu.⁹⁹ Přístup používající různé formy testu proporcionality lze tedy ještě vyčlenit jako modifikaci první nebo druhé doktríny. Shrnutí přístupu PPD najdeme i v jednom z novějších, zásadních rozhodnutí o vyvlastnění podle NAFTA, *Chemtura v. Canada*: „*Opatření byla provedena orgánem státu v rámci jeho pravomocí, nediskriminačním způsobem, motivována zvýšeným povědomím o nebezpečí látky vyráběné investorem pro veřejné zdraví a životní prostředí. Za těchto podmínek je opatření legitimním projevem státní moci a nezakládá vyvlastnění.*“¹⁰⁰ Situace by pochopitelně vypadala odlišně, pokud by jednání porušovalo konkrétní závazek státu k investorovi nebo bylo hrubě disproportcionální, podobně jako u standardu FET.

3.1.1 Philip Morris v. Uruguay

Argumentace stran v případě podrobně popsaném v kapitole 2 kopírovala výše uvedené doktríny, když se investor pokoušel aplikovat SED. Opatření SPR a 80/80 podle něj vyvlastnila jeho ochranné známky a *goodwill*, tedy kapitálovou hodnotu nehmotných aktiv.¹⁰¹ Podle státu se nemohlo jednat o vyvlastnění, jelikož společnost zůstala i po jejich účinnosti zisková a navíc podle práva Uruguaye ochranné známky fungují pouze jako pasivní právo, je pouze nárok na jejich nepoužití jiným subjektem. Podle investora je však každá ochranná známka samostatnou nehmotnou věcí jednotlivě vyvlastněnou a je tedy lhostejno, zda společnost jako celek zůstává v zisku. Obdobně jako u oprávněných očekávání v kapitole 2.2, i zde vznikl spor o míru, s jakou se doktríny nepřímého vyvlastnění uplatní jako mezinárodní obyčejové právo. Podle Philip Morris nejsou podle ICL opatření státu poškozující

⁹⁸ KRIEBAUM, Ursula. Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. *The Journal of World Investment and Trade*. 2007, roč. 8, č. 1, s. 727.

⁹⁹ ISAKOFF, Peter. Defining the scope of indirect expropriation for international investments. *Global business law review*, 2012, roč. 13, č. 3, s. 200.

¹⁰⁰ Rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 2. srpna 2010 ve věci Chemtura Corporation v. Government of Canada, odst. 266.

¹⁰¹ INVESTOPEDIA. *Goodwill* [online]. investopedia.org, [cit. 3. dubna 2017]. Dostupné na <<http://www.investopedia.com/terms/g/goodwill.asp>>.

vlastnické právo vyvlastněním pouze tehdy, pokud směřují k (1) zajištění výkonu práva (*enforcement of law*), (2) udržování veřejného pořádku a (3) obrany státu.

Co do vlastnictví ochranných známek, tribunál seznal, že jsou po vstoupení opatření v platnost dále chráněny uruguayským právem, navzdory částečnému omezení jejich použití.¹⁰² Přestože právo Uruguaye negarantuje nárok na jejich neomezené použití, jak tvrdil žalobce, garantuje pouze ochranu před neoprávněným užitím třetí osoby, tribunál uznává, že ochranné známky jsou ve vlastnictví investorovy společnosti.¹⁰³ Nárok namítající, že byly vyvlastněny, však zamítl. Opatření 80/80 podle něj nedosahoval dostatečné intenzity zásahu do vlastnického práva, když loga výrobce stále pokrývala 20 % povrchu obalu. SPR podle něj mělo omezující vliv na zisky investora, nicméně opět ne dostatečně intenzivní, aby se jednalo o zásah srovnatelný s vyvlastněním. Zohlednil přitom hodnotu investice před i po zásahu.¹⁰⁴ Zde by podle jeho slov mohlo rozhodnutí končit, dodává ale, že učiněná opatření byla přiměřeným vyjádřením regulačních pravomocí státu (*police powers*), zvláště s ohledem na škodlivost produktů v tomto případě regulovaných. Ochranu zdraví považuje za mnohokrát potvrzenou součást mezinárodního obyčejového práva, zdůrazňuje i její výslovnou zmínku v článku 2 BIT.¹⁰⁵ Regulační pravomoci jsou podle něj součástí ICL, dovozuje to mimo jiné ze studie OECD a dalších *soft law* dokumentů.¹⁰⁶ Z těch lze získat prvky podstatné pro nekompenzovatelné opatření poškozující investici:

- a) cílem je v dobré víře ochrana veřejného pořádku, životního prostředí, zdraví obyvatel, zdanění (a obdobných zásadních, obecně uznávaných veřejných zájmů)
- b) není zřejmým a diskriminačním porušením práva hostitelského státu
- c) není odepřením spravedlnosti
- d) není nedůvodně odchylné od principů spravedlnosti uznávaných vyspělými právními systémy

¹⁰² Op. cit. *Philip Morris...*, odst. 254.

¹⁰³ Tamtéž, odst. 274.

¹⁰⁴ Tamtéž, odst. 284.

¹⁰⁵ Tamtéž, odst. 288.

Článek 2 BIT: „strany mají právo nepovolit na svém území investiční aktivity z důvodů ochrany životního prostředí, zdraví obyvatel...“

¹⁰⁶ Tamtéž, odst. 292.

- e) není zneužitím práva s cílem poškodit investora
- f) je proporcionální k zamýšlenému cíli

Dále vzal v úvahu i fakt, že provedená opatření byla implementací mezinárodních závazků státu. Ani jedna z doktrín kapitoly 3.1 tedy podle něj neukazuje na vyvlastnění, přičemž jako zásadní vidí jednoznačně přednost PPD, která po roce 2000 podle něj převažuje, SED má za překonanou.

3.1.2 Vattenfall and others v. Germany

13. novela AtG byla ústavním soudem shledána ve většině napadených ustanovení jako souladná s německou ústavou, avšak zasáhla do vlastnického práva natolik, že investorům náleží přiměřená náhrada. Tato náhrada měla podle něj být součástí znění 13. novely. Rozhodujícím faktorem bylo neumožnění produkce elektřiny na původně stanovenou dobu, zaručené 11. novelou. Slíbené objemy produkce elektřiny nejsou samostatnými vlastnickými právy, nicméně jsou součástí elektráren samotný, jejich omezení tedy zakládá deprivaci majetkového práva. Opatření nicméně nelze podle BVerfG označit za vyvlastnění, protože nedošlo ke zbavení samostatných vlastnických práv, ani k nabytí majetku státem.¹⁰⁷ Zákon může v souladu s ústavou stanovit limity vlastnictví, za přílišná omezení by však měla připadnout náhrada. Rozhodování zde není zcela oddělené od poznatků v kapitole 2. Soud vzal v úvahu (1) oprávněná očekávání vlastníka a (2) disproporcionalitu cíle opatření a jeho negativního vlivu na majetková práva.¹⁰⁸ Soud tedy částečně dal za pravdu investorům a stanovil povinnost novelu změnit s ohledem na chybějící ustanovení o náhradě, neurčil však způsob ani výši, ponechal zákonodárcům lhůtu do září roku 2018 na změnu zákona. Zmínil, že peněžité náhrada nemusí být primárním způsobem náhrady, zákonné výjimky nebo zproštění povinností mohou být dostačující. Ústava však podle něj nedává stěžovatelům právo na jejich preferovanou variantu, tedy snášet neproporcionální omezení práv a obdržet automaticky peněžitou náhradu.¹⁰⁹

Lze se domnívat, že podle ECT bude rozhodnuto o zákonném, nepřímém vyvlastnění, jehož je rozhodnutí BVerfG obdobou. Článek 13 ECT se vztahuje i na opatření mající stejný

¹⁰⁷ Op. cit. *Rozsudek prvního senátu BVerfG...*, odst. 262.

¹⁰⁸ Tamtéž, odst. 259.

¹⁰⁹ Tamtéž, odst. 261, 376.

účinek jako vyvlastnění či znárodnění. Z rozhodovací praxe lze navíc sledovat častý příklon k *sole effect doctrine*, například již byly jako vyvlastnění posouzeny změny podmínek fiskálního charakteru ze strany státu.¹¹⁰ Ačkoliv ECT obsahuje klauzule o právu států přijímat opatření na ochranu veřejného zdraví a bezpečnosti, tyto se však nevztahují na ustanovení o ochraně investic. Opatřením ve veřejném zájmu Dohoda podle svého znění nemá bránit, konečné rozhodnutí o rozsahu „veřejného zájmu“ a „bezpečnostních opatření“ bude mít ale nejspíše tribunál.¹¹¹ Pokud bude výsledek řízení u ICSID výrazně výhodnější pro investory, bude se jednat o silný argument proti systému ISDS mezi vyspělými státy s vysokou úrovní vnitrostátní ochrany investic.

3.1.3 Crystallex v. Venezuela

Spor již zmíněný v kapitole 2 obsahoval i nároky namítající vyvlastnění. Kanadská společnost Crystallex měla zájem o provozování zlatého dolu ve Venezuele. Za tímto účelem investor a stát uzavřeli smlouvu o provozování dolu. Po zaplacení kauce a daně na výzvu ministerstva a zamítnutí projektu následovala série prohlášení prezidenta Cháveze oznamujících, že důlní průmysl v zemi bude vyvlastněn.¹¹² Jak popsáno v kapitole 2, co do porušení legitimních očekávání jako složky klauzule FET byl investor nakonec úspěšný. Z hlediska vyvlastnění je případ zajímavý ze dvou důvodů. Zaprvé proto, že vyvlastněna měla být smluvní práva, a sice ze smlouvy o provozování dolu.¹¹³ Smluvní práva jako součást pojmu investice kanadsko-venezuelská BIT obsahuje.¹¹⁴ Vyvlastnění těchto práv nemůže nastat pouhým porušením smlouvy, musí do ní být zasaženo vrchnostenským aktem za hranicí jednání, jaké by běžná smluvní strana byla schopna vykonat.¹¹⁵ Zadruhé vyvlastnění nebylo provedeno jedním opatřením, ale založilo ho více po sobě následujících kroků státu. Byly jimi (1) odepření povolení k provozování dolu a okolnosti tohoto úkonu, (2) veřejná prohlášení vedoucích představitelů státu o plánování vyvlastnění a (3) zrušení samotné

¹¹⁰ BĚLOHLÁVEK, Alexander: *Ochrana přímých zahraničních investic v energetice*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 91.

¹¹¹ VADI, Valentina. *Energy Security v. Public Health: Nuclear Energy in International Investment Law and Arbitration*. *Georgetown Journal of International Law*. 2016, roč. 47, č. 3, s. 1121.

¹¹² Op. cit. *Crystallex...*, odst. 50.

¹¹³ Op. cit. *Crystallex...*, odst. 636.

¹¹⁴ Článek 1 Dohody BIT ze dne 1. 7. 1996 mezi Kanadou a Venezuelou.

¹¹⁵ Rozhodčí nález ICSID ze dne 17. ledna 2007 ve věci *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, odst. 248.

smlouvy o provozování dolu.¹¹⁶ Fakt, že byla opatření učiněna i ve veřejném zájmu, je zde pouze prvkem zákonnosti vyvlastnění, za které, ačkoli nebylo diskriminační, měla následovat kompenzace. Tribunál tedy uznal nárok žalobce na kompenzaci vyvlastnění, nikoli na odškodnění za jeho údajně diskriminační povahu nebo nespravedlivý proces.¹¹⁷

3.1.4 Dílčí závěr k vyvlastnění

V případě oprávněných očekávání v kapitole 2 je jádrem sporu zejména široké nebo naopak restriktivní pojetí standardu spravedlivého a rovnoprávného zacházení. U nepřímého vyvlastnění se objevují spíše návrhy jak vytvořit jeho jasný a efektivní test. Mezi dalšími návrhy bývá jeho použití úplně vyloučit a nahradit jej využitím jiných doložek, především FET, se kterou se často překrývá a v žalobních návrzích se pak objevují vedle sebe, podporované stejnými argumenty a skutkovými zjištěními. Rozdíly mezi nimi však jsou patrné v situacích, kdy v arbitráži uspěje investor jen jednou z těchto klauzulí. Pokud se tak stane, jedná se většinou o *fair and equitable treatment*. Ta totiž funguje v žalobách k „vyplnění“ potřebné ochrany, kterou neposkytují jiné doložky.

Dva koncepty nepřímého vyvlastnění z úvodu kapitoly jsou základní, nikoli však konečné. V praxi i teorii se objevují jejich modifikace nebo vznikají úplně nové přístupy. Jeden z několika návrhů testů nepřímého vyvlastnění vytvořený mimo arbitrážní praxi má jen dva prvky, a sice (1) podstatný zásah do investice a (2) porušení oprávněných očekávání.¹¹⁸ Čisté použití doktríny SED se v novějších nálezech již neobjevuje, smluvní státy se jej snaží vyloučit i změnami IIA, viz kapitola 4. Zatím se nepotvrzuje, že by celkově koncept nepřímého vyvlastnění vedl ke zvýšenému tlaku na omezení legislativní aktivity kvůli obavám z arbitráže. Vodítko do budoucna může poskytnout například právě rozhodnutí ústavního soudu v případě Vattenfall nebo akademické teorie vznikající mimo samotnou arbitráž.¹¹⁹ Stejně

¹¹⁶ Op. Cit. *Crystallex...*, odst. 706.

¹¹⁷ Op. Cit. *Crystallex...*, odst. 714.

¹¹⁸ Op. Cit. ISAKOFF: *Defining the scope of indirect expropriation...*, s. 202.

¹¹⁹ Například navrhovaný test profesorky Ursuly Kriebaum: KRIEBAUM, Ursula. Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. *The Journal of World Investment and Trade*. 2007, roč. 8, č. 1, s. 743. Ta kritizuje stávající doktrínu za to, že se existence nepřímého vyvlastnění posuzuje jako „vše nebo nic“, kdy buď vyvlastnění nenastalo a nepřísluší žádná kompenzace, nebo je uznáno a mohou být přisouzeny velice vysoké náhrady. Navrhuje, aby nejprve proběhlo zjištění závažného zásahu do investice a zákonnosti takového (podle čtyř výše uvedených kritérií). Až pak má přijít na řadu zvážení veřejného zájmu na straně státu, ten má mít vliv pouze na výši náhrady. Základním stavem má být plná kompenzace, bez ní mají zůstat pouze výjimečné případy.

jako u standardu FET, i zde prozatím selhává snaha o jednotný výklad, rozhodovací praxe se shoduje pouze na nejzákladnějších attributech zacházení.

3.2 Regulační opatření a použití dalších smluvních doložek

V nárocích žalobců převažují klauzule, kterými se zabývají předchozí dvě kapitoly. Bývají doplňovány dalšími standardy, přestože v případě regulačních zásahů na hranici porušení IIA je šance na jejich úspěch nižší.

V případě doložky Full Protection and Security („FPS“) má stát zajistit plnou ochranu a bezpečnost investice proti zásahům státu a jeho orgánů i třetích stran. Bezpochyby se jedná o ochranu fyzickou, některé tribunály ji vykládají i jako „právní“. Základem pro užší výklad je opět *Saluka*, „*doložka plné ochrany a bezpečnosti není zamýšlena tak, aby pokrývala jakékoli poškození investice, ale aby chránila její fyzickou integritu proti použití síly*“.¹²⁰ K tomuto pohledu se přiklonil i tribunál *Crystallex*, navzdory argumentaci investora, že Venezuela byla povinna podle doložky FPS zajistit právní bezpečnost a tedy stabilitu právního řádu. Argumentoval prakticky stejně jako u legitimních očekávání a měl za to, že se v tomto ohledu standardy překrývají.¹²¹ Opíral se o rozhodnutí *Siemens*, které se přiklonilo k existenci záruky právní stability: „*právní ochranou a bezpečností se rozumí ochrana důvěry ve stabilitu právních norem a předvídatelnost jejich aplikace*“.¹²² Tribunál *Siemens* rozhodoval podle BIT mezi Německem a Argentinou, která plnou ochranu označuje výslovně za právní.¹²³ Takového přístupu se tedy dovolával i *Crystallex*, tribunál však poznamenal, že by tento výklad nepřijal, ani kdyby rozhodoval podle takto formulovaného textu klauzule. Přestože byl nakonec investor úspěšný, nebylo tomu tedy tak z důvodu použití klauzule FPS.

Pro určení takových případů mají být zásadní tyto otázky: Bylo vyvlastnění přiměřeným prostředkem pro dosažení požadovaného účelu? Bylo použito v souladu se zásadou subsidiarity? Byl zde výjimečně silný veřejný zájem?

¹²⁰ Op. Cit. *Saluka...*, odst. 484.

¹²¹ Op. Cit. *Crystallex...*, odst. 632.

¹²² Op. Cit. *Siemens...*, odst. 303.

Tribunál také dodal, že takto široce chápe FPS také s ohledem na široké pojetí pojmu investice, v tomto případě se jednalo o nehmotné věci. Do nich nelze fyzicky zasáhnout, proto vývoj výkladu považuje za nezbytné. Lze se však domnívat, že adekvátnějším výkladem by v takovém případě byla spíše ochrana proti rušení práva třetí osobou nebo státním orgánem v rozporu se zákonem.

¹²³ Článek 4 Dohody BIT mezi Německem a Argentinou ze dne 9. dubna 1991: „*Investoři smluvní strany užívají na území druhého smluvního státu plné právní ochrany a plné právní bezpečnosti*“.

Další upřesnění FPS přineslo loňské rozhodnutí *Peter A. Allard v Barbados*. V něm se kanadský investor domáhal odškodnění za chybějící zásah státu, když jeho přírodní rezervaci hrozilo znečištění kontaminovanou vodou a stát podle něj nevymáhal dostatečně své zákony na ochranu jeho majetku. Tribunál uznal, že součástí FPS může být závazek státu na ochranu investice před negativními vlivy životního prostředí. Avšak ten se neprojeví v ochraně investic jako objektivní odpovědnost státu za škodu, pouze jako povinnost due diligence a rozumná míra pečlivosti.¹²⁴ Přidává i citaci z nálezu *El Paso*, podle kterého má stát pouze „přijmout rozumná opatření v rámci svých pravomocí pro zabránění vzniku škody pokud si je vědom nebo má být vědom možnosti ohrožení majetku investora.“¹²⁵ Pokud nebyla shledána taková porušení povinnosti, nejedná se o odpovědnost podle FPS.

Zbývají relativní standardy ochrany. Jejich rozsah se oproti absolutním určuje podle okolností v hostitelském státu investice. Klauzule Most Favoured Nation Treatment („MFN“) neboli též doložka nejvyšších výhod stanoví, že investor požívá v hostitelském státu minimálně stejné ochrany a stejného zacházení jako investoři z kterékoli jiné země, se kterou má hostitelský stát v platnosti IIA.¹²⁶ V praxi to tedy znamená, že IIA s takovou doložkou bude zahrnovat i veškeré standardy ochrany z jiných IIA hostitelského státu. Typické je importování doložky FET ze smluv uzavřených se třetími státy, přípustnost této argumentace je v rozhodovací praxi ustálená.¹²⁷ Pokud to není vyloučeno, vztahuje se MFN v omezené míře i na procesní pravidla.¹²⁸ Národní zacházení („NT“) pak zaručuje zacházení bez diskriminace na základě státní příslušnosti.¹²⁹ Přestože se objevuje ve většině IIA, zatím není,

¹²⁴ Rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 27. června 2016 ve věci *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, odst. 243.

¹²⁵ Op. Cit. *El Paso...*, odst. 523

¹²⁶ Op. cit. ŠTURMA, BALAŠ: *Ochrana mezinárodních investic v kontextu...*, str. 58.

¹²⁷ DUMBERRY, Patrick. The Importation of the FET Standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BITs. *ICSID Review*, 2017, roč. 32, č. 1, s. 136.

¹²⁸ Zásadní omezení stanovil případ *Maffezini v. Spain*, když se podle něj ani doložka MFN vztahující se na všechny výhody z ostatních IIA, tedy i procesní, neuplatní v těchto případech: 1) Stát podmínil souhlas s arbitráží vyčerpáním vnitrostátních procesních nástrojů, 2) Smlouva stanoví volbu mezi vnitrostátním procesem a arbitráží a tato volba je konečná, 3) Smlouva stanoví rozhodování u konkrétní rozhodčí instituce, 4) Strany se dohodly na systému arbitráže se specifickými procesními pravidly.

Rozhodnutí tribunálu ICSID o námitkách k pravomoci ze dne 25. ledna 2000 ve věci *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, odst. 63.

Taková pravidla tedy není možné obejít ani pomocí MFN. Další rozhodčí tribunály později přidávaly další omezení, z těchto však už neubíraly.

¹²⁹ ŠTURMA, BALAŠ: *Ochrana mezinárodních investic...*, s. 57.

stejně jako další standardy ochrany z IIA, považováno za normu mezinárodního obyčejového práva.¹³⁰

Základem pro uplatnění těchto nároků investora je najít subjekt, se kterým bylo nebo je zacházeno v obdobné situaci výhodněji. Rozdíl v zacházení porušuje MFN nebo NT, pokud zde není zvláštní zájem státu, který nerozlišuje mezi subjekty právě na základě státní příslušnosti, ale podle jiných okolností veřejného zájmu.¹³¹ A stejně jako u FET nebo vyvlastnění, i zde je sporem, zda posuzovat především dopad opatření anebo záměr státu pro jeho přijetí. Pokud měl stát legitimní veřejný zájem (veřejné zdraví, životní prostředí apod.) na rozdílném zacházení, nejedná se při posouzení porušení NT a MFN o „obdobnou situaci“. V případě *Methanex* jako legitimní důvod rozdílného zacházení stát s úspěchem použil fakt, že se žalobcova investice nacházela na území se zvýšeným stupněm ochrany krajiny a měla ji zatěžovat znečištěním. Regulace omezující podnikatelské aktivity na takovém území tedy byla podle tribunálu přípustná, situace nebyla srovnatelná se subjekty, které provozovaly podobné aktivity mimo tuto oblast.¹³² Takový výklad je obvyklý, ačkoliv NT a MFN obvykle neobsahují zmínku o legitimitě odlišného zacházení. Důkazní břemeno v takovém případě bývá na straně investora, který musí prokázat, že okolnosti jeho zacházení jsou obdobné jako u subjektu, se kterým se porovnává.¹³³ Stát by pak měl vyvrátit existenci „obdobných okolností“ prokázáním legitimního důvodu pro odlišné zacházení.¹³⁴ Podle NT a MFN má tedy stát odpovědnost za diskriminační cíle opatření, nikoli však nutně za jeho dopad na investici.¹³⁵

¹³⁰ Tamtéž.

¹³¹ Rozhodnutí UNCITRAL o nárocích druhé fáze řízení (Award on Merits of Phase 2) ze dne 10. srpna 2001 ve věci *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, odst. 78.

¹³² MOLOO, Rahim. *Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties*. *Berkeley Journal of International Law*, 2011, roč. 29, č. 1, s. 57.

¹³³ Prozatímní rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 26. června 2000 ve věci *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, odst. 82.

¹³⁴ *Op. cit. Feldman...*, odst. 82,

¹³⁵ *Op. Cit. MOLOO: Environmental and Health Regulation: Assessing Liability*, s. 60.

4 Změny v IIA související s právem státu na regulaci

Předchozí kapitoly ukazují, že rozhodovací praxe dává konkrétnější podobu velice vágně formulovaným doložkám v IIAs. V reakci na tuto skutečnost mnoho států zvažuje nebo již započalo proces revize nebo vypovídání svých BIT v reakci na specifikaci obsahu ochrany. Tato situace se týká i ČR a jiných států EU. Od účinnosti Lisabonské smlouvy je sjednávání IIA záležitostí společné obchodní politiky EU („SOP“). Státům je sekundárním právem umožněno sjednávat BIT s třetími zeměmi, avšak musí o takovém záměru informovat Komisi a předložit ji veškerou dokumentaci. Komise nemusí podle nařízení 1219/2012 dát souhlas k vyjednávání, pokud by (1) mělo být porušeno právo EU vyjma práva porušení rozdělení kompetencí mezi unií a státy, (2) taková smlouva byla nadbytečná z důvodu již zahájených jednání mezi Komisí a třetí zemí, (3) jednání nebylo v souladu s principy a cíli EU pro vnější vztahy, nebo (4) jednání bylo problémem pro sjednání IIA mezi EU a třetími zeměmi.¹³⁶ Záměrem Komise je především postupné vypovídání intrakomunitárních BIT bez náhrady a společný postup Unie u extrakomunitárních.

Třetí generace BIT pravděpodobně dosáhla na limity ochrany, kterou jsou státy ochotny investorům poskytovat. Výklad některých standardů je pro vlády znepokojivý, nejvíce samozřejmě pro vlády těch států, v jejichž neprospěch již bylo v minulosti tribunály rozhodnuto. Tato kapitola se tedy věnuje obsahovým změnám, o které se některé státy snaží při vyjednávání nových smluv.

Jak tedy konkrétně vypadají úpravy smluv, které mají zajistit právo státu na regulaci podnikání bez hrozby prohry v arbitráži a zároveň zajistit udržitelný rozvoj? Z minulých kapitol lze vyvodit, že výklad standardů ochrany v IIA často není jednoznačný, a proto namísto jejich změn, které by mohly působit ještě větší obtíže, dávají vlády při vyjednávání přednost novým, samostatným klauzulím o státních regulacích. Spoléhají se na fakt, že hmotněprávní ustanovení smluv jsou pro rozhodování v arbitráži nadřazeny předchozí judikatuře, snaží se tedy upřesnit výklad některých standardů ochrany ve prospěch státu navzdory některým doktrínám tribunálů. Na těchto modelech v porovnání s BIT uzavřenými mezi těmito zeměmi a rozvojovými státy lze pozorovat, jak se měnil přístup vyspělých zemí

¹³⁶ NAŘÍZENÍ EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi.

s postupem času. Zatímco ještě v devadesátých letech se jako vývozci kapitálu snažily o co nejširší ochranu pomocí vágních definic, aktuální modely jdou směrem přísnějších definic, lze vidět snahu o menší přenechání volného uvážení rozhodcům.

4.1 Úpravy formulací BITs a FTAs

Tři základní typy vyhrazení práva na regulaci lze velmi dobře sledovat na příkladu švýcarských BIT. Prvním způsobem je prohlášení v preambuli smlouvy. Jde o obecnou proklamaci, kterou smluvní strany deklarují, že „je třeba podporovat a chránit investice s cílem hospodářského růstu a udržitelného rozvoje obou států. S tím, že tyto cíle lze naplnit bez snížení zdravotnických, bezpečnostních a zaměstnaneckých standardů a standardů v oblasti ochrany životního prostředí.“¹³⁷ Dále v preambuli státy uznávají svůj závazek vůči demokracii, lidským právům a vyjadřují snahu k pobízení investorů k uznávání společenských závazků, které s podnikáním souvisí. Takové znění úvodních odstavců je typické právě pro BIT uzavřené po přelomu tisíciletí. Praktický dopad takovéto deklarace v arbitráži je však prozatím nejasný, odkaz na ně se však již občas objevuje v odůvodnění některých nálezů.¹³⁸

Druhou, v současnosti velice často používanou možností, jsou samostatné klauzule o právu na regulaci. Text je vesměs obdobný ve všech BIT, kde je použit, postupem času je rozšiřován a upřesňován. Jedna z prvních smluv, ve kterých byla použita, byla v roce 1998 mezi Švýcarskem a Mauriciem: „Žádné ustanovení této smlouvy nemá být vyloženo k omezení práva smluvní strany k podniknutí kroků nezbytných pro ochranu jejích základních bezpečnostních zájmů nebo pro ochranu veřejného zdraví jejích obyvatel, zvířat a rostlin.“¹³⁹ V nejnovějších smlouvách je pak text lehce modifikovaný, aktuálně často používaná formulace zmiňuje i nezbytnost přijímání opatření na ochranu veřejného pořádku, životního prostředí, spotřebitele a veřejného blaha.¹⁴⁰ Stejnou klauzuli pod názvem *Investment and*

¹³⁷ Preambule Dohody BIT mezi Gruzii a Švýcarskou Federací ze dne 3. června 2014.

¹³⁸ Op. cit. BONZON: *Balance Between Investment...*, s. 822.

¹³⁹ Článek 11 Dohody BIT mezi Mauriciem a Švýcarskou Federací ze dne 26. listopadu 1998.

Historicky první BIT inkorporující klauzuli o udržitelném rozvoji, byla uzavřena mezi Švýcarskem a Salvádorem

¹⁴⁰ Článek 10 Dohody BIT mezi Argentinou a Katarom ze dne 6. listopadu 2016. Použitý termín pro veřejné blaho je „social protection“, který podle zprávy UNRISD zahrnuje prevenci a překonání negativních jevů, které mají negativní efekt na společenský blahobyt, především nezaměstnanosti, chudoby a sociálního vyloučení.

Podrobněji na: UNITED NATIONS RESEARCH INSTITUTE FOR SOCIAL DEVELOPMENT. *Combating Poverty and Inequality: Structural Change, Social Policy and Politics* [online]. unriskd.org, 3. září 2010 [cit. 8. září 2016].

regulatory measures do své modelové BIT, zveřejněné v prosinci 2016, vložila i česká vláda a trendy v uzavírání smluv ukazují, že patrně nebude mít problém s ní uspět při vyjednávání změn smluv. Česká verze navíc obsahuje ještě v druhém odstavci ujištění, že „žádné ustanovení v této dohodě by nemělo být vyloženo jako závazek státu neměnit právní řád, včetně změn, které mohou negativně ovlivnit nakládání s investicí a investorovy očekávané výnosy.“¹⁴¹ Zajímavou volbou může být i článek o zřízení společné komise pro revizi smluv do tří let od jejich účinnosti na základě naplňování cílů udržitelného rozvoje, jak ukazuje příklad FTA mezi zeměmi EFTA a Ukrajinou.¹⁴² Ke vkládání klauzulí o regulaci vyzývá i EP, když doporučuje, aby IIA obsahovaly kromě ochrany investora i jeho povinnosti, včetně povinnosti respektovat právo na fungování odborů a dalších práv zaměstnanců, nebo ochrany životního prostředí. Opět s dodatkem, že žádné ustanovení smluv nesmí být vykládáno jako slib státu omezit své pravomoci v omezení investice při sledování legitimních a opodstatněných cílů ve veřejném zájmu.¹⁴³ Modelová BIT USA jde navíc příkladem s vložením několika konkrétních hmotněprávních povinností.¹⁴⁴ Pro pracovní právo jsou například stanovena základní pravidla jako právo na minimální mzdu, svobodné sdružování v odborech a kolektivní vyjednávání nebo zákaz dětské práce.¹⁴⁵

Třetí způsob bere v potaz konkurenci mezi státy při snaze stát se atraktivním cílem pro investory. Jak vyplývá z úvodu této práce a předchozích kapitol, nejedná se o nejzásadnější problém současné ochrany investic, avšak může však mít své regionální opodstatnění v rozvojových zemích. Například v dodatkovém protokolu k BIT mezi Švýcarskem a Mexikem je stanoveno, že je nepřipustné, aby stát pobízel k investicím snižováním vnitrostátních

Dostupné na

<[http://www.unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/\(httpPublications\)/BBA20D83E347DBAFC125778200440AA7?OpenDocument](http://www.unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/(httpPublications)/BBA20D83E347DBAFC125778200440AA7?OpenDocument)>.

¹⁴¹ MINISTERSTVO FINANČÍ. *Ministerstvo financí vypracovalo novou vzorovou dohodu o ochraně zahraničních investic* [online]. mfcz.cz, 28. prosince 2016 [cit. 8. března 2017]. Dostupné na <<http://www.mfcz.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitrage/aktualni-informace/2016/ministerstvo-financi-vypracovalo-novou-v-27033>>.

¹⁴² BONZON, Anne- Juliette. Balance Between Investment Protection and Sustainable Development in BITs. *The Journal of World Investment and Trade*, roč. 15, č. 5, s. 825.

Článek 4.15 Dohody FTA mezi Ukrajinou a EFTA ze dne 24. června 2010.

¹⁴³ Usnesení EP ze dne 9. října 2013 o jednáních mezi EU a Čínou o dvoustranné investiční dohodě, písm. K.

¹⁴⁴ Modelové smlouvy bývají vypracovány státy za účelem snadnějšího sjednávání IIA. Reflektují jejich aktuální zájmy a jsou základem pro další vyjednávání konkrétních smluv.

¹⁴⁵ US DEPARTMENT OF STATE. *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty* [online]. state.gov, [cit. 8. března 2017]. Dostupné na <<https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>.

standardů v ochraně životního prostředí, veřejného zdraví, nebo bezpečnosti.¹⁴⁶ V případě, že by stát takové opatření zvažoval, stanoví smlouva povinnost konzultací takového kroku pomocí instrumentů OECD.

Doplnit lze ještě, že zvláštní pozornost je směřována například v americké modelové BIT k ochraně životního prostředí a pracovnímu právu. Kromě výše zmíněného zákazu chování *race to the bottom* má každá smluvní strana navíc právo podání písemného požadavku na konzultaci k těmto tématům pro nalezení společného řešení, které by mohlo zabránit arbitráži.¹⁴⁷ V nově vydané indické modelové BIT se lze setkat s povinností hostitelského státu zveřejnit informace o navrhovaných regulačních opatřeních, která se týkají jeho investorů a umožnit jim se k návrhům vyjadřovat.¹⁴⁸ Přidává zvláště zmíněnou povinnost investorů dodržovat zákony hostitelského státu, především v oblasti životního prostředí a lidských práv. Taková povinnost bude nejspíše použitelná jako podpora v argumentaci státu v arbitráži.

Smlouva navíc počítá s možností dlouho diskutovaného, ale prozatím nikdy nedotaženého procesního instrumentu, a to odvolání. Samostatný článek odvolání zatím nestanovuje, pouze připouští další jednání stran o ustavení instituce, která by je v budoucnu řešila. Konkrétní řešení zatím není dáno, je však pravděpodobné, že Indie se bude o vznik odvolací instance zasazovat. Protože jde pouze o modelovou dohodu, s vlastním návrhem řešení může přijít i druhý smluvní stát.

4.2 Standard FET a standard minimálního zacházení

Jak se vypořádat s rizikem odpovědnosti za porušení ochrany oprávněných očekávání, není zatím příliš jasné. Některé státy se spoléhají na výše uvedená ustanovení o „právu na regulaci“. USA a Kanada se rozhodly po vzoru závazného výkladu NAFTA omezit použití

¹⁴⁶ Článek 3 dodatkového protokolu k Dohodě BIT mezi Mexikem a Švýcarskou Federací ze dne 10. července 1995.

¹⁴⁷ Op. cit. *US DEPARTMENT OF STATE. 2012 U.S. Model...*

¹⁴⁸ GOVERNMENT OF INDIA, MINISTRY OF FINANCE. *Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty* [online]. finmin.nic.in, 28. prosince 2015, [cit. 5. června 2016]. Dostupné na <http://finmin.nic.in/reports/ModelTextIndia_BIT.pdf>.

standardu FET na zacházení s cizinci podle minimálního standardu CIL.¹⁴⁹ K tomuto užšímu pojetí se přiklonila i Argentina ve svých novějších BITs v reakci na masivní nápor žalob v období hospodářské krize.¹⁵⁰ Smlouvy zdůrazňují, že FET v nich negarantuje žádnou větší ochranu a přestože zmiňují FET jako součást minimálního standardu, odmítají jeho autonomní výklad FET tribunály (tedy mimo tribunálů NAFTA).¹⁵¹ Minimální standard zacházení je institutem založeným na téměř sto let starém případě *Neer v. Mexico* a rozhodovací praxe se neshoduje, zda je v praxi neměnný. Dynamiku pojmu přiznal například tribunál ve sporu *Mondev v. USA*¹⁵², neměl by podle nich být vykládán stejně jako na začátku 20. století v případě *Neer*. Nikdy však nebyl vykládán natolik široce, aby ochrana investora ve výsledku dosahovala standardu FET tak, jak jej vykládají některé tribunály podle doložek v BIT mimo NAFTA, například již výše řešený *Crystallex*.¹⁵³ Text modelových smluv zde jednoznačně vyjadřuje preferenci striktního výkladu, pro jeho porušení bude třeba, aby došlo k zvláště závažnému, disproportionálnímu nespravedlivému zacházení. Z případu *Neer* lze výslovně citovat, že minimální standard porušuje zacházení, které vyjadřuje „*míru pobouření, zlého úmyslu, úmyslného zanedbání povinnosti, nebo nedostatečnosti jednání státu, které je natolik pod úrovní mezinárodních standardů, že by každý rozumný člověk ihned rozpoznal její nedostatečnost*“.¹⁵⁴ Podle OECD jsou obsahem minimálního standardu zacházení s cizinci především zákaz odepření spravedlnosti (jen tato záruka je zmíněna v modelových BIT) a fyzická ochrana majetku cizince.¹⁵⁵ Měl by jim zajistit minimální míru zacházení podle mezinárodních obyčejů nehledě na vnitrostátní právo. V současné praxi je

¹⁴⁹ O závazném výkladu NAFTA podrobněji zde: OECD. *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law* [online]. oecd.org, září 2004 [cit. 12. března 2017]. Dostupné na <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf>.

Jelikož se jedná o obyčej mezinárodního práva, je jeho použití ve smlouvách spíše deklaratorní záležitostí a tento minimální standard by měl fungovat nehledě na jeho ustanovení ve smlouvě. Státy NAFTA usilují o přenesení standardů ochrany a jejich výkladu i do svých BIT, proto zdůrazňují shodný výklad.

¹⁵⁰ Například článek 3 Dohody BIT mezi Argentinou a Katarom ze dne 6. listopadu 2016.

¹⁵¹ Op. cit. *US DEPARTMENT OF STATE. 2012 U.S. Model...*

¹⁵² Rozhodčí náleží ICSID (NAFTA) ze dne 11. října 2002 ve věci *Mondev International Ltd. v. United States of America*, odst. 115.

¹⁵³ Op. cit. *Crystallex...*, odst. 492.

¹⁵⁴ KALIŠ, Roman. Mezinárodní minimální standard zacházení s mezinárodní investicí. In ŽATECKÁ, Eva (ed). *Cofola 2011*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 474.

¹⁵⁵ Tamtéž, s. 476.

Zbývající prvky jsou (1) poskytnutí odpovídajícího zacházení zadržaným cizincům, (2) zajištění fyzické ochrany majetku cizince, (3) výkonu práva vyhoštění cizince způsobem, který jej nejméně poškozuje.

tedy vykládán většinou tak, že odpovědnost státu zakládá opatření, které je mimořádně šokující - hrubé odepření spravedlnosti, zjevná svévolnost, nespravedlnost nebo procesní diskriminace, nebo úplný nedostatek odůvodnění omezujícího opatření – a to natolik, že je porušeno mezinárodní obyčejové právo.¹⁵⁶ Ve věci *Loewen Group* tribunál vyslovil, že arbitráž nemůže fungovat jako odvolací soud proti rozhodnutím národních soudů a porušení článku 1105 NAFTA může zakládat rozhodnutí, které je diskriminačním nebo zjevným zneužitím moci a proto zcela nepřijatelné v kontextu mezinárodního práva. Tribunál zmínil, že zlá víra státu ani nedodržení vnitrostátních předpisů státními orgány není podmínkou porušení minimálního standardu.¹⁵⁷

Celkově jsou tribunály podle NAFTA ve svém rozhodování méně nakloněny legitimnímu očekávání založeném pouze na legislativě platné v době provedení investice. Lze se často setkat s rozhodnutím, že podle NAFTA není chráněno očekávání stabilního a předvídatelného právního řádu v jiné situaci, než když takové vyplývá ze smlouvy investora se státem.¹⁵⁸ Změny obecně platných předpisů by pouze neměly být „hrubě nespravedlivé nebo diskriminační“.¹⁵⁹

Obdobně situaci řeší aktuální indická modelová BIT, ta mění standardy poměrně revolučně, také ve snaze vyhnout se klasickému pojetí FET doložky. Ta, i doložka FPS jsou nahrazeny právě stanovením odpovědnosti za (1) odepření spravedlnosti podle CIL, (2) porušení práva na spravedlivý proces bez náhrady, (3) zjevně šikanózní zacházení s investicí, které se vyznačuje také déletrvajícím, neospravedlnitelným a hrubým nátlakem.¹⁶⁰ Vynechává i MFN, čímž obrat v ochraně investic ještě zvýrazňuje, investoři chráněni novými BIT se nebudou moci odvolávat na standardy ochrany ve stávajících smlouvách.

Lze tedy uzavřít, že standard ochrany podle americké a kanadské BIT, stejně jako článku 1105 NAFTA, poskytuje mnohem menší rozsah ochrany než doložky FET v jiných dvoustranných smlouvách, jejichž obsah, včetně ochrany oprávněných očekávání, může být

¹⁵⁶ Rozhodčí nález UNCITRAL (NAFTA) ze dne 8. června 2009 ve věci *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, odst. 22.

¹⁵⁷ Rozhodčí nález ICSID (NAFTA) ze dne 26. června 2003 ve věci *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, odst. 133.

¹⁵⁸ Rozhodčí nález ICSID (NAFTA) ze dne 18. září 2009 ve věci *Cargill, Inc. v. Mexico*, odst. 290.

¹⁵⁹ Rozhodnutí ICSID o pravomoci a příslušnosti ze dne 22. května 2012 ve věci *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*, odst. 153.

¹⁶⁰ Op. cit. GOVERNMENT OF INDIA, MINISTRY OF FINANCE. *Model Text...*

tribunály vyložen velice široce i nepředvídatelně. Autonomní výklad doložek FET se, především s ohledem na nestálost rozhodování o nárocích souvisejících s porušením legitimního očekávání, dosud nestal mezinárodním obyčejem a při odporu mnoha států k tomuto výkladu je to do budoucna velice nepravděpodobné.

4.3 Změny v ochraně před vyvlastněním

Samostatnou oblastí je úprava vyvlastnění, kde jsou změny prováděny především pomocí upřesnění stávajících ustanovení. Vhodné příklady jsou také úpravy IIA uzavírané Uruguayí a Austrálií v návaznosti na spor s Philip Morris. Vlády nebyly spokojeny s dosavadními, příliš vágními formulacemi, vhodnými pro přilákání investic, méně už pak k praktickému řízení státu s ohledem na jeho případnou odpovědnost v době po provedení investice. Nové smlouvy začínají výslovně používat termín nepřímé vyvlastnění, snaží se tedy reflektovat závěry rozhodčích tribunálů. Ačkoliv obsahují klasickou definici *opatření se srovnatelným účinkem jako vyvlastnění*, nejsou tak konkrétní, že by stanovily, zda zásah do vlastnického práva musí být úplný nebo pouze částečný, stálý nebo dočasný, nebo zda je v případě podnikání třeba oslabit schopnost investora společnost ovládat. Nezmiňují ani přímo, zda nepřímé vyvlastnění zakládá nedostatek dobré víry nebo přímý zisk státu ze zásahu do práv investora.¹⁶¹ Na druhou stranu se výrazně vymezují proti používání *sole effect doctrine*, smlouvy stanoví, že:¹⁶²

- 1) negativní ekonomický vliv zásahu státu na investici je třeba vzít v potaz, ale sám o sobě nezakládá nepřímé vyvlastnění,
- 2) je třeba zvážit povahu, účel, a okolnosti zavedení opatření a
- 3) rozsah, ve kterém opatření státu zasahuje do jasných a rozumných, na dosavadním stavu investice založených očekávání (včetně zhodnocení, jak regulované bylo odvětví před učiněním opatření)

Tato kritéria jsou převzata doslovně z modelové BIT USA, obě smlouvy zdůrazňují, že je třeba posuzovat konkrétní zvláštní okolnosti každého případu. Kromě naprosto

¹⁶¹ MELLISKE, Ryan. For Greater Certainty: Calibrating Investment Treaties to Protect Foreign Investment and Public Health. *Maryland Journal of International Law*, roč. 30, č. 1, s. 102.

¹⁶² Příloha 11-B Dohody FTA mezi Austrálií a Korejskou republikou ze dne 8. dubna 2014. Shodně v modelových BIT Kanady a USA.

výjimečných případů nemají být nediskriminační zásahy, které jsou uskutečněny k ochraně veřejných zájmů, jako veřejné zdraví, bezpečnost nebo životní prostředí, považovány za nepřímé vyvlastnění.¹⁶³ Modelové smlouvy USA a Kanady mají přílohy takto upravující nepřímé vyvlastnění od roku 2004. Spojené státy se i změnou smluv zasadily o udržení své prozatímní neporazitelnost v pozici žalovaného státu.¹⁶⁴ Modelová BIT Indie k okolnostem, které je třeba zvážit pro označení opatření jako vyvlastnění, přidává délku doby, po kterou jsou vlastnická práva narušena.¹⁶⁵

4.4 CETA a právo na regulaci

Evropská komise deklaruje, že IIA by měly být v souladu s dalšími principy unijní politiky, včetně ochrany životního prostředí, práv zaměstnanců, ochrany spotřebitele, hospodářského rozvoje a rovné hospodářské soutěže. Společná obchodní politika, pod kterou sjednávání IIA patří, by toto měla zajistit.¹⁶⁶ Nejnovější sjednanou FTA obsahující mechanismus arbitráže je Komplexní hospodářská a obchodní dohoda mezi EU a Kanadou (CETA). Ta má v současnosti konečnou podobu a probíhá proces její ratifikace.

CETA shrnuje poznatky z předchozích podkapitol a při zachování standardů ochrany vybírá přístupy, které zohledňují nejširší uplatnění *police powers* státu. V úvodní proklamaci k ochraně investic opět strany vyjadřují právo na regulaci ve veřejném zájmu (včetně příkladů) a uvádějí, že v takových případech nebude poskytnuta kompenzace za poškození investice včetně očekávaných výnosů. Toto se vztahuje i na nepřiznání nebo neobnovení dotací.

Dále se smlouva věnuje i přesnému vymezení hmotněprávních standardů. Definice FET je zde poměrně přesná a kopíruje výklad NAFTA a americké BIT, některými autory je

¹⁶³ V poznámce pod čarou je ještě zmíněno, že tento výčet oblastí veřejného zájmu není konečný.

¹⁶⁴ KALICKI, Jean, JOUBIN-BRET, Anna. *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*. Leiden: Hotei Publishing, 2015. s. 263.

¹⁶⁵ Op. Cit. GOVERNMENT OF INDIA, MINISTRY OF FINANCE. *Model Text...*

¹⁶⁶ EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the commission to the council, the european parliament, the european economic and social committee and the committee of the regions. Towards a comprehensive European international investment policy*. [online]. trade.ec.europa.eu, 7. července 2010 [cit. 7. října 2016]. Dostupné na <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf>.

označována za kodifikaci rozhodovací praxe NAFTA.¹⁶⁷ Zásah státu poruší FET, pokud se jedná o:

- a) Odepření spravedlnosti v soudním nebo správním řízení
- b) Zásadní porušení pravidel spravedlivého procesu, včetně principu veřejnosti
- c) Cílenou diskriminaci na zjevně nespravedlivém základě
- d) Zjevnou svévolnost
- e) Šikanózní a nátlakové zacházení s investorem

Samostatně, jako eventualitu, dodává ještě legitimní očekávání: „*Při aplikaci standardu FET může tribunál vzít v úvahu konkrétní záruku investorovi, na základě které byla investice uskutečněna, a která vyvolala oprávněná očekávání, následně státem porušená.*“ Výčet nicméně nemusí být konečný, strany mohou další obsah doplnit na návrh jedné z nich i po vstoupení smlouvy v platnost. Výslovně je však zmíněno, že porušení vnitrostátního (a evropského) práva nezakládá porušení standardu.

K otázce vyvlastnění se staví naprosto stejně jako výše uvedené modelové smlouvy, obsahuje stejně formulované hranice legitimních opatření, také tedy zdůrazňuje příklon k *police powers doctrine*. U posledního z absolutních standardů ochrany, doložky FPS, vyjadřuje ujištění, že se jedná pouze o ochranu před fyzickými zásahy do investice.¹⁶⁸

4.5 Dílčí závěr ke změnám IIA

Přestože většina investičních sporů končí zamítnutím žalobního návrhu, judikatura k IIA ukazuje řadu slabin v hmotněprávních zárukách ochrany. Vágní jazyk smluv stál už řadu států nemalé finanční prostředky a nyní se vývoj nachází ve fázi zpřesňování formulací. Vlády nejsou spokojeny s nejednotným rozhodováním a slibují si od konkrétních klauzulí volnou ruku při přijímání opatření. Vyjednávání nových smluv může být ulehčeno faktem, že takto nespokojených států není málo a jejich požadavky tedy mohou být souhlasné. Vyspělé státy navíc ztrácejí výhradní pozice vývozců kapitálu a dostávají se do defenzívy, a to jak vůči

¹⁶⁷ WILHELMER, Hanna. *The 'right to regulate' in ceta's investment chapter - fair and equitable treatment, expropriation and interpretative powers* [online]. deicl.univie.ac.at, 2014 [cit. 10. března 2017]. Dostupné na <https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Internetpublikationen/wilhelmer.pdf>.

¹⁶⁸ Článek 8.9 – 8.12 a příloha 8-A dohody CETA ze dne 30. listopadu 2016.

aktuálně silným exportérům jako je Čína, tak vůči korporátním investorům, které často žádají enormní náhrady škody.

Proces vyjednávání nových smluv může trvat mnoho let, jeho urychlení může zajistit sjednávání investiční ochrany v rámci dohod FTA. Účinnost nových smluv může zvýšit případné opomenutí klauzule MFN, která fakticky přenáší hmotněprávní ochranu z jiných, stále platných závazků. V úvahu je třeba vzít kromě velkého počtu smluv, které vyžadují revizi, i problematiku jednostranného vypovězení podle článku 54 VCLT. Pro takový případ často smlouvy obsahují *sunset clause*, investice jsou tedy chráněny ještě několik let (obvykle patnáct nebo dvacet) po jejím ukončení.¹⁶⁹ Celkově vzato je materiální ochrana investic v nových BIT a FTA kalibrována přesněji a měla by zabránit excesům v arbitrážní praxi. Avšak v souvislosti se spory, kdy se v pozici žalovaného objevují vyspělé státy, se kritika obrací na celkovou nadbytečnost systému arbitráže mezi investorem a státem a na procesní otázky, jako je nezávislost arbitrů nebo nesoulad s právem EU.¹⁷⁰

¹⁶⁹ ZAROWNA, Agnieszka. *Termination of BITs and Sunset Clauses – What Can Investors in Poland Expect?* [online]. kluwarbitrationblog.com, 28. února 2017 [cit. 27. března 2017]. Dostupné na <<http://kluwarbitrationblog.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>>.

¹⁷⁰ JUERGEN, Mark. *German Association of Judges on the TTIP Proposal of the European Commission* [online]. globalarbitrationnews.com, 21. března 2016 [cit. 2. listopadu 2016]. Dostupné na <<https://globalarbitrationnews.com/german-association-judges-proposal-european-commission-introduction-investment-court-system-settle-investor-state-disputes-transatlantic-trade-investmen/>>.

Závěr

Hranice legitimních opatření státu nejsou v ochraně investic nadále přesně zjistitelné. Zvláště u ochrany oprávněných očekávání stále není jasné, zda do investiční arbitráže přináší více právní jistoty pro obě strany případných sporů. Nejednotný výklad celému systému ochrany investic na legitimitě spíše ubírá. Už sama nejednoznačnost pojmu nedává do budoucna velkou šanci na brzké sjednocení závěrů rozhodovací praxe. Pravomoc a míra volného uvážení rozhodců v této věci je rozsáhlá a z pohledu smluvních států často i riskantní, s přihlédnutím k prakticky neexistující možnosti přezkumu rozhodnutí a možné negativní následky pro stát, respektive jeho rozpočet.

Tribunály mohou na předchozí rozhodovací praxi reagovat velice rychle, vznik doktríny může trvat několik málo let. Naopak manévrovací schopnosti států při vyjednávání smluv jsou omezené, stále hojně využívané dvoustranné smlouvy lze měnit pouze jednotlivě a státy musí vzít v úvahu i dobu účinnosti ochrany po jejich vypovězení. Jedním z uplatňovaných řešení je i postupné nahrazování BIT smlouvami o volném obchodu, zvláště pak v případě EU.

Otázkou do budoucna nicméně zůstává, zda budou rozhodci ochotni měnit doktríny zavedené arbitrážní praxí podle smluv, které jim dávaly široký prostor pro volné uvážení. Zda tedy budou respektovat snahu smluvních států tento prostor zúžit a konkretizovat své závazky. Judikatura je v hraničních případech velice nestálá, obě strany sporu mívají díky tomu svá tvrzení podložena množstvím rozhodčích nálezů hovořících v jejich prospěch.

Přínejmenším lze prozatím sledovat tendence rozhodčí nálezy lépe a obsáhleji odůvodňovat. Tento fakt lze přičíst veřejnému zájmu, který v posledních letech investiční arbitráž upoutala. Nicméně se v této oblasti projevuje nedostatek, kterým je formální závaznost rozhodčích nálezů pouze pro strany sporu. Částečně se lze spolehnout na argumentaci vlastními předchozími nálezy u institucí jako ICSID nebo na shodné posuzování ustanovení v jedné dohodě, například NAFTA. Méně už pak na stálý výklad u ad hoc tribunálů ustanovených podle pravidel UNCITRAL a rozhodování podle samostatných, různorodě formulovaných ochranných doložek ve dvoustranných dohodách.

Následky pro stát, který nejasné hranice své odpovědnosti překročí, nejsou zanedbatelné. Částky kompenzací a odškodnění mohou dosahovat v přepočtu řádově miliard korun a vedly již některé státy k odstoupení od Dohody ICSID. Takový krok již učinily

například Bolívie a Ekvádor, po zahájení sporu společností Philip Morris zvažovala Austrálie sjednávání svých BIT a FTA bez doložek o arbitráži.¹⁷¹ Ke stabilizaci systému ochrany investic by mělo přispět sblížení pozic vyspělých a rozvojových států, obě skupiny se dostávají do obdobného postavení, tedy často žalovaného subjektu v arbitrážním sporu. Tento fakt by měl přispět ke shodě ve vyjednávání nových smluv.

Doktríny popsané v kapitolách 2 a 3 dávají často investorům konkurenční výhodu v hospodářské soutěži proti subjektům nechráněným IIA, odškodnění za omezující opatření státu jim může připadnout i v případech, které jsou pro národní právo nemyslitelné. Může tedy nastat situace, kdy regulace postihne oba subjekty, a jen jeden může pomocí systému ISDS dosáhnout na náhradu. Ačkoliv taková situace může přilákat investory do rozvojových zemí, pobídka by měla být učiněna formou konkrétní investiční dohody, spíše než neurčitými doložkami v IIA a procesem arbitráže.¹⁷² Absolutní standardy ochrany zásadně nemají žádnou návaznost na vnitrostátní ochranu, stojí samostatně mimo právní řád hostitelského státu, hmotněprávní režim tedy oproti domácím podnikatelům může být velice rozdílný. Zatím nebyla zaznamenána snaha o úplné vyloučení nepřímého vyvlastnění ani standardu FET, probíhá spíše jejich úprava v IIAs tak, aby rozhodci měli menší míru volného uvážení a stát prostor pro nediskriminační provádění své politiky. Široký výklad ochranných klauzulí naráží na odpor vyspělých států, protože může narušit právo státu na vrchnostenskou regulaci podnikání, zvláště v případech „konkrétních“ záruk, majících jiný původ než investiční smlouvu.

Excesy v rozhodovací praxi pravděpodobně nevyústí v hromadné ustupování od systému ISDS, nicméně lze v budoucnu očekávat pokračující postupnou obměnu IIA právě s ohledem na přesné vymezení regulačních pravomocí hostitelského státu.

¹⁷¹ HUECKEL, Julia. Rebalancing Legitimacy and Sovereignty in International Investment Agreements. *Emory Law Journal*, 2012, roč. 61, č. 3, s. 618.

¹⁷² Op. cit. ISAKOFF: *Defining the scope of indirect expropriation...*, s. 201.

Seznam použitých zdrojů

Monografie

1. BĚLOHLÁVEK, Alexander, HÓTOVÁ Renáta. *Cenová Regulace z pohledu tuzemské, komunitární a mezinárodní úpravy a ochrany investic*, Ostrava: Sagit, 2008, 356 s.
2. BĚLOHLÁVEK, Alexander: *Ochrana přímých zahraničních investic v energetice*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, 425 s.
3. BĚLOHLÁVEK, Alexander: *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. Praha: C. H. Beck, 2010, 388 s.
4. BÜCHELER, Gebhard: *Proportionality in Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford Publishing, 2015. 320 s.
5. CAMERON, Peter. *International energy investment law: the pursuit of stability*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2010, 499 s.
6. COMEAUX, Paul. *Protecting foreign investment under international law: legal aspects of political risk*. Dobbs Ferry, N.Y: Oceana Publ., 1997. 448 s.
7. ČEPELKA, Čestmír, ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008. 896 s.
8. DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2. vyd. Oxford: Oxford Univ. Press, 2012, 417 s.
9. GRIEBEL Jörn. *Internationales Investitionsrecht: Lehrbuch für Studium und Praxis*. München: Beck, 2008. 223 s.
10. HENDRYCH D. a kol.: *Správní právo – obecná část*. 6. vydání, C. H. Beck Praha, 2006, 822 s.
11. KALICKI, Jean, JOUBIN-BRET, Anna. *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*. Leiden: Hotei Publishing, 2015. 1044 s.
12. LENAERTS Koen, VAN NUFFEL, Piet. *Constitutional Law of the European Union*, London: Sweet and Maxwell Ltd., 2005, 1334s.
13. MEIFORT, Cornelia. *Der Begriff der Enteignung nach der Rechtsprechung der internationalen Schiedsgerichte zum internationalen Investitionsschutzrecht*. Frankfurt am Main: Lang, 2010. 222 s.

14. SCHERNBECK, Andrea. *Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*. Zürich: Dike, 2013. 166 s.
15. ŠTURMA, Pavel, BALAŠ, Vladimír. *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2012, 100 s.
16. ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. Praha: Linde, 2008. 334 s.

Články

1. BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Hmotněprávní standardy ochrany přímých zahraničních investic. *Právník*. 2012, roč. 151, č. 11, s. 1-51.
2. BONZON, Anne-Juliette. Balance Between Investment Protection and Sustainable Development in BITs. *The journal of World Investment and Trade*, roč. 15, č. 5, s. 809 – 826.
3. BROWN, Julia. International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat. *Western Journal of Legal Studies*, roč. 3, č. 1, s. 1 – 25.
4. DUMBERRY, Patrick. The Importation of the FET Standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BITs. *ICSID Review*, 2017, roč. 32, č. 1, s. 116-137.
5. GRAMLICH, Ludwig, CONECH, Claudia. Der Streit um die Investor-Staat-Streitbeilegung im Kontext von CETA und TTIP - Erkenntnisse und Lösungsansätze. *Swiss Review of International and European Law*, 2016, roč. 26, č. 3, s. 391 – 416.
6. HUECKEL, Julia. Rebalancing Legitimacy and Sovereignty in International Investment Agreements. *Emory Law Journal*, 2012, roč. 61, č. 3, s. 601 - 640
7. ISAKOFF, Peter. Defining the scope of indirect expropriation for international investments. *Global business law review*, 2012, roč. 13, č. 3, s. 189 – 201.
8. KALIŠ, Roman. Mezinárodní minimální standard zacházení s mezinárodní investicí. In ŽATECKÁ, Eva (ed). *Cofola 2011*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 470 – 480.
9. KRIEBAUM, Ursula. Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. *The Journal of World Investment and Trade*. 2007, roč. 8, č. 1, s. 717-744.
10. LUDWIGS, Markus. Germany's Nuclear Phase-out and the Right to Property. *European Networks Law and Regulation Quarterly*, 2016, roč. 4, s. 43-47.

11. MELLISKE, Ryan. For Greater Certainty: Calibrating Investment Treaties to Protect Foreign Investment and Public Health. *Maryland Journal of International Law*, roč. 30, č. 1, s. 83 – 104.
12. MOLOO, Rahim. Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties. *Berkeley Journal of International Law*, 2011, roč. 29, č. 1, s. 1-65.
13. SCHREUER, Christoph. Fair and equitable Treatment in Arbitral Practice. *The Journal of World Invest and Trade*, roč. 18. č. 6, s. 357 – 386.
14. VADI, Valentina. Energy Security v. Public Health: Nuclear Energy in International Investment Law and Arbitration. *Georgetown Journal of International Law*. 2016, roč. 47, č. 3, s. 1069 – 1136.

Internetové zdroje

1. EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the commission to the council, the european parliament, the european economic and social committee and the committee of the regions. Towards a comprehensive European international investment policy*. [online]. Trade.ec.europa.eu, 7. července 2010 [cit. 7. října 2016]. Dostupné na <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf>.
2. GOVERNMENT OF INDIA, MINISTRY OF FINANCE. *Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty* [online]. finmin.nic.in, 28. prosince 2015, [cit. 5. června 2016]. Dostupné na <http://finmin.nic.in/reports/ModelTextIndia_BIT.pdf>.
3. HODER, Lukáš. *Investiční arbitráže v roce 2015* [online]. patria.cz, 25. května 2016 [cit. 13. března 2017]. Dostupné na <<https://www.patria.cz/pravo/3217884/investicni-arbitraze-v-roce-2015.html>>.
4. INVESTOPEDIA. *Goodwill* [online]. investopedia.org, [cit. 3. dubna 2017]. Dostupné na <<http://www.investopedia.com/terms/g/goodwill.asp>>.
5. JOHNSON, Lise. *State Liability for Regulatory Change: How International Investment Rules are Overriding Domestic Law* [online]. iisd.org, 6. ledna 2014 [cit. 2. března 2017]. Dostupné na <https://www.iisd.org/itn/2014/01/06/state-liability-for-regulatory-change-how-international-investment-rules-are-overriding-domestic-law/#_ftn23>.
6. JUERGEN, Mark. *German Association of Judges on the TTIP Proposal of the European Commission* [online]. globalarbitrationnews.com, 21. března 2016 [cit. 2. listopadu 2016]. Dostupné na <<https://globalarbitrationnews.com/german-association-judges->

[proposal-european-commission-introduction-investment-court-system-settle-investor-state-disputes-transatlantic-trade-investmen/](#)>.

7. LEVINE, Matthew. *ICSID tribunal dismisses final claim for compensation in relation to Hungary's 2008 termination of power purchase agreement* [online]. iisd.org, 29. února 2016 [cit. 16. března 2017]. Dostupné na <<https://www.iisd.org/itn/2016/02/29/icsid-tribunal-dismisses-final-claim-for-compensation-in-relation-to-hungarys-2008-termination-of-power-purchase-agreement-electrabel-sa-v-republic-of-hungary-icsid-case-no-arb-07-1/>>.
8. MINISTERSTVO FINANCÍ. *Ministerstvo financí vypracovalo novou vzorovou dohodu o ochraně zahraničních investic* [online]. mfcz.cz, 28. prosince 2016 [cit. 8. března 2017]. Dostupné na <<http://www.mfcz.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitraze/aktualni-informace/2016/ministerstvo-financi-vypracovalo-novou-v-27033>>.
9. OECD. *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law* [online]. oecd.org, září 2004 [cit. 12. března 2017]. Dostupné na <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf>.
10. OECD. *Indirect expropriation and the Right to regulate in international investment law* [online]. oecd.org, duben 2004 [cit. 16. prosince 2016]. Dostupné na <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf>.
11. GLOSSARY PRACTICAL LAW. *Umbrella Clause* [online]. uk.practicallaw.com, [cit. 22. prosince 2016]. Dostupné na <<http://uk.practicallaw.com/8-519-0939>>.
12. REUTERS. *Crystallex expects Venezuela mine permit any time*. [online]. Reuters.com, 8. listopadu 2007 [cit. 22. března 2017]. Dostupné na <<http://www.reuters.com/article/venezuela-crystallex-idLTAN0826492720071108>>.
13. SEKANINA, Ondřej. *Nepřímé vyvlastnění v praxi mezinárodních investičních arbitráží*. [online]. sekaninalegal.eu, 3 ledna 2010 [cit. 5. října 2016]. Dostupné na <<http://www.sekaninalegal.eu/article/57/ondrej-sekanina-neprime-vyvlastneni-v-praxi-mezinarodnich-investicnich-arbitrazi>>.
14. UNITED NATIONS RESEARCH INSTITUTE FOR SOCIAL DEVELOPMENT. *Combating Poverty and Inequality: Structural Change, Social Policy and Politics* [online]. unrisd.org, 3. září 2010 [cit. 8. září 2016]. Dostupné na

[http://www.unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/\(httpPublications\)/BBA20D83E347DBAFC125778200440AA7?OpenDocument](http://www.unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/(httpPublications)/BBA20D83E347DBAFC125778200440AA7?OpenDocument)>.

15. US DEPARTMENT OF STATE. *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty* [online]. state.gov, [cit. 8. března 2017]. Dostupné na <https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>.
16. WHO. *Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control*. [online]. WHO.int, 26. července 2016 [cit. 31. července 2016]. Dostupné na http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/>.
17. WILHELMER, Hanna. *The 'right to regulate' in ceta's investment chapter - fair and equitable treatment, expropriation and interpretative powers* [online]. deicl.univie.ac.at, 2014 [cit. 10. března 2017]. Dostupné na https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Internepublikationen/wilhelmer.pdf>.
18. ZAROWNA, Agnieszka. *Termination of BITs and Sunset Clauses – What Can Investors in Poland Expect?* [online]. kluwerarbitrationblog.com, 28. února 2017 [cit. 27. března 2017]. Dostupné na <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>>.

Normativní akty

1. Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů.
2. Ústava Spolkové republiky Německo (GG) ze dne 23. května 1949, ve znění pozdějších předpisů.
3. Nařízení EP a rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi.
4. Usnesení EP ze dne 9. října 2013 o jednáních mezi EU a Čínou o dvoustranné investiční dohodě.
5. Směrnice 2014/40/EU ze dne 3. dubna 2014 o sblížení právních a správních předpisů členských států týkajících se výroby, obchodní úpravy a prodeje tabákových a souvisejících výrobků.
6. Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (ECHR) ze dne 20. března 1952.
7. Vídeňská úmluva o smluvním právu (VCTL) ze dne 23. května 1969.

8. Dohoda WHO Framework Convention on Tobacco control (FCTC) ze dne 21. května 2003.
9. Severoamerická dohoda o volném obchodu (NAFTA) ze dne 17. prosince 1992.
10. Dohoda k Energické chartě (ECT) ze dne 17. prosince 1994.
11. Dohoda FTA mezi Ukrajinou a EFTA ze dne 24. června 2010.
12. Komplexní hospodářská a obchodní dohoda mezi EU a Kanadou (CETA) ze dne 30. listopadu 2016.
13. Dohoda BIT mezi Uruguayí a Švýcarskou Federací ze dne 7. října 1988.
14. Dohoda BIT mezi Německem a Argentinou ze dne 9. dubna 1991.
15. Dohoda BIT mezi Českou republikou a Nizozemím ze dne 29. dubna 1991.
16. Dohoda BIT mezi Mexikem a Švýcarskou Federací ze dne 10. července 1995.
17. Dohoda BIT mezi Mauriciem a Švýcarskou Federací ze dne 26. listopadu 1998.
18. Dohoda FTA mezi Austrálií a Korejskou republikou ze dne 8. dubna 2014.
19. Dohoda BIT mezi Gruzíí a Švýcarskou Federací ze dne 3. června 2014.
20. Dohoda BIT mezi Argentinou a Katarom ze dne 6. listopadu 2016.

Judikatura

1. Nález Ústavního soudu ze dne 20. června 2006 Pl.ÚS 38/04.
2. Nález Ústavního soudu ze dne 15. ledna 2008 I.ÚS 605/06.
3. Rozsudek prvního senátu BVerfG ze dne 6. prosince 2016, 1 BvR 2821/11.
4. Rozhodnutí Supreme Court of British Columbia ze dne 2. května 2001 ve věci Metalclad v. The United Mexican States.
5. Rozhodčí nález ICSID (NAFTA) ze dne 11. října 2002 ve věci Mondev International Ltd. v. United States of America.
6. Rozhodčí nález ICSID (NAFTA) ze dne 16. prosince 2002 ve věci Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States.
7. Rozhodčí nález ICSID (NAFTA) ze dne 30. srpna 2004 ve věci Waste Management Inc. v. United Mexican States.
8. Rozhodčí nález ICSID (NAFTA) ze dne 26. června 2003 ve věci Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America.
9. Rozhodčí nález ICSID (NAFTA) ze dne 18. září 2009 ve věci Cargill, Inc. v. Mexico.

10. Částečný rozhodčí nález UNCITRAL (NAFTA) ze dne 13. listopadu 2000 ve věci S. D. Myers v. Canada.
11. Rozhodnutí UNCITRAL (NAFTA) o nárocích druhé fáze řízení (Award on Merits of Phase 2) ze dne 10. srpna 2001 ve věci Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada.
12. Rozhodčí nález UNCITRAL (NAFTA) ze dne 26. ledna 2006 ve věci International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States.
13. Rozhodčí nález UNCITRAL (NAFTA) ze dne 8. června 2009 ve věci Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America.
14. Rozhodnutí UNCITRAL (NAFTA) o pravomoci a přípustnosti ze dne 17. března 2015 ve věci Bilcon of Delaware et. al v. Canada.
15. Rozhodnutí ICSID (ECT) o pravomoci a přípustnosti ze dne 30. listopadu 2012 ve věci Electrabel S.A. v. Republic of Hungary.
16. Rozhodčí nález ICSID (ECT) ze dne 25. listopadu 2015 ve věci Electrabel S.A. v. Republic of Hungary.
17. Rozhodnutí tribunálu ICSID o námitkách k pravomoci ze dne 25. ledna 2000 ve věci Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain.
18. Rozhodčí nález ICSID ze dne 30. srpna 2000 ve věci Metalclad Corporation v. the United Mexican States.
19. Rozhodčí nález ICSID ze dne 29. května 2003 ve věci Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United States of America. Rozhodčí nález ICSID ze dne 25. května 2004 ve věci MTD Chile S.A. et. al. v. Republic of Chile.
20. Rozhodčí nález ICSID ze dne 26. července 2006 ve věci Tokios Tokelés v. Ukraine.
21. Rozhodčí nález ICSID ze dne 13. září 2006 ve věci Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary.
22. Rozhodnutí ICSID o pravomoci a přípustnosti ze dne 3. října 2006 ve věci LG&E v. Argentina.
23. Rozhodčí nález ICSID ze dne 17. ledna 2007 ve věci Siemens A.G. v. The Argentine Republic.
24. Rozhodčí nález ICSID ze dne 25. července 2007 ve věci LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic.

25. Rozhodčí nález ICSID ze dne 11. září 2007 ve věci Parkenings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania.
26. Rozhodčí nález ICSID ze dne 27. srpna 2008 ve věci Plarna Consortium Limited v. Republic of Bulgaria.
27. Rozhodčí nález ICSID ze dne 5. září 2008 ve věci Continental Casualty Company v. The Argentine Republic.
28. Rozhodčí nález ICSID ze dne 8. října 2009 ve věci EDF (Services) Limited v. Romania.
29. Rozhodnutí ICSID o pravomoci a přípustnosti ze dne 14. ledna 2010 ve věci Joseph Charles Lemire v. Ukraine.
30. Rozhodčí nález ICSID ze dne 31. října 2011 ve věci El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic.
31. Rozhodnutí ICSID o pravomoci a příslušnosti ze dne 22. května 2012 ve věci Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada.
32. Rozhodčí nález ICSID ze dne 5. října 2012 ve věci Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador.
33. Rozhodčí nález ICSID ze dne 8. srpna 2013 ve věci Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova.
34. Rozhodčí nález ICSID ze dne 4. dubna 2016 ve věci Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela.
35. Rozhodčí nález ICSID ze dne 8.7.2016 ve věci Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay.
36. Stanovisko rozhodce Gary Borna ze dne 28. června 2016 ve věci Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay.
37. Prozatímní rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 26. června 2000 ve věci Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada.
38. Částečný rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 13. září 2001 ve věci CME Czech Republic BV v. The Czech Republic.
39. Rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 1. července 2004 ve věci Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador.

40. Částečný rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 17. března 2006 ve věci Saluka Investments BV v. The Czech Republic.
41. Rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 2. srpna 2010 ve věci Chemtura Corporation v. Government of Canada.
42. Rozhodčí nález UNCITRAL ze dne 27. června 2016 ve věci Peter A. Allard v. The Government of Barbados.

SHRNUTÍ

Ochrana mezinárodních investic je dynamickým oborem mezinárodního práva. Jeho vývoj je ovlivněn především zájmem investorů a jejich domovských států na co nejvyšší úrovni ochrany a maximalizaci zisku. Tato diplomová práce poukazuje na zásadní oblasti ochrany, ve kterých tyto zájmy kolidují se právem hostitelských států na účinnou regulaci podnikání. Jsou v ní analyzovány hmotněprávní standardy ochrany investic a jejich použití v investiční arbitráži v souvislosti s nediskriminačními státními zásahy do investice, provedenými v dobré víře.

Globalizace a liberalizace obchodu přinesly nejen prudký nárůst množství přímých zahraničních investic a také stále nekončící růst počtu sporů řešených v arbitráži pomocí systému ISDS. Rozhodovací praxe zatím není ustálená ve výkladu jednotlivých smluvních klauzulí a jejich hranic s regulačními pravomocemi. Materiálním důvodem je především nejednotnost jejich vyjádření ve smlouvách o ochraně a podpoře investic. Dále se projevují rozdíly v rozhodování institucionálních tribunálů a tribunálů ustanovených ad hoc.

Iniciativu k ustálení rozhodovací praxe a zajištění suverénního práva na regulaci přebírají opět státy jako tvůrci mezinárodního práva. Úpravou smluv chtějí docílit především stavu, kdy nebudou závazky z těchto smluv klást nepřiměřené nároky na právní stabilitu, zejména v oblasti obecně závazných předpisů.

SUMMARY

International investment protection is a dynamic field of international public law. Its development is influenced mostly by concern of investors and their home states to get the highest protection possible and to maximize profits. This thesis points out fundamental fields of protection, where this concern collides with states' regulatory powers. It analyses substantive standards of protection and their application in investment arbitration, in disputes raised on non-discriminatory, bona fide regulatory measures.

Globalization and commercial liberalization caused not only rapid growth of international investment, but also growth of investment disputes solved by ISDS. There's still barely any stable case law for interpretation of standards of protection and their frontiers with regulatory powers. One of the main reasons is difference of standards in many treaties. Other issue is difference in decision making of institutional and ad hoc tribunals.

States, as creators of international public law, have taken the steps to specification of standards, to lay down some of the boundaries of regulatory powers. Changes in IIAs should lead to limit the risks of regulatory measures being considered as violation of IIA by arbitral tribunals. This concern applies especially for investor's expectations raised on general norms. There will not be probably any massive wave of withdrawals from ISDS mechanism in near future due to past tribunals decisions against states, but continuous changes in IIAs wording are expectable.

Klíčová slova	Key words
ochrana investic	investment protection
zahraniční investice	foreign investment
rozhodčí řízení	arbitration
spor	dispute
mezinárodní smlouva	international treaty
dvoustranná dohoda o ochraně investic	bilateral investment treaty
standard ochrany	standard of protection
oprávněná očekávání	legitimate expectations
standard spravedlivého a rovnoprávného zacházení	fair and equitable treatment
minimální standard zacházení	minimal standard of treatment
nepřímé vyvlastnění	indirect expropriation