

Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta

Petr Strakoš

**Podnikání zahraničních osob v ČR se zřetelem na
mezinárodní ochranu investic**

Diplomová práce

Olomouc 2013

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma Podnikání zahraničních osob v ČR se zřetelem na mezinárodní ochranu investic vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 29. března 2013

Petr Strakoš

Poděkování

Chtěl bych tímto poděkovat vedoucímu této diplomové práce Mgr. Michalu Černému, Ph.D. za jeho cenné rady a připomínky při vedení diplomové práce. Dále bych chtěl poděkovat svým blízkým za jejich podporu při psaní práce i v průběhu studia.

Obsah práce

Obsah práce	4
Seznam použitých zkratk	6
Úvod.....	7
1 Vývoj právní úpravy podnikání a ochrany investic cizích osob na území České republiky	9
1.1 <i>Historický vývoj právní úpravy po současnost.....</i>	9
1.2 <i>Současná právní úprava.....</i>	12
1.2.1 Ústava a Listina základních práv a svobod.....	12
1.2.2 Další právní předpisy	13
2 Zahraniční osoby.....	15
2.1 <i>Povaha právních norem ve vztahu k zahraničním osobám.....</i>	15
2.1.1 Normy cizineckého práva.....	15
2.1.2 Kolizní normy a jejich význam u zahraničních osob	16
2.2 <i>Definice zahraniční osoby.....</i>	16
2.2.1 Zahraniční fyzické osoby a jejich subjektivita	17
2.2.2 Zahraniční právnické osoby a další subjekty	18
2.3 <i>Lex societatis.....</i>	20
2.3.1 Osobní stav a státní příslušnost zahraničních osob	20
2.3.2 Obecná pravidla určení osobního stavu	20
2.4 <i>Cizinecké režimy.....</i>	22
3 Formy podnikání zahraničních osob.....	24
3.1 <i>Pojmy podnikání, podnikatel a podnik ve vztahu k zahraničním osobám.....</i>	24
3.1.1 Podnikání	24
3.1.2 Podnikatel.....	25
3.1.3 Podnik a organizační složka podniku	26
3.2 <i>Podnikání zahraničních fyzických osob.....</i>	27
3.3 <i>Podnikání zahraničních osob prostřednictvím podniku nebo jeho organizační složky</i>	28
3.4 <i>Majetková účast zahraničních osob v české právnické osobě.....</i>	29
3.5 <i>Svoboda usazování a volný pohyb služeb se zřetelem k právu EU.....</i>	31
3.5.1 Právní základ svobody usazování a pohybu služeb.....	31

3.5.2	Judikatura Soudního dvora EU v oblasti usazování společností	33
3.5.3	Přemístění sídla zahraniční společnosti do České republiky	36
3.5.4	Sekundární svoboda usazování a volný pohyb služeb	38
4	Investice a jejich ochrana.....	39
4.1	<i>Pojem investice.....</i>	39
4.1.1	Investice ve vnitrostátním právu ČR.....	41
4.1.2	Investice v mezinárodním právu.....	42
4.1.3	Investice v právu EU	44
4.2	<i>Právní úprava ochrany investic</i>	44
4.2.1	Prameny ochrany investic.....	44
4.2.2	Intrakomunitární a extrakomunitární BIT	46
4.3	<i>Pojem podpory a ochrany investic</i>	47
5	Řešení sporů z investic	48
5.1	<i>Pojem investičních sporů.....</i>	48
5.2	<i>Modely řešení sporů</i>	48
5.2.1	Rozhodování Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic	49
5.2.2	Rozhodování v rozhodčím řízení.....	51
5.2.3	Unijní aspekty rozhodování sporů.....	52
5.2.4	Spory mezi státy	53
	Závěr.....	54

Seznam použitých zkratek

- ABGB Zákon č. 946/1811 Sb. z. s., Všeobecný zákoník občanský (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch)
- AHGB Zákon č. 1/1863 ř. z., Všeobecný zákoník obchodní (Allgemeines Handelsgesetzbuch)
- BIT Dvoustranné dohody o vzájemné podpoře a ochraně investic (Bilateral Investment Treaties)
- ČR Česká republika
- EP Evropský parlament
- EU Evropská unie
- FMZV Federální ministerstvo zahraničních věcí ČSSR/ČSFR
- FO Fyzická osoba
- ICSID Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic
- MZV Ministerstvo zahraničních věcí ČR
- NOZ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
- NZMPS Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém
- ObZ Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- OZ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- PO Právnícká osoba
- PřemZ Zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev, ve znění pozdějších předpisů
- SFEU Smlouva o fungování Evropské unie
- SRO Společnost s ručením omezeným
- WTO Světová obchodní organizace (World Trade Organization)
- WÚ Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (tzv. Washingtonská úmluva)
- ZMPS Zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů
- Listina Ústavní zákon č. 2/1993 Sb. o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součástí ústavního pořádku ČR
- ŽZ Zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání
- ZOK Zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích

Úvod

„Obchodní život nezná hranic.“

V právu najdeme jen málokdy problematiku, jež by díky globalizaci obchodu ingerovala do tolika právních odvětví a přesto zůstávala stále v mnoha bodech nevyjasněná, jako právě problematika přeshraničního podnikání subjektů a z toho vyplývající ochrana jejich investic. Zamyslíme-li se proč tomu tak je, můžeme dojít k závěru, že je to zejména právě víceoborovost tématu a nejasný směr, jak tyto situace řešit. Shora uvedený citát prof. Malovského-Weniga má dle mého názoru dvě roviny chápání obchodu a obchodního života. Jednou z nich je, že obchod nezná hranic mezi státy.¹ Druhou, ryze právní rovinou, kterou v něm lze spatřovat je, že obchod nezná hranic mezi právními odvětvími. Obchodní právo má tedy již ze své podstaty dánu internacionální povahu a ačkoliv bývá všeobecně chápáno jako odvětví soukromoprávní, nalezneme v něm často i normy práva veřejného (v současném ObZ např. úprava obchodního rejstříku, účetnictví podnikatelů či hospodářské soutěže).²

Téma podnikání zahraničních osob a ochrany jejich kapitálu používaného na území ČR je dle mého názoru stále aktuální a vyžaduje velkou pozornost, neboť v poslední době můžeme sledovat trend hledání nových podnikatelských aktivit či zefektivňování stávajícího podnikání. Jedním z významných faktorů může být právě efektivní plánování místa podnikání, které může podnikateli zajistit využívání levnější pracovní síly, surovinových zdrojů, nižší administrativní zátěže či výhodnějšího daňového prostředí. I když je možné konstatovat, že se s případnými problémy praxe vždy nakonec vypořádá, nebývá toto řešení vždy ideální zejména s ohledem na právní jistotou zúčastněných subjektů. O tom, že nejde o problém čistě akademický, svědčí i bohatá judikatura Soudního dvora Evropské unie³ v oblasti přemístění sídla obchodních společností do jiného členského státu EU či arbitráže vedené proti České republice pro nedodržení závazku ochrany investic. Mezi mediálně známé patří kauza japonské společnosti NOMURA či televize Nova nebo zamýšlenou arbitráž Sdružení mezinárodních investorů v oblasti fotovoltaické energetiky kvůli údajnému

¹ K mezinárodní povaze obchodu pohledem prof. Malovského-Weniga srov. MALOVSKÝ-WENIG, Arnošt. *Příručka obchodního práva*. 1. vydání. Praha: Československý kompas, 1947, s. 3 – 5.

² srov. např. Důvodová zpráva k zákonu č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník. K příkladům pak PELIKÁNOVÁ, Irena. *Obchodní právo*. 2. přepracované vydání. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2010, s. 23.

³ Např. rozhodnutí Soudního dvora ve věcech Daily Mail, Überseering, Centros, Inspire Art.

retroaktivnímu zdanění výnosů solárních elektráren.⁴ Mezi problematické instituty můžeme zařadit nejednotnost teorií pro určení osobního stavu právnických osob, definici pojmu investice a mezinárodní investiční smlouvy mezi členskými státy EU.

Ke studiu těchto nejasných částí existuje četná literatura renomovaných autorů, mezi nimiž můžeme zmínit prof. Šturmu, ze zahraničních pak prof. Sornarajaha. Jejich díla se zaměřují především na problematiku investic. Bližší vztah umístování majetku cizinců za účelem podnikání a jeho ochranu popisuje Kurs mezinárodního ekonomického práva prof. Balaše či některé články prof. Bělohávkova.

Cílem této práce je tedy kromě uvedení do problematiky podnikání zahraničních osob a ochrany jejich investic, či definic základních pojmů a teorií, také porovnání současnou českou právní úpravu s právní úpravou *de lege ferenda*, zejména s ohledem na rekonstrukci soukromého práva, zhodnotit vliv práva EU na české právní normy v této oblasti a navrhnout další možné změny *de lege ferenda* ať už formou vnitrostátní či globální právní úpravy, ale zejména poukázat na úzké propojení podnikatelské činnosti cizinců a ochrany k tomu používaného kapitálu. Účelem zde není poskytnout vyčerpávající výklad dané problematiky, neboť by to významným způsobem překračovalo jak rozsah této diplomové práce.

Použití vědeckých metod v této práci závisí vždy na povaze řešené problematiky (kapitoly). Zejména v úvodní kapitole, jež shrnuje historický vývoj podnikání cizích subjektů a mezinárodního investování je použita metoda deskriptivní. V dalších částech se objevuje analytická činnost a komparace staré a nové právní úpravy. Vzhledem k povaze tématu nebylo možné se v práci úplně vyhnout deskripci, zejména u komentování jednotlivých právních norem.

Práce je rozdělená do pěti kapitol, přičemž snahou autora je téma postupně rozvíjet. Úvodní část proto nabízí historický exkurz a vymezení právních pramenů. Druhá kapitola se pak začíná věnovat samotnému tématu práce a to vymezením povahy právních norem užívaných ve vztahu k zahraničním osobám, pojmem zahraničních osob a jejich státní příslušností a subjektivitou. Ve třetí části je diplomová práce zaměřena na vlastní podnikatelskou činnost zahraničních osob. V další části se pak čtenář seznámí s ochranou investic pomocí českého práva a práva evropského. Obsahem předposlední kapitoly jsou možnosti obrany proti zásahům do majetku cizinců.

⁴ IPVIC. *Mezinárodní solární arbitráže: Už ne jen hrozba, ale realita* [online]. Rána na solar, 10. května 2012 [cit. 15. února 2013]. Dostupné z: <<http://www.ranasolar.cz/2012/05/10/mezinarodni-solarni-arbitraze-uz-ne-jen-hrozba-ale-realita/>>.

1 Vývoj právní úpravy podnikání a ochrany investic cizích osob na území České republiky

1.1 Historický vývoj právní úpravy po současnost

Před samotným výkladem podnikání zahraničních osob a ochrany investic na území České republiky je vhodné se alespoň krátce poohlédnout do minulosti a přiblížit si některé významné historické aspekty dále řešené problematiky, které v mnoha případech mohou napomoci v orientaci a pochopení tématu v jeho širších souvislostech.

Obchod je starý jako lidstvo samo a netřeba dodávat, že byl často i významným hybatelem dějin. Byl to právě rozvoj mezinárodních obchodních transakcí, který vedl ve 3. stol. př. n. l. ke vzniku *ius gentium*, jež římské právo obohacovalo o nové normy pro řešení (zejména obligačních) poměrů mezi Římany a neřímskými občany (peregriny). Pozdější středověké pojetí vycházelo zejména z propracovaného systému italských městských států⁵, z něhož se více či méně čerpalo i na našem území až do první velké obchodněprávní kodifikace v roce 1863, jíž byl Všeobecný zákoník obchodní (AHGB).

Tento zákon byl spolu s Obecným zákoníkem občanským (ABGB) a dalšími právními normami recipován do českého právního řádu zákonem č. 11/1918 Sb. a v prvorepublikovém Československu⁶ tvořil spolu s dalšími zákony základní soukromoprávní úpravu podnikání, jež se dotýkala i zahraničních osob, nazývané tehdy cizozemci⁷. Kromě zmíněných kodifikačních úprav byly však přejaty i jiné právní předpisy, jež se věnovaly cizozemským osobám či společnostem. Namátkou můžeme uvést zejména akciový regulativ⁸, či zákon č. 58/1906 ř. z., o společnostech s omezeným ručením, jež problematice cizozemského podnikání společností s ručením omezeným věnuje dokonce celou hlavu VI. (tj. §§ 107 - 114). Ve třicátých letech byla připravována nová kodifikace obchodního práva, která měla obsahovat i ustanovení věnující se obchodním společnostem, avšak pomnichovské události roku

⁵ PELIKÁNOVÁ: *Obchodní právo...*, s. 35.

⁶ Na území Slovenska platil uherský obchodní zákoník z roku 1875, na území Hlučínska německý obchodní zákoník z roku 1897, od roku AHGB jako v zemích České a Moravskoslezské. (srov. MALOVSKÝ-WENIG: *Příručka...*, s. 6 - 19.)

⁷ Srov. např. § 35 – 37 zákona č. 946/1811 Sb. z. s., Všeobecný zákoník občanský.

⁸ Nařízení ministerstva vnitra, financí, obchodu, práv a orby č. 175/1899 ř. z.

1938 a pozdější vypuknutí druhé světové války tyto práce de facto ukončily.⁹ Co v právním řádu ČSR nenacházíme, jsou právní normy o ochraně investic. Pojem investice v dnešním smyslu sice v té době nacházíme, avšak většinou ve formě investic evropských mocností do kolonií, jež však přejímaly právo svých ovládajících zemí a zejména z tohoto důvodu tehdy nevyvstala potřeba jejich mezinárodní ochrany. Pokud však státy investovaly do nezávislých území, zajišťovala se ochrana investic zřízením protektorátu, jež na dané části území „hostitelského státu“ zajišťoval právní režim investora.¹⁰

Poválečná doba přinesla zprvu naděje na obnovu původního stavu, kdy ještě v roce 1947 polemizoval prof. Malovský-Wenig o vztahu obchodu a práva hospodářského a obchodním právu jako komercializovaném právu občanském.¹¹ Po únorových událostech roku 1948 však začalo docházet k destrukci soukromoprávní úpravy, jež vyvrcholila zrušením ABGB i AHGB a tzv. „sjednocením“ soukromého práva zákonem č. 141/1950 Sb., tzv. středního občanského zákoníku. Základem vývoje příštích 40 let se staly sovětské ideje projevující se likvidací soukromého vlastnictví, podnikatelské činnosti soukromých osob, znárodňováním podniků a tedy nahrazení práva obchodního právem hospodářským.¹² Totalitní režim si však uvědomoval, že nemůže zůstat izolován či orientován pouze na obchod se Sovětským svazem či jeho satelity. Podnikání jakýchkoliv zahraničních osob na našem území nebylo sice možné, existovala však řada nástrojů, jež byly výhradně zaměřeny na zahraniční obchod. Počátkem 60. let tak byly přijaty nové předpisy se vztahem k této oblasti, z nichž za zmínku stojí zákon č. 99/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, zákon č. 101/1963 Sb. o právních vztazích v mezinárodním obchodním styku (tzv. zákoník mezinárodního obchodu), dále zákon č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník a zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, prvně a posledně jmenovaný zákon platí (samozřejmě v pozměněné podobě) dodnes. Podnikání bylo realizováno zejména prostřednictvím socialistických organizací, národních podniků a podniků zahraničního obchodu.

První zárodky podnikání zahraničních osob na našem území v době komunismu přinesl zákon č. 42/1980 Sb., o hospodářských stycích se zahraničím. Jeho význam

⁹ ELIÁŠ, Karel a kol. *Kurs obchodního práva: Obecná část, soutěžní práva*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007. str. 43.

¹⁰ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *International law of foreign investment*. 2. vydání. New York: Cambridge University Press. 2004. s. 18 – 22.

¹¹ MALOVSKÝ-WENIG: *Příručka...*, s. 2 – 3.

¹² srov. např. PELIKÁNOVÁ: *Obchodní právo...*, s. 80 – 106.

spočívá v úpravě organizace, řízení a kontroly zahraničně hospodářské činnosti, jejich formách, zřizování tzv. zastupitelství zahraničních osob na území ČSSR, zřizování organizačních složek československých právnických osob v zahraničí a další aspekty zahraničního podnikání.¹³ V zákoně byla vymezena zahraniční osoba, jako fyzická či právnická osoba, jež nemá bydliště či sídlo na území ČSSR. Zahraniční osoby mohly podnikat na území ČSSR jen na základě povolení formou tzv. zastupitelství zahraničních osob. Zajímavostí je, že tento zákon je účinný dodnes a má být zrušen, v souvislosti s rekodifikací soukromého práva, od 1.1.2014. Otázka zahraničních investic nebyla v ČSSR právně zakotvena žádným způsobem až do roku 1985, kdy federální vláda umožnila první přímé zahraniční investice, avšak ty byly vázány na souhlas Federálního ministerstva financí. Tento stav byl uzákoněn až zákonem č. 173/1988 Sb., o podniku se zahraniční majetkovou účastí. První dvoustrannou smlouvu o podpoře a ochraně investic uzavřela ČSSR s Belgií v roce 1989, tedy 30 let poté co byla uzavřena první takováto dohoda na světě a to mezi Německem a Pákistánem.¹⁴

Po roce 1989 začalo docházet k postupné rehabilitaci soukromého práva jednak přijetím nových zákonů, jež umožňovaly soukromé podnikání občanů, novelizací hospodářského zákoníku, jež nově upravoval obchodní společnosti a soukromé vlastnictví. Již v té době bylo jasné, že český (tehdy ještě československý) právní řád bude potřebovat důkladné přepracování. K úspěchům z obchodního hlediska můžeme přiřadit přijetí obchodního zákoníku a živnostenského zákona, v oblasti investic pak uzavírání mezinárodních smluv o ochraně a podpoře investic a částečně snad i vstup do Evropské unie. Naproti tomu neúspěchem skončila v 90. letech příprava nového občanského zákoníku. Teprve v této době byla změna alespoň legislativně dokončena a to přijetím nového občanského zákoníku (zák. č. 89/2012 Sb.), jakožto hlavního soukromoprávního kodexu. Spolu s ním byl přijat zákon č. 90/2012 Sb. o obchodních korporacích a zákona č. 91/2012 Sb. o mezinárodním právu soukromém. Vzhledem k délce přípravy a rozsahu se zákony mohou na první pohled jevit jako kvalitně zpracované, jejich faktický přínos však dle mého názoru ukáže až každodenní praxe.

¹³ Srov. § 1 zákona č. 42/1980 Sb., o hospodářských stycích se zahraničím, ve znění zák. č. 42/1980 Sb. účinném od 1.7. 1980.

¹⁴ BĚLOHLÁVEK, Alexander. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010. s. 1 - 2.

1.2 Současná právní úprava

1.2.1 Ústava a Listina základních práv a svobod

Podíváme-li se v úvodu do Ústavy, jakožto základního zákona ČR, zjistíme, že v otázce podnikání, zahraničních osob či ochrany investice Ústava samotná, žádné ustanovení přímo neobsahuje. Můžeme však dovést nepřímý vztah některých ustanovení hlavy první. Příkladem může být čl. 2 odst. 4 Ústavy, který říká, že *„Každý občan může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“* Touto normou zákonodárce vymezuje svobodný prostor člověka, jenž limituje z různých důvodů zákonnými překážkami. I přesto, že se zde hovoří o občanu, není pochyb o tom, že jde i o ostatní osoby, které nejsou s ČR ve státoobčanském svazku.¹⁵ Ve vztahu k podnikání se toto projevuje různými omezeními dle účelu, který se tím má dosáhnout. Zákonodárce proto některá jednání úplně zakazuje (např. neoprávněné podnikání, nekalá soutěž), jiná *podmiňuje buď nějakou formou ohlášení státnímu orgánu či přímo předpokládá před zahájením (kvalifikovaného) jednání vydání povolovacího aktu příslušným státním orgánem.*¹⁶ V tomto případě se jedná o zápis podnikající právnické osoby do obchodního rejstříku, získání živnostenského oprávnění či koncese, apod. Výše citované ustanovení však zakotvuje i tzv. princip právní jistoty, u něhož nacházíme dvě složky – efektivní ochranu práv jednotlivce státem a věrohodnost státu při plnění svých závazků¹⁷. Tyto složky ve spojení s čl. 2 odst. 3 Ústavy¹⁸ hrají bezesporu významnou roli při sjednávání mezinárodních investic a pro investora představují vysokou záruku ochrany jeho kapitálu.

Ochrana investic, jak bude řečeno dále, se v současnosti zajišťuje zejména prostřednictvím bilaterálních mezinárodních smluv o podpoře a vzájemné ochraně investic (tzv. Bilateral Investment Treaties – BIT), z tohoto důvodu nelze opomenout článek 10, jež prohlašuje tyto smlouvy za součást právního řádu ČR a zakotvuje jejich aplikační přednost před zákonem.

Ústavu, resp. ústavní pořádek jako takový, doplňuje o ochranu podnikání a investic zejména Listina základních práv a svobod. Jde-li o nepřímý vztah, je potřeba

¹⁵ SLÁDEČEK, Vladimír a kol. *Ústava České republiky: komentář*. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2007. s. 27.

¹⁶ Tamtéž, s. 26.

¹⁷ Tamtéž.

¹⁸ Čl. 2 odst. 3 Ústavy ČR: *„Státní moc slouží všem občanům a lze ji uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon.“*

zmínit čl. 4, zejména odstavec 1, 3 a 4.¹⁹ Za ústavní základ podnikání lze bezesporu považovat čl. 26, který praví, že „každý má právo na svobodnou volbu povolání..., jakož i právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost.“ Svoboda podnikání je samozřejmě omezena splněním zákonných předpokladů, jak vyplývá jednak z výše citovaných ustanovení Ústavy, tak čl. 26 odst. 2 Listiny.

Investice mají většinou formu nákupu či výstavby nemovitostí či jiných věcí, proto za základ jejich ochrany lze považovat čl. 11 odst. 1 LZPS, jakožto právo každého vlastnit majetek, a pak také odst. 4 omezující vyvlastnění (či jiné omezení vlastnického práva) jen na případy veřejného zájmu, na základě zákona a za náhradu. Konkrétní úpravu vyvlastnění obsahují speciální zákony.²⁰

Listina také v čl. 42 odst. 2 výslovně stanoví, že veškerá práva v ní obsažená se vztahují i na cizince a na ústavní úrovni tak zakotvuje pro cizince národní režim. Tento režim je pak dále rozvinut i v normách nižší právní síly.

1.2.2 Další právní předpisy

Vymezení podnikání zahraničních osob a ochrany jejich investic je rozseto do mnoha různých zákonů, mezinárodních smluv a evropských předpisů, jejichž výčet je téměř nemožné provést, pokusíme se tedy vymežit ty nejdůležitější. Právní úpravu podnikání primárně nacházíme v zákonu č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, dále pak dle předmětu podnikání v zákoně č. 455/1991 Sb. o živnostenském podnikání či zákonech upravujících tzv. svobodná povolání (např. zákon 85/1996 sb., o advokacii).

Přeshraniční aspekty podnikání jsou regulovány evropským právem. Na primární rovině stojí za zmínku zejména Smlouva o fungování Evropské unie, v oblasti sekundárního práva jde o řadu evropských směrnic. Za všechny uveďme alespoň směrnici 2006/123/ES o službách na vnitřním trhu, směrnicí 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států a směrnice 2005/36/ES o uznávání odborných kvalifikací. Vzhledem ke členství ČR v EU je jejich obsah součástí vnitrostátního práva

¹⁹ Čl. 4 Listiny: (1) Povinnosti mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod.

...

(3) Zákonná omezení základních práv a svobod musí platit stejně pro všechny případy, které splňují stanovené podmínky.

(4) Při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.

²⁰ Jde zejména o zákon č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění) a zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník.

v obchodním zákoníku či nově v zákoně č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev.

Otázky ochrany investic nacházíme většinou v mezinárodních smlouvách, avšak i v českém právu se vyskytují některé jejich prvky. Významné je v tomto směru ustanovení § 25 obchodního zákoníku, dále zákon 72/2000 Sb., o investičních pobídkách či zákon 47/2002 Sb., o podpoře malého a středního podnikání. Jde-li o mezinárodní smlouvy, ty mají nejčastěji formu dvoustranných dohod o ochraně a podpoře investic (BIT). Vedle BIT jsou uzavírány mnohostranné smlouvy, které mají většinou univerzální povahu. Mezi takové smlouvy, jimiž je ČR vázána, můžeme zahrnout například Úmluvu o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států z roku 1965 (tzv. Washingtonská úmluva, či ICSID)²¹, Úmluvu o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky (tzv. Soulskou úmluvu)²² z roku 1985 či Dohodu k energetické chartě z roku 1994,²³ dále Dohodu o obchodních aspektech investičních opatření (TRIMS), Dohodu o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví (TRIPS).²⁴ Také evropské právo promlouvá do problematiky ochrany investic a to v současnosti zejména prostřednictvím článků SFEU o svobodě usazování a volném pohybu kapitálu.

Jak jsem však již uvedl, jedná se pouze o základní přehled předpisů, jež má poskytnout základní orientaci v dále rozvíjené problematice. V textu se pak mohou dále vyskytnout konkrétní zákony, podzákoné předpisy, evropské nařízení či jiné právní dokumenty. Nepovažuji za nutné zde uvádět jejich širší výčet, a proto přistoupím v následujícím textu k rozvíjení samotného tématu této diplomové práce.

²¹ Sdělení FMZV č. 420/1992 Sb.

²² Sdělení FMZV č. 500/1992 Sb.

²³ Sdělení FMZV č. 372/1999 Sb.

²⁴ Obě dohody jsou závazné pro všechny členy WTO, jako nedílná součást Dohody o zřízení WTO. (Sdělení MZV č. 191/1995 Sb.)

2 Zahraniční osoby

Východiskem obecné právní úpravy osob je v ČR základní kodex soukromého práva a to občanský zákoník (OZ), přičemž úpravu zahraničního (cizineckého) prvku u osob v obecné rovině nacházíme zejména v ustanovení § 32 a násl. zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním (ZMPS). Chceme-li se zaměřit na podnikatelskou činnost těchto osob, nacházíme také ji také v zákoníku obchodním (ObZ). Je proto nutné na první pohled roztržštěnou úpravu správně kategorizovat, což nám napomůže i v její praktické aplikaci. Jde-li o určení, kdo je zahraniční osobou pro účely podnikání, naprosto logickou úvahou budeme studiu podrobovat nejprve ustanovení ObZ, který je v tomto svou povahou *lex specialis* právě vůči ZMPS. Východisko pak nalzááme v hlavě druhé nazvané „Podnikání zahraničních osob“, kde obchodní zákoník vymezuje, kdo se za zahraniční osobu pro podnikatelské účely vůbec považuje. Zahraniční osoby jsou však v ObZ upraveny dvěma typy právních norem, jde o normy cizineckého práva a normy kolizní.

2.1 Povaha právních norem ve vztahu k zahraničním osobám

2.1.1 Normy cizineckého práva

Zcela vyčerpávající definici cizineckého práva nabízí prof. Kučera, když jej definuje jako „soubor právních norem, jež upravují postavení cizinců odchylně od postavení vlastních občanů“²⁵, tuto skutečnost označuje jako cizinecké právo v širším smyslu. Jde-li pak o normy, jež upravují toto postavení ve vztazích soukromoprávní povahy, jde o právo cizinecké v užším smyslu.²⁶ Pro účely této práce se budeme nadále zabývat pouze úžeji pojatým cizineckým právem. Pro další výklad je však nejdůležitější vymežit povahu těchto norem.

Vzhledem ke skutečnosti, že cizinecké normy nalzááme v českém právním řádu, obecněji řečeno ve vnitrostátním právním řádu dané země, není těžké odvodit jejich vnitrostátní charakter. Protože jejich použití je bezprostřední, tedy nezkoumáme, zda se příslušný právní vztah, jehož je cizinec účastníkem, řídí tuzemským nebo cizím právem, označujeme tyto normy jako přímé. Můžeme tedy uzavřít, že normy cizineckého práva jsou vnitrostátní přímé normy soukromého práva, dopadající na cizince pohybující se v rámci českého právního řádu. Jejich význam v obchodním

²⁵ KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. opravené a doplněné vydání. Brno: Doplněk, 2009. s. 227.

²⁶ Tamtéž.

právu spočívá zejména ve stanovení cizineckého režimu a případných odchylek z něj. Druhou důležitou skupinou norem jsou ustanovení kolizní.

2.1.2 Kolizní normy a jejich význam u zahraničních osob

Jestliže jsme ustanovení cizineckého práva vymezili jako v podstatě klasické trichonometrické hmotněprávní normy, jejichž jedinou zvláštností je, že jsou aplikovány výhradně na zahraniční subjekty, kolizní normy se liší již svou skladbou, z níž vyplývá také jejich jiná povaha. Kolizní normy totiž obsahují rozsah a navázání, jež má v sobě zahrnuto tzv. hraničního určovatele, tedy objektivní hledisko, určující, kterým právním řádem se daný vztah bude řídit. Tento určovatel může mít podobu konkrétní, například poloha nemovitosti, či méně konkrétní, jež vyžaduje náročnější interpretaci ad hoc.²⁷ Nutno podotknout, že cizím prvkem v rámci kolizních ustanovení nemusí být jen shledání osoby jako zahraniční (nesoucí určitý zahraniční prvek), ale také jiných prvků se vztahem k zahraničí.²⁸ Kolizní norma je pro účely podnikatelských aktivit zahraničních osob významná zejména pro určení *lex societatis*, to jest osobního stavu (statutu) právnické osoby.

Pro shrnutí můžeme konstatovat, že definiční (rozlišovací) znaky zahraničních osob poskytnou ustanovení práva cizineckého, naproti tomu vnitřní právní režim, tedy otázky spojené s interní organizací, možnosti jednání vůči třetím osobám a nároky jednotlivých společníků nalezneme ve vnitrostátních ustanoveních toho právního řádu, na který nás odkáže příslušná kolizní norma. Význam rozlišování kolizní a cizinecké právní úpravy se uplatní také při určování státní příslušnosti zahraničních právnických osob.

2.2 Definice zahraniční osoby

V podstatě nejvýznamnějším a zároveň nejproblematictějším pojmem podnikání zahraničních osob je právě právní definice, koho za takovou osobu můžeme považovat. Problémy působí zejména fakt neexistence jakéhokoliv jednotného pojmu cizince v českém právním řádu, a jak uvádí dr. Černý, interpretace pojmu se liší i v jednotlivých právních řádech²⁹. Označení osoby za tuzemskou či cizí je však významné zejména z hlediska povahy jednotlivých norem – některé se totiž použijí

²⁷ PELIKÁNOVÁ: *Obchodní právo...*, s. 496.

²⁸ K mezinárodnímu prvku srov. např. KUČERA: *Mezinárodní právo...*, s. 18. či PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2008. s. 29.

²⁹ ČERNÝ, Michal. In LOCHMANOVÁ, Ludmila. *Podnikání zahraničních osob v České republice*. 1. vydání. Olomouc: Hanex, 1998. s. 12 – 13.

pouze vůči osobám zahraničním (tzv. cizinecké normy). Pro účely podnikání³⁰ se použijí rozlišovací kritéria upravená v obchodním zákoníku zvláště pro fyzické a právnické osoby.

2.2.1 Zahraniční fyzické osoby a jejich subjektivita

Změny v pojmosloví³¹ fyzických osob zaváděné současnou rekonstrukcí soukromého práva se zahraničních osob nedotýkají. Bez výraznějších změn tedy zůstávají ustanovení o podnikání zahraničních osob. Současnou legální definici zahraniční fyzické osoby nalezneme v ustanovení § 21 odst. 2 obchodního zákoníku, který hovoří o zahraniční fyzické osobě jako o fyzické osobě, která má bydliště mimo území České republiky. Toto ustanovení doslova přebírá i nový občanský zákoník (NOZ) v ustanovení § 3024 odst. 1 a nezavádí tedy novou terminologii, kdy bychom tento subjekt nazývali např. prvorepublikovým označením „cizozemec“, „cizinec“. Tím se NOZ liší od nového zákona o mezinárodním právu soukromém (NZMPS), který pojem cizinec zavádí v ustanovení § 26 odst. 1 pro osoby s jiným než českým státním občanstvím. Bude tedy nutno rozlišovat, která ustanovení po rekonstrukci dopadají na cizince a které na zahraniční fyzické osoby.³² Hlavní změnou pro otázku podnikání tak zůstává přesun do NOZ v důsledku dekonstrukce obchodního práva a zařazení pod společná ustanovení. Rozhodující faktorem však zůstává kritérium bydliště na státním území České republiky.

Bydliště fyzické osoby je pojmem, který není v současnosti v soukromém právu legislativně zakotven. Teorií bývá vykládán, jako „*místo, kde se tato osoba trvale vyskytuje a k němuž jí poutají rodinné, event. pracovní svazky*“.³³ Z této teoretické koncepce vychází i znění ustanovení § 80 NOZ, které již bydliště definuje, jako *místo, kde se člověk zdržuje s úmyslem žít tam trvale, přičemž tento úmysl může vyplývat jak z jeho vlastního prohlášení, tak z okolností, za kterých je bydliště posuzováno*. Jak vyplývá z povahy NOZ jako *lex generalis* soukromého práva i z důvodové zprávy, jde o pojem použitelný pro účely soukromoprávní, nikoliv veřejnoprávní a neslouží

³⁰ Obchodní zákoník výslovně v § 21 odst. 2 uvádí sousloví „pro účely tohoto zákona“. Jiné právní předpisy mohou využívat jiných rozlišovacích kritérií.

³¹ Novinkou v této oblasti je legislativní zavedení pojmu „člověk“, namísto „fyzické osoby“. Při velké novele občanského zákoníku v roce 1991 byla potřeba nahradit pro soukromé právo zcela nevhodný termín občan, který je typický pro ústavněprávní rovinu, jiným pojmem. V té době převládlo mínění o použití pojmu fyzická osoba, rekonstrukce se nyní navrácí k, zcela jistě správnému, označení člověk.

³² V této práci jsou pojmy zahraniční fyzická osoba a cizinec, příp. cizozemec ze stylistických důvodů zaměňovány a neuplatní se tak rozlišování zaváděné rekonstrukcí soukromého práva, není-li to v textu přímo uvedeno.

³³ ELIÁŠ: *Kurs obchodního práva: obecná část...*, s. 93.

tedy pro účely evidence obyvatel, apod.³⁴ NOZ jde však v koncepci bydliště ještě dál, když stanoví právní fikci bydliště člověka, který skutečné bydliště nemá a to jako *místo, kde skutečně žije. Nelze-li toto místo zjistit, pak jde o místo, kde má majetek, či místo, kde měl bydliště naposledy*. Do nabytí účinnosti NOZ se u osoby, která má více bydlišť, či nemá žádné bydliště, určí její bydliště pomocí tzv. doplňkových kritérií a to zejména rodinné, právní či skutkové vazby.³⁵

Vše shora uvedené však neplatí bezvýjimečně. Do celé koncepce totiž promlouvá výrazně také evropské právo, se kterým se neslučovala povinnost zápisu zahraniční osoby do obchodního rejstříku z důvodu nerovnosti českých občanů s občany státu EU a EHP (čl. 49 SFEU). Proto byl zákonem č. 554/2004 Sb. do ustanovení § 21 přidán pátý odstavec, který zrovnoprávňuje tyto občany s českými a do rozlišování mezi tuzemskou a zahraniční osobou přibírá prvek státního občanství.

Určení toho, zda je osoba tuzemská či zahraniční však samo o sobě nedostačuje k zahájení podnikání. Pokud vyhodnotíme danou osobu jako zahraniční, je nutné zajistit uznání její právní subjektivity. Na tomto místě je potřeba připustit, že uznávání subjektivity u lidí nepůsobí v praxi větší problémy, neboť právní zakotvení uznání člověka jako subjektu práva nalezneme v každém lidskoprávním katalogu.³⁶ Jde-li o způsobilost právně jednat, na tu u fyzických osob použijeme kolizní normu obsaženou v ustanovení § 3 odst. 1 ZMPS, kdy použijeme právní úpravu dle státní příslušnosti člověka, dle odst. 2 však postačí, má-li ji dle českého práva. Po účinnosti rekodifikace bude tato kolizní norma nahrazena ustanovením § 29 odst. 1 a 2 NZMPS, kdy rozhodující nebude státní příslušnost, ale místo obvyklého pobytu člověka, postačí však, má-li ji podle místa, kde příslušné právní jednání činí. Podstatně komplikovanější úpravu nacházíme u osob právnických.

2.2.2 Zahraniční právnické osoby a další subjekty

Rozlišovacím kritériem mezi českou a zahraniční právnickou osobou je umístění jejího sídla. Oproti bydlišti u fyzické osoby je sídlo jednak právně vymezeno a právnická osoba jej vždy musí mít, je tedy jejím definičním znakem, který musí být

³⁴ ELLÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*. 1. vydání. Ostrava: Sagit, 2012. s. 62.

³⁵ POKORNÁ, Jarmila. *Obchodní zákoník: komentář*. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2009. s. 103.

³⁶ Srov. čl. 6 Všeobecné deklarace lidských práv: „Každý má právo na to, aby byla všude uznávána jeho právní osobnost.“ dále čl. 4 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv: „Nikdo nesmí být držen v otroctví nebo nevolnictví.“ v ČR také čl. 5 Listiny: „Každý je způsobilý mít práva.“

dle současného i nového občanského zákoníku uveden v zakladatelském právním jednání. Stávající OZ definoval sídlo do novelizace³⁷ ustanovení § 19c, jako *adresu, kde právnická osoba skutečně sídlí, tedy kde má umístěnu správu a kde se s ní může veřejnost stýkat*. V současnosti není toto místo občanským zákoníkem definováno. Naproti tomu však novelizované znění obsahuje projev zásady publicity, kdy se každý může dovolat skutečného sídla, pokud se liší od sídla zapsaného.³⁸ Na tomto místě tak rozlišuje sídlo zapsané (někdy též statutární či formální) a skutečné (zapsané, reálné či materiální). Skutečným sídlem je tedy místo skutečné správy společnosti. Úpravu sídla obsahoval dříve i ObZ, v ustanovení § 2 odst. 3, novelizací však byla úprava sídla vypuštěna, a nyní ji tedy obchodní kodex neobsahuje. Pokud je tedy nyní zapsané a skutečné sídlo stejné a nachází se v zahraničí, je určení zahraniční osoby jednoduché a v tomto případě jde o zahraniční osobu. V případě, že se však skutečné a zapsané sídlo liší, staví se odborná literatura za názor prof. Dědiče³⁹, že je potřeba dát přednost statutárnímu, tedy zapsanému sídlu. S tímto názorem se nelze než ztotožnit, kdy opačná koncepce by dle mého názoru do značné míry nabourávala právní jistotu účastníků příslušných právních vztahů.

České právo rozlišuje osoby pouze na fyzické a právnické. V jiných právních řádech se však nachází také subjekty, kterým cizí právo přiznává právní subjektivitu (ta často bývá v procesněprávní oblasti plná, v hmotněprávní omezená), nejsou ani fyzickými ani právnickými osobami, avšak mohou provádět podnikatelskou činnost. Jedná se například o rakouské či německé období veřejné obchodní společnosti.⁴⁰ Tento typ osob sice nenalzáme v definičním ustanovení § 21 odst. 2, avšak jejich existenci lze dovést s ustanovení § 22 obchodního zákoníku, jež řeší právní subjektivitu právě jiných osob než fyzických. Není tedy pochyb o tom, že i takový druh osoby je zahraniční osobou ve smyslu obchodního zákoníku a i takové osoby mohou v české republice podnikat a ani v praxi toto nepůsobí výraznější problémy. Je však s podivem, že se při rekodifikaci soukromého práva přejalo toto ustanovení bez zásadní změny a právní úprava ustanovení § 3024 odst. 1 NOZ nebyla změněna například přijetím formulace § 22 obchodního zákoníku „jiná než fyzická osoba“. Z uvedeného tedy vyplývá, že v české republice se za zahraniční osoby považují

³⁷ Novela provedena zákonem č. 215/2009 Sb.

³⁸ Ustanovení § 19c odst. 2 občanského zákoníku.

³⁹ POKORNÁ: *Obchodní zákoník...*, s. 104., k samotnému výkladu DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. Nový pohled na kolizní normy a reflexe kolizně relevantní judikatury ESD v českém právu společností. *Soudní rozhledy*, 2004, roč. 16, č. 10, s. 365.

⁴⁰ PELIKÁNOVÁ: *Obchodní právo...*, s. 525.

a) fyzické osoby s bydlištěm mimo území ČR (s odchylkami vyplývajícími z evropského práva) b) právnické osoby se sídlem mimo území ČR a c) další zahraniční právní subjekty, jež jsou založeny dle cizího právního řádu.

2.3 Lex societatis

2.3.1 Osobní stav a státní příslušnost zahraničních osob

Lex societatis (někdy také lex personalis či statut national) je česky překládán jako osobní statut (stav) společnosti. Jedná se o právní úpravu použitelnou na interní vztahy v konkrétní právnické osobě. Často se však tento pojem v praxi zaměňuje s pojmem státní příslušnosti. Toto zrovnoprávnění pojmů není přesné, neboť státní příslušnost můžeme u právnických osob, jak již bylo výše naznačeno, chápat ve dvou aspektech – cizineckém a kolizním. Ve smyslu cizineckém jde o nalezení příslušnosti k určitému státu a určení zda jde o tuzemskou či cizí osobu. Jde tedy v podstatě o postup popsany v kapitole 2.2.2. Ve smyslu kolizním se pak jedná o určení příslušnosti ke konkrétnímu státu a jeho právnímu řádu, a tedy v tomto případě můžeme hovořit o synonymu s osobním statutem. Zejména prof. Pauknerová se však domnívá, že toto spojování nemá v našem právním řádu oporu a je vhodnější a českému právu i bližší používání pojmu osobní statut.⁴¹ Hovoříme-li tedy o státní příslušnosti ta je v České republice nyní upravena právem cizineckým. Určení osobního stavu obecně nezaměňujeme s určením státní příslušnosti a najdeme jej upraveno právem kolizním v ustanovení § 22 obchodního zákoníku.

2.3.2 Obecná pravidla určení osobního stavu

Na světě existují tři hlavní definice či lépe kritéria pro určení národního režimu. Postupem času se vykrytalizovaly dva hlavní principy:

a) Prvním z nich je kritérium inkorporační. U tohoto kritéria je rozhodujícím faktorem skutečnost, podle kterého právního řádu byla právnická osoba založena (inkorporována). Dle prof. Hurdíka⁴² jde o kritérium primární, neboť je zakotveno v mezinárodním statutu právnických osob (Haagská konvence z 1. 6. 1956 o uznání právní subjektivity zahraničních společností, asociací a nadací, a v Bruselské konvenci z 25.2.1968 o vzájemném uznávání společností a právnických osob). Historicky vychází tento princip z common law a původně sloužilo k zajištění anglického

⁴¹ PAUKNEROVÁ, Monika. *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*. 1. vydání. Praha: Karolinum, 1998. str. 34.

⁴² HURDÍK, Jan. *Právnické osoby a jejich typologie*. 2. doplněné vydání. Praha: C.H. Beck, 2009. s. 90.

právního režimu společnostem působícím v koloniích. Dnes jej nalzáme i v ustanovení § 22 ObZ a tento princip přejímá i rekonifikace do ustanovení § 3024 NOZ a duplicitně i do ustanovení § 30 NZMPS. Vzhledem k vývoji směrem k prohlubování volného pohybu právnických osob je zachování tohoto principu jistě správné, neboť právní řád založení lze rychle určit a v případě přemístění sídla zůstávají vnitřní poměry v právnícké osobě nedotčeny. Na druhou stranu je nutno přiznat, že tato skutečnost může být využívána k účelovému zakládání společností v jiném státě, než ve státě ve kterém poté působí, z důvodu nižší právní regulace tzv. Delaware efekt či letter box companies⁴³, jimž se říká také pseudo-zahraníční společnosti, neboť jde materiálně o tuzemskou společnost, avšak formálně je tato společnost společností zahraniční.

b) Dalším z kritérií, je kritérium sídla, kdy právnícká osoba náleží tomu právnímu režimu, který dopadá na místo, kde se nachází její sídlo. V kontextu této zásady, zrozené německo-francouzskou právní praxí, hovoříme o sídlu skutečném, které však jako hraniční určovatel nebývá vykládáno vždy stejně. Prof. Pauknerová a prof. Dědič uvádějí zejména místo reálného řízení společnosti, vedení společnosti, místo kde jsou přijímána základní rozhodnutí či kde se nachází hlavní místo podnikání. Místo zapsané jako sídlo v zakladatelském dokumentu tak v tomto případě nehraje žádnou roli. Jak je patrné z výše uvedeného textu, největší problémy způsobuje samotné chápání sídla a dále pak uznání společnosti. Zahraniční společnost nebude ve státě, kde se uplatní teorie sídla vůbec uznána, což však narušuje volný pohyb takových osob. Na druhou stranu zabraňuje výše zmíněnému zakládání pseudo-zahraničních společností a chrání také osoby se vztahem ke společnosti, ať už jde o zaměstnance, akcionáře či společníky i věřitele – dovoluji si tedy uvést (v kontextu této diplomové práce), že by bylo možné tuto teorii považovat za jistý (zcela jistě však ne úplně dokonalý) druh vnitrostátní ochrany zahraniční investice. Prof. Hurdík uvádí, že toto kritérium, je svou povahou subsidiární ke kritériu inkorporačnímu, neboť není schopno reagovat na požadavek přemístění sídla.⁴⁴

⁴³ Letter box companies jsou společnosti, jež mají na určité adrese nahlášeno své sídlo a umístěnu poštovní schránku (letter box). Fakticky se však s nimi na daném místě nelze setkat či je toto setkávání velmi omezeno, např. předchozím dohodnutím schůzky. Výhodou jsou nízké náklady pro společnost, která v podstatě reálné zázemí nepotřebuje (internetové podnikání). Nevýhodou je pak snížená důvěryhodnost takové společnosti pro její zákazníky a obchodní partnery.

⁴⁴ HURDÍK: *Právnícké osoby a jejich typologie...*, s. 90.

c) Spíše pro doplnění je nutno uvést také poslední kritérium a to kritérium kontroly, které přiznává národní režim právnické osobě podle toho, ze kterého státu je tato právnická osoba či její kapitál fakticky řízena (kontrolována). Tento režim byl prosazen a uplatňován zejména v první polovině minulého století v důsledku válečných konfliktů. Princip kontroly totiž „*posuzuje nepřátelský charakter právnické osoby podle místa (státu), odkud je kontrolován kapitál právnické osoby nebo vedení právnické osoby.*“⁴⁵

Kromě výše uvedených tří teorií existují i další způsoby určování osobního stavu, jde například o převrstvovací teorii či diferenciační kritérium. Tato řešení však v podstatě pouze kombinují v různém poměru a vztahu teorie sídla a inkorporace a neřadíme je proto mezi základní kritéria určení osobního statutu právnických osob.

2.4 Cizinecké režimy

U zahraničních osob se často projevují různé odchylky, jež tyto subjekty zrovnoprávňují s tuzemskými osobami, či jim poskytují lepší či horší podmínky jejich podnikání. Tyto odchylky používají státy často kromě jiného k regulaci podnikání cizích osob na svém území i jako nástroj chránící jejich investice, ať už v užším či širším slova smyslu. Mezi takové právní regulativy patří národní režim, zvláštní režim a režim nejvyšších výhod. Někdy se k nim přidává i čtvrtý zvláštní režim a to svoboda pohybu osob a společností (a kapitálu) na vnitřním trhu EU.⁴⁶

Národní režim (někdy také označován jako princip formální reciprocity, národního zacházení či asimilace), označuje situaci, kdy se na podnikatelskou činnost zahraničních osob použijí stejné právní normy jako v případě osob českých. Právní vyjádření této zásady nalézáme obecně v ustanovení § 32 odst. 1 ZMPS, které praví, že cizinci mají v oblasti svých osobních a majetkových práv stejné postavení jako občané čeští, není-li stanoveno jinak. Pro účely podnikání cizinců je tato skutečnost navíc zdůrazněna v cizineckých normách § 21 odst. 1 (pro podnikatelskou činnost obecně) a 24 odst. 3 ObZ (pro případy majetkové účasti zahraničních subjektů v české společnosti). Jedná se tedy o rozvinutí a potvrzení národního režimu obsaženého ve výše zmiňovaném čl. 42 odst. 2 Listiny. Tento režim může být (a v ČR také je) modifikován jednak samotným ObZ (či jiným zákonem) či projevem reciproční zásady (vzájemnost) jež dává českému Ministerstvu zahraničních věcí možnost

⁴⁵ HURDÍK, Jan. *Právnické osoby: obecná právní charakteristika*. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2000. s. 155.

⁴⁶ ČERNÝ, Michal. In LOCHMANOVÁ: *Podnikání zahraničních osob...* s. 15.

nakládat s cizinci jinak, než s občany vlastními, pokud daný cizí stát také nakládá s českými občany (tj. pro něj občany cizími) jinak, než s občany vlastními.

V případě, že stát upraví podnikání pro zahraniční osoby odlišně, hovoříme o tzv. zvláštním režimu. V našem právním řádu jde například o úpravu danou živnostenským zákonem⁴⁷, a v minulosti třeba omezení nabývat nemovitosti dle devizového zákona⁴⁸. Není však nutné vždy, aby tyto osoby byly nějak diskriminovány, zvláštní režim může spočívat i ve zvýhodnění jejich stavu oproti osobám tuzemským. Tuto úpravu často nalézáme v podobě investičních pobídek státu vůči investorům v konkrétním odvětví. Častým způsobem takové pobídky ve formě zvláštního režimu jsou tzv. daňové prázdny, kdy je zahraniční podnikatel zvýhodněn na úkor českého podnikatele úplným či částečným odpuštěním daňové povinnosti. Jako příklad je možno uvést zavedení speciální slevy na dani z příjmu právnických osob na 10 let pro automobilku Hyundai v Nošovicích na Frýdecko-Místecku.⁴⁹

Státy se také často snaží zajistit stejné podnikatelské zázemí tak, že zrovnoprávní podmínky pro cizince s různých států a to tím způsobem, že zajistí poskytnout občanům jednoho cizího státu stejné výhody, jaké přiznávají občanům druhého cizího státu. Tento režim nejvyšších výhod může cizince zvýhodňovat i oproti tuzemským osobám a sjednává se na základě bilaterální mezinárodní smlouvy.

Vzhledem k našemu členství v EU se Česká republika stala také členem vnitřního trhu, na němž se uplatňuje svoboda pohybu a pobytu osob a jejich kapitálu. Vzhledem ke geografické poloze ČR se dá předpokládat, že její využívání bude velmi frekventované. Jejím požadavkem je totiž zrovnoprávnění podmínek podnikání českých občanů a občanů jiných členských států EU. Jedná se tedy v důsledku o speciální využití národního režimu právě pro tyto osoby. Více ke svobodě pohybu a zejména usazování společností je pojednáno v následující kapitole.

⁴⁷ Např. § 5 odst. 5, či § 8 odst. 5 zák. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁸ Např. § 5 odst. 5, či § 8 odst. 5 zák. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, v. z. p. a § 17 odst. 1 písm. c) a d) zákona č. 219/1995 Sb., devizový zákon, ve znění zákona 126/2002 Sb., účinnému ke dni 1.5.2002.

⁴⁹ čl. 7.5.1. Investiční smlouvy mezi Hyundai Motor Company, Českou republikou, Moravskoslezským krajem a agenturou CzechInvest. Praha, 2006. Dostupné na <http://aa.ecn.cz/img_upload/213998dd557a6ecf241d80d7748bd811/Investicni_smlouva_CZ_prilohy.pdf>

3 Formy podnikání zahraničních osob

3.1 Pojmy podnikání, podnikatel a podnik ve vztahu k zahraničním osobám

3.1.1 Podnikání

Podnikání definuje ObZ v ustanovení § 2 odst. 1 jako „*soustavnou činnost prováděnou samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku.*“

Ve vztahu k zahraničním osobám si však s touto definicí podnikání nevystačíme. Není pochyb o tom, že i cizinec má možnost podniknout kroky k získání podnikatelského oprávnění. Sám ObZ tuto skutečnost podtrhuje v ustanovení § 21 odst. 1 a 3, kdy právě ve druhém jmenovaném odstavci definuje podnikání zahraničních osob jako *podnikání, při kterém je podnik či organizační složka umístěna na území ČR* (podnikání zahraničních osob sensu stricto).

Na druhou stranu ObZ za podnikání zahraničních osob považuje také majetkovou účast těchto osob v právnické osobě založené dle českého práva, či situaci, kdy dojde k přemístění sídla zahraniční společnosti do ČR. Posledním z případů je situace tzv. sekundárního usazování a přeshraničního poskytování služeb. I přesto, že u posledně jmenovaných způsobů jsou v přeshraničním pohybu služby či zboží, nikoliv společnost mám za to, že z materiálního hlediska jde o podnikání zahraniční osoby neboť subjektem je osoba se sídlem mimo ČR (zahraniční osoba), je má právní subjektivitu dle práva založení a vykonává činnost naplňující výše uvedené definiční znaky podnikání. Můžeme tedy uzavřít, že podnikání zahraničních osob sensu lata obsahuje kromě umístění podniku či organizační složky v ČR také majetkovou účast v zakládané či již založené právnické osobě, přemístění sídla do ČR a přeshraniční poskytování služeb či prodeje zboží realizované prostřednictvím unijně garantovaných svobod.

Právě majetková účast v českých právnických osobách a částečně i přemístění sídla můžeme považovat kromě podnikání zahraničních osob také za mezinárodní investici těchto osob v soukromoprávní rovině.

Na tomto místě však ještě považuji za důležité upozornit na to, že celá problematika dojde značného zjednodušení po nabytí účinnosti NOZ. Nový zákoník již výslovně neoznačuje co je podnikáním ať už tuzemské či zahraniční osoby. Na druhou stranu není pochyb o tom, že ustanovení § 420 NOZ definující podnikatele

obsahuje definici podnikání podobnou té současné, tedy „*na vlastní účet a odpovědnost vykonávanou výdělečnou činností živnostenským či jiným obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku.*“ Vzhledem k tomu se domnívám, že ve shodě se zásadou národního zacházení vyjádřené nově v § 26 NZMPS, dojde ke srovnání pojmu podnikání u tuzemských a zahraničních osob a majetková účast cizích osob v české právnické osobě bude pro příště považována za investici než za podnikání, tak jak je tomu v současnosti u českých osob.

3.1.2 Podnikatel

Pojem podnikatele nacházíme nyní upraven v § 2 odst. 2 ObZ. Za podnikatele se tak obchodního zákoník považuje:

- a) *osobu zapsanou v obchodním rejstříku*
- b) *osobu, která podniká na základě živnostenského oprávnění*
- c) *osobu, která podniká na základě jiného než živnostenského oprávnění podle zvláštních předpisů a*
- d) *osobu, která provozuje zemědělskou výrobu a je zapsaná do evidence podle zvláštního předpisu.*

Tuto definici rozšiřuje ještě § 23 ObZ o zahraniční osoby, jež mají povolení podnikat v zahraničí. Rozdíl nacházíme v povaze těchto pojmů. Zatímco definice dle § 2 odst. 2 ObZ je zcela jistě veřejnoprávní, neboť oprávnění vzniká na základě veřejnoprávní skutečnosti⁵⁰, podnikatel podle § 23 ObZ je pojmem soukromoprávním a do veřejnoprávní sféry zasahovat nebude.⁵¹ Jak dodává prof. Pelikánová, toto rozlišení se dotkne jen zahraničních osob z nečlenských států EU, neboť oprávnění podnikat vydané v jednom členském státu má působnost i na území ostatních členských států, aniž by podnikatel musel získat nové oprávnění.⁵²

Změnu a zjednodušení přináší NOZ, který opouští vázanost podnikatele na veřejnoprávní skutečnost, ale definuje jej v ustanovení § 420 NOZ jako každého, jež vykonává „*na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činností živnostenským či jiným obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku.*“ Přičemž následujícím ustanovení přiznává tuto povahu podnikatele každému kdo je zapsán v obchodním rejstříku a dále každému kdo má živnostenské či jiné oprávnění (v prvním případě jde o nevyvratitelnou právní domněnku, ve druhém o domněnku

⁵⁰ Tamtéž, s. 23 – 24.

⁵¹ PELIKÁNOVÁ: *Obchodní právo...*, s. 526.

⁵² § 5 zákona č. 222/2009 Sb., o volném pohybu služeb, ve znění pozdějších předpisů.

vyvratitelnou). Jak však uvádí důvodová zpráva toto kritérium je pro soukromoprávní styk až sekundární. Primárně se bude hledět na to, jak se osoba v právním styku fakticky chová.⁵³ Proto také nenacházíme v rekodifikaci období ustanovení § 23 ObZ, neboť postrádá v oblasti soukromého práva smysl; v oblasti veřejnoprávní bude její účinek zajištěn pomocí § 5 zákona o volném pohybu služeb či § 69a živnostenského zákona.

3.1.3 Podnik a organizační složka podniku

Na podnik můžeme nahlížet ze dvou hledisek – ekonomického a právního.⁵⁴ Pro účel této práce je rozhodující hledisko právní, jehož obsah je vyjádřen v ustanovení § 5 odst. 1 ObZ, který za něj označuje souhrn hmotných, nehmotných a osobních složek podnikání a dodává v druhém odstavci, že jde o věc hromadnou. Organizační složkou podniku je podle ustanovení § 7 ObZ odštěpný závod či jiná organizační složka podniku, která má ex lege povinnost nechat se zapsat do obchodního rejstříku. Lze tedy vyvodit, že organizační složkou podniku je již zmíněný odštěpný závod, dále dle § 21 odst. 4 ObZ organizační složka podniku zahraniční osoby a dle zákona o bankách je to pobočka zahraniční banky⁵⁵.

Ohledně počtu podniků či jejich štěpení nemá dosud sama teorie jasno a rozlišuje mezi teorií jednoho podniku či více podniků.⁵⁶ Jak však v jiném článku uvádí sama doc. Bartošíková⁵⁷, jde spíše o otázku teorie, která se spíše přiklání k zásadě jednoho podniku. Pokud by však osoba mající podnik v zahraničí založila další podnik na území ČR, nebude to pravděpodobně dle dr. Choboly⁵⁸ na překážku, neboť podle něj český právní řád nemá žádné oprávnění hodnotit, jakou právní formou funguje zahraniční osoba a její podnik v oblasti zahraničního právního řádu.

Rekodifikace zavádí změny i do pojmu podniku, kdy jej zařazuje mezi věci hromadné v ustanovení § 502 NOZ a nazývá jej obchodním závodem, přičemž zároveň zavádí legislativní zkratku „závod“. Oproti dosavadní úpravě již definice

⁵³ ELIÁŠ: *Nový občanský zákoník s aktualizovanou...*, s. 107.

⁵⁴ ELIÁŠ, Karel. K vymezení podniku v českém obchodním zákoníku. *Právní rozhledy*, 1993, roč. 1, č. 3, s. 76.

⁵⁵ Ustanovení § 10 odst. 2 zákona č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů.

⁵⁶ BARTOŠÍKOVÁ, Miroslava. *Podnikání zahraničních osob prostřednictvím jejich podniku a organizační složky podniku v České republice* [online]. Právní rádce, 22. prosince 2005 [cit. 22. února 2013]. Dostupné na <http://pravniciradce.ihned.cz/toISO-8859-2/1-10024760-17452170-F00000_d1-f3>.

⁵⁷ BARTOŠÍKOVÁ, Miroslava. K podnikání zahraničních osob prostřednictvím organizačních složek jejich podniku na území České republiky. *Obchodní právo*, 1993, roč. 2, č. 11, s. 4.

⁵⁸ CHOBOLA, Tomáš. Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR. *Právní rozhledy*, 2004, roč. 12, č. 16, s. 601.

závodu neobsahuje výčet složek podnikání a definuje jej jako *soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti. Má se za to, že závod tvoří vše, co zpravidla slouží k jeho provozu.* U organizačních složek dochází k jejich přejmenování na pobočky, přičemž pokud bude pobočka zapsána do obchodního rejstříku, jedná se o odštěpný závod či organizační složku, které jiný zákon ukládá povinnost zápisu do obchodního rejstříku.⁵⁹ Povinnost zápisu zahraniční osoby, jejího závodu či organizační složky zůstává i po rekodifikaci, avšak přesouvá se do nyní připravovaného rejstříkového zákona, konkrétně jeho ustanovení § 22.⁶⁰

3.2 Podnikání zahraničních fyzických osob

Jak jsem již uvedl, podnikání se v ČR mohou účastnit i zahraniční fyzické osoby. Již ze své podstaty mohou tyto osoby umístit v ČR podnik, tak jako česká fyzická osoba. Může se také stát společníkem či zakladatelem právnické osoby, avšak podnikatelská činnost je pak prováděna právě prostřednictvím této „jeho“ společnosti. Asi není potřeba naznačovat, že fyzická osoba nemůže přemístit sídlo, neboť to není jejím znakem. Může však využít volného pohybu osob a přenést své podnikání do ČR. Další možností je využití volného pohybu služeb, kdy dle § 69a ŽZ smí občan s podnikatelským oprávněním v jednom členském státě EU působit jako podnikatel v ČR v rozsahu tohoto povolení.

Obchodní zákoník dává zahraničním osobám obecně a tedy i fyzickým osobám povinnost zapsat se do obchodního rejstříku.⁶¹ Je tím tedy narušena zásada národního zacházení (režimu) a uplatní se v této otázce režim cizinecký. Protože toto ustanovení kladlo zvláštní povinnost i na občany jiného státu EU, muselo být, spolu s našim vstupem do EU, novelizováno, a byl přidán odstavec pátý, který stanoví výjimky pro okruh osob se vztahem k jinému členskému státu EU, jde o:

- státní příslušníky členských států EU, EHP či Švýcarské konfederace (dále jen „členské státy“),
- rodinné příslušníky státních příslušníků členských států, kteří mají právo pobytu na území ČR,

⁵⁹ Ustanovení § 503 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

⁶⁰ Návrh zákona o veřejných rejstřících fyzických a právnických osob. Dostupný na <<http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?j=33&o=23&k=4978&d=324935>>.

⁶¹ Ustanovení § 21 odst. 4 zák. č. 513/1991 Sb., obchodního zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

- státní příslušníky třetích států se statutem dlouhodobě pobývajících rezidenta, a nakonec
- rodinné příslušníky dlouhodobě pobývajících rezidentů, kteří mají právo pobytu na území ČR.

Na tyto osoby tedy dopadá národní režim v plné šíři. Mají-li tyto osoby doložit svou odbornou kvalifikaci, pro výkon podnikání na území ČR mohou tak učinit na základě uznání takové kvalifikace získané v jiném členském státě.⁶²

Kromě toho se musí zahraniční osoby (vyjma uvedených ve výčtu) podrobit speciálním pravidlům stanoveným v jednotlivých zákonech regulujících podnikání. Vzhledem k tomu, že v případě podnikání zahraničních fyzických osob půjde zejména o podnikání dle živnostenského zákona či výkon tzv. svobodných povolání, bude nutné nahlédnout do příslušných předpisů regulujících daný druh podnikání. Jde zejména o povinnost doložení víza či povolení k pobytu pro některé zahraniční fyzické osoby dle § 5 odst. 5 živnostenského zákona při ohlašování živnosti či žádání o koncesi.

3.3 Podnikání zahraničních osob prostřednictvím podniku nebo jeho organizační složky

Jak jsem již výše naznačil, zahraniční osoby mají v ČR několik možností jak zahájit podnikatelskou činnost. V této části se budu věnovat onomu podnikání v užším smyslu, tedy klasickému podnikání s vytvořením podniku či alespoň jeho organizační složky. V úvodním odstavci § 21 ObZ se dozvíme, že „zahraniční osoby mohou podnikat na území ČR za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako české osoby, pokud ze zákona nevyplývá něco jiného“, a tedy jsou podrobeny národnímu režimu s případnými zákonnými výjimkami. Jak uvádí prof. Pokorná, z pohledu evropského práva tomuto typu odpovídá zejména aspekt svobody usazování, nejedná se však určitě o využití volného pohybu služeb či zboží, mezinárodního obchodu či majetkové účasti podle § 24 ObZ.⁶³

Klasicky půjde o situaci, kdy si chce zahraniční osoba, nepocházející z členského státu EU, EHP či Švýcarské konfederace v ČR umístit podnik, či jeho organizační složku. Ať už půjde o osobu fyzickou či právnickou bude muset splnit podmínky stanovené zvláštním právním předpisem pro výkon dané činnosti – např. u živnosti

⁶² Zákon č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace a jiné způsobilosti státních příslušníků členských států Evropské unie a některých příslušníků jiných států.

⁶³ POKORNÁ: *Obchodní zákoník: Komentář...*, s. 104.

dle živnostenského zákona, u výkonu svobodných povolání dle stavovského předpisu, apod. Po získání příslušného oprávnění podá osoba návrh na zápis sebe či organizační složky podniku do obchodního rejstříku, kdy zapisované údaje najdeme v ustanovení § 38h ObZ a náležitosti nutné založit do sbírky listin v ustanovení § 38j ObZ.

3.4 Majetková účast zahraničních osob v české právnické osobě

V ustanovení § 24 dává obchodní zákoník zahraniční osobě několik možností majetkové účasti zahraniční osoby v české PO. Konkrétně jsou zde výslovně uvedeny následující formy:

a) Zahraníční osoba jako jeden ze zakladatelů české právnické osoby

V souladu s již několikrát zmíněným národním režimem, dává obchodní zákoník zahraniční osobě možnost, aby se stala jedním ze zakladatelů. Není ani rozhodné, zda jsou ostatními zakladateli české, či cizí osoby. Zahraníční osoba musí pouze splňovat stejné podmínky, jaké jsou kladeny na tuzemské zakladatele (např. dosažení zletilosti, plnou svéprávnost, apod.).

b) Zahraníční osoba, která vstupuje jako společník či člen do již založené české právnické osoby

Jedná se v podstatě o mutatis mutandis stejný případ jako u zakladatelů s rozdílem ve stádiu fungování PO. Zatímco u prvně jmenovaného jde o založení nové PO, zde zahraniční osoba vstupuje do již založené společnosti, tedy již zapsané do obchodního rejstříku. Tyto dva hlavní způsoby lze považovat za základní, přičemž další níže uvedené pouze rozvíjí a podtrhují jejich specifikace.

c) Zahraníční osoba jako jediný zakladatel české právnické osoby či jako jediný společník české právnické osoby

Zahraníční osoba se může stát také jediným zakladatelem české i jediným společníkem české PO. Obchodní zákoník tím staví najisto, zda se jediným zakladatelem může stát i zahraniční osoba, i když mám za to, že toto dostatečně vyplývá z aplikovaného národního režimu. Je také jasné, že se toto pravidlo nebude vztahovat na osobní obchodní společnosti (VOS a KS), které již ze své podstaty musí mít, alespoň dva zakladatele (společníky). Větší problémy způsobují omezení vyplývající z úpravy jednočlenných společností, tedy zákaz tzv. řetězení SRO s jediným společníkem, a zákaz založení více než tří jednočlenných SRO jednou FO⁶⁴,

⁶⁴ Ustanovení § 105 odst. 2 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoník.

kdy není jasné, zda se v těchto případech za SRO považuje i zahraniční subjekt s podobnou zahraniční právní úpravou. Naopak prof. Pokorná⁶⁵ a dr. Rychlý⁶⁶ se domnívají, že nikoliv, kdy argumentují nízkou právní jistotou a nutností širokého výkladu. Naproti tomu existuje i názor opačný, neboť v rámci EU existuje předpis, jenž obsahuje výčet SRO s jediným společníkem. Jde o směrnici č. 89/667/EHS, přičemž doc. Štenglová a prof. Dědič shodně dodávají, že na ostatní státy (mimounijní) by se „*vycházelo z konkrétních charakteristických znaků té které společnosti.*“⁶⁷ Omezující pravidla § 105 odst. 2 byla do ObZ zavedena až novelou, zákonem č. 307/2000 Sb., kdy dle důvodové zprávy využila možnosti již zmiňované Dvanácté směrnice, a to z důvodu dřívějšího zneužívání SRO na úkor věřitelů. Vzhledem k účelu zavedení omezení se přikláním k názoru, že i zahraniční osoby by měly být testovány, zda vykazují znaky podobné české SRO, příp. na evropské použít zmiňovanou směrnici. Výše uvedené však zřejmě přestane mít brzy svůj praktický význam, neboť zákon o obchodních korporacích se navrácí k původní úpravě neomezeného řetězení kapitálových společností⁶⁸ a ochranu věřitelů zajišťuje jiným způsobem.⁶⁹

Ačkoliv se v jednotlivých variantách zmiňují jen o českých společnostech, komentář prof. Pokorné⁷⁰ přiřazuje pod toto ustanovení i evropské formy společností – tj. evropskou společnost, evropské hospodářské zájmové sdružení a evropskou družstevní společnost, pokud mají sídlo na území ČR. Dále je potřeba upozornit i na fakt, že ustanovení řeší členský vztah ke společnosti a nepoužije se proto na závazkové vztahy tomu obdobné – smlouva o tichém společenství podle § 673n. ObZ (de lege ferenda tichá společnost dle § 2747n. NOZ) či smlouva o sdružení bez právní subjektivity podle § 829n. OZ (společnost dle NOZ).

Omezením, které na zahraniční osoby dopadá, avšak neporušuje národní režim je povinnost založit v ČR společnost podle českého práva, ačkoliv to v ustanovení není zvláště zdůrazněno, společnosti podle evropského práva to nijak neomezuje⁷¹. Neznamená to však naprosté vyloučení stavu, kdy se na našem území nachází osoba,

⁶⁵ POKORNÁ: *Obchodní zákoník: Komentář...*, s. 113.

⁶⁶ RYCHLÝ, Tomáš. Zákaz řetězení společností s ručením omezeným a (extra)teritoriální působnost obchodního zákoníku. *Právní rozhledy*, 2005, roč. 13, č. 6, s. 211-214.

⁶⁷ ŠTENGLOVÁ

⁶⁸ Ustanovení § 11 odst. 1 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech.

⁶⁹ Podle důvodové zprávy k ZOK jde zejména o zpřísnění správy kapitálové společnosti a zavedením podrobných pravidel o koncernech.

⁷⁰ POKORNÁ: *Obchodní zákoník: Komentář...*, s. 113

⁷¹ POKORNÁ: *Obchodní zákoník: Komentář...*, s. 114

kteřá se neřídí českým právem. Takovou situaci je přemístění sídla zahraniční osoby do ČR.

3.5 Svoboda usazování a volný pohyb služeb se zřetelem k právu EU

3.5.1 Právní základ svobody usazování a pohybu služeb

Výše uvedeným nadpisem jsem přerušil systematiku hlavy druhé, části první ObZ, kde by nyní logicky následovalo představení úpravy přemístění sídla. Ke změně však dochází ze dvou důvodů. Prvním z nich je, že dříve kusá úprava přemístění sídla byla přesunuta do zákona upravujícího přeměny obchodních společností⁷² a v ObZ zůstalo jen ustanovení přemístění umožňující a v dalším odkazující na jiné právní prameny. Druhým důvodem pak je skutečnost, že přemístění sídla je dnes chápáno jako jedna ze složek unijní záruky volného pohybu osob⁷³, jež se značnou měrou podílí na utváření právních pravidel členských států v oblasti pohybu samostatně výdělečných osob (*self-employed persons*)⁷⁴, jež bývá nazývána tzv. svobodou usazování, a v kontextu omezování překážek přeshraničního podnikání bývá doplňováno volným pohybem služeb (eventuálně zboží). Je samozřejmé, že do tuzemska přemísťují své společnosti i osoby, které svobody usazování nevyužijí, neboť nejsou občany EU, avšak harmonizace české právního řádu evropským právem způsobuje, že se daná pravidla uplatní ve velké míře i na tyto osoby.

Právním základem obou svobod na úrovni primárního práva EU jsou ustanovení Smlouvy o fungování Evropské unie, konkrétně jde v případě volného pohybu podnikatelů o články 49 – 54, jež zakazují klást omezující překážky usazování společností (*right of establishment*) a také články 56 – 62 o volném pohybu služeb (*free movement of services*). Tato ustanovení mají úplný přímý účinek a jednotlivci se tak mohou dovolat těchto ustanovení ve vztahu ke státu (vertikální přímý účinek)⁷⁵ i mezi jednotlivci navzájem (horizontální přímý účinek). Soudní dvůr EU totiž

⁷² Zákon č. 125/2008 Sb. o přeměnách obchodních společností a družstev, v. z. p. p.

⁷³ Jde o volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu.

⁷⁴ Z hlediska režimu SFEU můžeme svobodu pohybu rozdělit na a) osoby pracující pro jiný subjekt – hovoříme o volném pohybu pracovníků v pracovním či obdobném poměru a b) osoby vykonávající nezávislou činnost – tj. zaměstnávají sami sebe či zaměstnávají jiné. (srov. TÝČ, Vladimír. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 6., přeprac. a aktualiz. vyd. Praha: Leges, 2010, s. 184.)

⁷⁵ Vertikální přímý účinek lze dovodit díky judikatuře ESD EU, zejména srov. Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 5. února 1963, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, 26/62, Sb. rozh. s. 0001.

v rozsudku *Walrave a Koch*⁷⁶ potvrdil jejich použitelnost v oblasti poskytování služeb „na činnost veřejných orgánů, ale rovněž na právní úpravy jiné povahy, jejichž cílem je upravit kolektivním způsobem závislou činnost a poskytování služeb.“ V oblasti usazování právnických osob, se k této problematice Soudní dvůr vrátil v případě *Viking Line Eesti*⁷⁷, kde konstatuje, že „horizontální použitelnost ustanovení Smlouvy o svobodě usazování a služeb není omezena jen na subjekty vykonávající regulatorní úkoly nebo mající kvazi-legislativní pravomoci.“⁷⁸

Nejasný je také výklad některých konkrétních pojmů užívaných v souvislosti s předmětnými ustanoveními. Předně je potřeba vymezit, co podřadit pod pojem podnikání dle čl. 49 SFEU. Na tomto místě je potřeba vyloučit zcela logicky národní úpravu obchodního zákoníku, neb zde jde o právní předpis evropský, nikoliv vnitrostátní. Druhý odstavec čl. 49 SFEU uvádí „

l. 54 druhého pododstavce, za podmínek stanovených pro vlastní státní příslušníky právem země usazení, nestanoví-li kapitola o pohybu kapitálu jinak.” Jak podotýká prof. Arnold, tento pojem nedostačuje, neboť reflektuje především zahájení existence podniku, není všem však označen samotný „výkon činnosti samostatně výdělečné osoby na území jiného členského státu.“⁷⁹ Odborná literatura také často zaměňuje pojmy svoboda podnikání a usazování. Je však jisté, že jde o pojmy totožné, i když jak uvádí prof. Týč, jazykově je přesnější pojem usazování, který je také použit v českém překladu SFEU, právě z toho důvodu, že podnikání je možné tam, kde existuje podnik. Pojem usazování, podle něj lépe reflektuje i složku založení podniku a lépe odpovídá původní jazykové verzi tohoto práva - right of establishment.⁸⁰ Pro úplnost je také potřeba dodat, že ustanovení SFEU nepovažují za podnikání činnost, která by byla zakázaná, nedovolená či nemravná.⁸¹

⁷⁶ Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 12. prosince 1974, *Walrave a Koch v Association Union Cycliste Internationale*, 36/74, Sb. rozh. s. 1405.

⁷⁷ Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 11. prosince 2007, *The International Transport Workers' Federation a The Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP a OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05, Sb. rozh. s. I-10779, body 34, 57, 60 – 65.

⁷⁸ CRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*. 5. vydání. Oxford: Oxford University Press. 2011. s. 768.

⁷⁹ ARNOLD, Rainer. In TICHÝ, Luboš a kol. *Evropské právo*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006. s. 470.

⁸⁰ TÝČ, Vladimír. *Evropské právo pro ekonomy...* s. 188.

⁸¹ ARNOLD, Rainer. In TICHÝ a kol.: *Evropské právo...* s. 471.

Svoboda usazování v sobě zahrnuje dvě složky, které jsou od sebe oddělitelné a liší se v jejich praktické aplikaci – jde o primární svobodu usazování a sekundární svobodu usazování (*primary and secondary establishment*). První jmenovaná se projevuje již výše naznačeným přemístěním sídla do jiného členského státu, tedy situace kdy se s podnikatelem stěhuje i podnik. Sekundární usazování je naopak přeshraniční podnikatelská činnost bez přemístění původního podniku do druhého státu. V praxi jde zejména o zřizování poboček, dceřiných společností či zastoupení na území jiného státu. Aspekty jednotlivých složek se zřetelem na podnikání v ČR jsou vymezeny v následujících kapitolách. Před výkladem přemístění sídla je však pro lepší pochopení bezvýjimečně nutné představit si, alespoň základní rysy formování svobody usazování v evropské judikatuře.

3.5.2 Judikatura Soudního dvora EU v oblasti usazování společností

Judikatura Soudního dvora významně zasáhla do celé problematiky svobody usazování a jejího chápání. Mezi rozsudky s největším významem, které ilustrují vývoj chápání této svobody v rámci EU, můžeme bezpochyby zařadit rozhodnutí *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering*, *Ispire Art* a *Cartesio*. V následujícím textu se pokusím alespoň krátce vymežit jejich největší přínos pro volný pohyb podnikajících právnických osob.

Skutkový stav rozhodnutí *Daily Mail*⁸² byl založen na rozhodnutí této britské společnosti přemístit své sídlo do Nizozemí. Před samotným přemístěním sídla potřebovala společnost ukončit daňový domicil v Británii, jejíž ministerstvo financí však toto ukončení odmítalo provést. Pro úplnost je potřeba dodat, že Británie uplatňuje jako osobní status společností inkorporační princip, pro oblast daní je však rozhodné sídlo společnosti. Soudnímu dvoru byla předložena předběžná otázka ohledně povinnosti britského ministerstva k udělení zmiňovaného souhlasu. Společnost *Daily Mail* založila své právo na ustanovení čl. 49 a 54 SFEU (bývalý čl. 43 a 48 SES). Soud v daném případě neupřel společnosti možnost sekundárního usazování, avšak dále konstatoval, že primární svoboda usazování se týká pouze fyzických osob nikoliv však již osob právnických (s výjimkou evropských forem společností), kdy svou argumentaci opřel o směrnici Rady č. 73/148/EHS o odstranění omezení pohybu a pobytu státních příslušníků členských států uvnitř

⁸² Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 27. září 1988, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 81/87, Sb. rozh. s. 5483.

Společenství v oblasti usazování a pohybu služeb, což vyvolalo rozporuplné reakce⁸³. V daném rozhodnutí totiž soud upřednostnil sekundární právo (směrnici) před právem primárním (SES). Dalším významným extraktem daného rozhodnutí je dle mého názoru faktické upřednostnění teorie sídla před kritériem inkorporačním i přesto, že např. prof. Pauknerová se kloní k názoru, že zde SDEU neupřednostnil ani jednu z teorií.⁸⁴

V případě společnosti Centros⁸⁵ se jednalo o projev sekundární svobody usazování – dánští státní občané (manželé Brydeovi) si totiž založili společnost v Británii, aby obešli požadavky na základní kapitál podle dánské právní úpravy. Po založení společnosti chtěli nechat zapsat její pobočku do dánského rejstříku, přičemž veškerá obchodní činnost by probíhala právě prostřednictvím této dánské pobočky. Dánský obchodní rejstřík však odmítl společnost zapsat. Soudní dvůr zde dovedl porušení komunitárního práva, neboť využití liberálnější zahraniční právní úpravy pro založení společností není zneužíváním svobody usazování, ale její využívání. Dánský argument ohledně ochrany věřitelů soud odmítl s odůvodněním, že pokud by se v Británii uskutečnila nějaká (byť i minimální) obchodní činnost, společnost by byla do Dánského rejstříku zapsána, avšak věřitelé by byli chráněni stále stejně. Jak správně dodává prof. Pauknerová, členské státy mohou omezit sekundární usazování pouze tehdy, není-li toto omezení diskriminační, je v obecném zájmu, sleduje zamýšlený účel, který nesmí překračovat, avšak v tomto případě podmínky splněny nebyly.⁸⁶ V daném případě se soud odklonil od teorie sídla k inkorporačnímu principu.⁸⁷

Rozhodnutí ve věci Überseering⁸⁸ se zabývalo uznáním společnosti, konkrétně procesní způsobilostí v žalobě před soudem pro neuznanou reklamací vad díla. Společnost Überseering byla založena v Nizozemsku podle nizozemského práva, avšak po čase přešly podíly na dva německé státní občany. Společnost Überseering si najala společnost Nordic Construction na stavební práce, které však po jejich

⁸³ DOLEŽIL, Tomáš, SALAČ, Jaroslav. Aktuální otázky svobody usazování (podnikání) obchodních společností. *Právní rozhledy*, 2003, roč. 11, č. 5, s. 227.

⁸⁴ PAUKNEROVÁ, Monika. Společnosti v mezinárodním právu soukromém - k novému vývoji v českém právu a v právu evropských společenství. *Právník*, 2002, roč. 141, č. 3, s. 336.

⁸⁵ Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 9. března 1999, *Centros Ltd. v Erhvers- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, Sb. rozh. s. I-01459.

⁸⁶ PAUKNEROVÁ, Monika. Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí Evropského soudního dvora. *Právník*, 2004, roč. 143, č. 12, s. 1172.

⁸⁷ PAUKNEROVÁ, Monika. Společnosti v mezinárodním právu soukromém - k novému vývoji... s. 338.

⁸⁸ Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 5. listopadu 2002, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00, Sb. rozh. s. I-09919.

skončení neúspěšně reklamovala. Obrátila se proto na německé soudy, které jí však odmítly přiznat procesní způsobilost, neboť v Německu se uplatňuje teorie sídla a tedy nabytím podílů německými občany došlo k přenesení skutečného sídla⁸⁹ do Německa, avšak společnost byla založena dle nizozemského práva, nebyla tedy subjektem práva německého. Řešení by bylo znovuzaložení společnosti dle německého práva. Spolkový soudní dvůr se obrátil na ESD s předběžnou otázkou ohledně slučitelnosti teorie sídla a svobody usazování. Soudní dvůr v této věci konstatoval, že nepřiznání subjektivity je porušením svobody usazování a přiklonil se tak definitivně k inkorporační teorii. K tomu využil některé své výroky z rozhodnutí *Daily Mail* a *Centros*. Shodně s rozhodnutím *Daily Mail* argumentoval, že „*společnost existuje pouze prostřednictvím vnitrostátních právních předpisů, které upravují její založení a fungování.*“⁹⁰ Z rozhodnutí *Centros* dále použil argumentaci ohledně ochrany věřitelů a jejich zájmů.

Společnost *Inspire Art*⁹¹ byla založena v Británii a v Nizozemí poté požádala o zápis své organizační složky do obchodního rejstříku. Rejstříkový orgán však společnost odmítl zapsat, neboť v Nizozemsku platí speciální zákon o pseudozahraničních (formálně-zahraničních) společnostech⁹², který přikazuje společnostem užívat speciální dodatek, avšak společnost tento dodatek neužívala a ani jej neuvedla v žádosti o zápis do obchodního rejstříku. Rejstříkový orgán se poté obrátil na Soudní dvůr s předběžnou otázkou, zda dané ustanovení nizozemského práva jsou v souladu s evropským právem, kdy argumentoval mj. i ochranou právní jistoty věřitelů s jakou společnostmi obchodují a daňovými aspekty⁹³. Soudní dvůr konstatoval, že jde o porušení komunitárních předpisů, neboť členské státy nesmí dále stanovovat další podmínky pro usazování společností. Ochrana věřitelů je podle něj navíc dostatečně zajištěna prostřednictvím sekundárních aktů, konkrétně čtvrté a

⁸⁹ K chápání přemístění sídla v tomto případě srov. *Pauknerová, M.*

ností a mezinárodní právo soukromé... str. 1173.

⁹⁰ Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 5. listopadu 2002, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00, Sb. rozh. s. I-09919, bod 81.

⁹¹ Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 30. září 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.*, C-167/01, Sb. rozh. s. I-10155.

⁹² Wet od de formel buitenlandse vennootschappen.

⁹³ SALAČ, Jaroslav, DOLEŽIL, Tomáš. *Evropský soudní dvůr dotváří svobodu usazování (podnikání) obchodních společností – k rozsudku Inspire Art* [online]. *ipravník.cz*, 5. května 2004 [1. března 2013]. Dostupné na <www.ipravnik.cz/cz/clanky/pravo-evropske-a-mezinarodni/art_3740/evropsky-soudni-dvur-dotvari-svobodu-usazovani-podnikani-obchodnich-spolecnosti-k-rozsudku-ispire-art.aspx>.

jedenácté směrnice⁹⁴. Zároveň tímto rozhodnutím soud potvrdil inkorporační teorii v právu EU.

Posledním z významných judikátů je nedávné rozhodnutí ve věci maďarské společnosti *Cartesio*⁹⁵, která byla založena maďarskými občany podle maďarského práva, avšak časem přemístila své skutečné sídlo do Itálie, kde se chtěla nechat zapsat do obchodního rejstříku, přičemž nadále chtěla být zapsaná v maďarském obchodním rejstříku a řídit se maďarským právem. Maďarské právo je však vystavěno na principu skutečného sídla společnosti⁹⁶ a tento postup tedy není možný. Soudní dvůr rozhodl v dané věci s odkazem na rozsudek *Daily Mail* tak, že ustanovení SFEU o usazování se mohou použít na fyzické osoby a právnické osoby evropského typu, a u ostatních právnických osob závisí na konkrétním vnitrostátním právním zakotvení příslušného členského státu. Soud tak de facto konstatoval, že inkorporační princip se neuplatní vždy, ale v oblasti primární svobody usazování je významná i národní úprava, jež může být založena i na principu sídla.

Rozhodnutí tedy utvrzují v tom, že pohyb právnických osob prostřednictvím tvorby poboček či jiných atributů sekundárního usazování je v současné době stěžejním bodem unijního přeshraničního podnikání, který dostatečně stimuluje členské státy k vytváření ideálního podnikatelského prostředí⁹⁷. Naprosté otevření soutěže právních řádů v podobě primárního usazování zatím možné není. Jistou náhradou může v současné době být založení nové společnosti a následná fúze se společnostmi původní. Toto řešení však není jednoduché a ideální. Změnu však možná pocítíme v brzké době, neboť opět započaly práce na návrhu čtrnácté směrnice o přemístění sídla obchodních společností do jiného členského státu.⁹⁸ Do té doby si však musíme v dané oblasti vystačit s úpravou národní.

3.5.3 Přemístění sídla zahraniční společnosti do České republiky

Základ právní úpravy přemístění sídla společnosti nacházíme v čl. 54 SFEU, který říká: „*Se společnostmi založenými podle práva některého členského státu, jež*

⁹⁴ Konkré

některými formami společností

řídících se právem jiného členského státu.

⁹⁵ Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 16. prosince 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06, Sb. rozh. s. I-09641.

⁹⁶ LASÁK, Jan. *CARTESIO: přemístění sídla společnosti "reloaded"*. *Jurisprudence*, 2009, roč. 18, č. 2, s. 39.

⁹⁷ DĚDIČ, Jan. *Evropské právo společností*. 1. vydání. Praha: Polygon, 2004. str. 54.

⁹⁸ MIŠŮR, Peter. Evropský parlament vyzval Komisi k přijetí směrnice o přemísťování sídel společností do jiného členského státu. *Obchodněprávní revue*, 2012, roč.4, č. 3, s. 84.

mají své sídlo ... uvnitř Unie, se ...

. Společnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou neziskových organizací.“ Z dané formulace vyplývá zajímavý poznatek, a to ten, že se společností se má zacházet jako s osobou fyzickou. I vzhledem k poznatkům z kapitoly 2.2 nebude možné splnit tento požadavek důsledně pro značné rozdíly mezi osobami fyzickými a právnickými. Je na druhou stranu pravdou, že SFEU chápe společnost velmi široce a pod její definici snadno podřadíme i také výše zmiňované společnosti, jež nejsou právnickými ani fyzickými osobami.⁹⁹ Na druhou stranu ustanovení o svobodě usazování nevyužijí neziskové organizace, které jsou také vymezeny judikaturou SDEU, kdy v rozsudku *C-382/92 Komise v Spojené království*¹⁰⁰ soud konstatoval, že i nezisková společnost může vykonávat ekonomické činnosti.

Problematika přemístění sídla právnické osoby je v ObZ od počátku jeho platnosti v roce 1992, avšak postupem času se měnily její atributy. Poslední změnu přinesl zákon č. 355/2011 Sb., po jehož účinnosti od 1.1.2012 sice § 26 stále o přemístění sídla hovoří, avšak samotnou úpravu nacházíme v zákoně č. 125/2008 Sb. o přeměnách obchodních společností a družstev, který přemístění sídla uvádí v § 59a PřemZ jako přeshraniční přeměnu společnosti. Vzhledem k dikci § 26 ObZ a skutečnosti, že ČR není v současnosti signatářem žádné mezinárodní smlouvy, která by řešila problematiku přemístění sídla, Evropské právo povoluje (primární) přemístění sídla jen „evropským typům společností“,¹⁰¹ je úprava PřemZ nyní jedinou relevantní možností přemístění neevropských obchodních společností do ČR.

Konkrétní úprava přemístění sídla do ČR je obsažena v § 384a – 384e PřemZ. Zahraniční společnost se tak může přemístit, aniž by došlo k jejímu zániku a vzniku nové právnické osoby, avšak přitom musí změnit svou právní formu na českou společnost a přijmout český *lex societatis*. Z toho je tedy patrné, že jde o zásah do inkorporačního principu, který je tímto mírně omezen teorií sídla. Nejde však o žádnou novinku, podobnou úpravu přemístění sídla obsahoval i ObZ a tuto cestu volí i výše uvedená evropská judikatura.¹⁰² Na závěr je ještě nutno dodat, že cizí právnické

⁹⁹ Jde o rakouské či německé obdoby české veřejné obchodní společnosti. Více viz kapitola 2.2.2.

¹⁰⁰ Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 8. června 1994, *Commission v United Kingdom*, C-382/92, Sb. rozh. s. I-2435, bod 45.

¹⁰¹ Evropská společnost, Evropské hospodářské zájmové sdružení a Evropská družstevní společnost.

¹⁰² PELIKÁNOVÁ: *Obchodní právo...*, s. 528.

osobě nesmí přemístění zakazovat právní předpisy státu, v němž má doposud sídlo či kterým se řídí její osobní status.

3.5.4 Sekundární svoboda usazování a volný pohyb služeb

Sekundární svobodou usazování rozumíme stav, kdy dochází v druhém státě k zakládání poboček či organizačních složek podniku. Tato svoboda je projevem čl. 49 SFEU a směrnice č. 2004/38/ES o svobodném pohybu.¹⁰³ Oproti tomu volný pohyb služeb je uskutečňován na základně čl. 56 SFEU a směrnice č. 2006/123/ES¹⁰⁴ o službách na vnitřním trhu. Ačkoliv by se na první pohled mohlo zdát, že rozdíl je právě v umístění určité infrastruktury na území druhého státu, není tomu tak. Svobody se totiž odlišují časovým hlediskem. SD EU v rozhodnutí Gebhard uvedl, že *„dočasný charakter poskytování služeb..., musí být posuzován v závislosti na své délce trvání, četnosti, pravidelnosti a nepřetržitosti. Poskytovatel služeb ... si může vytvořit v hostitelském státě infrastrukturu nezbytnou pro poskytování své služby.“*¹⁰⁵

¹⁰³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/38/ES ze dne 29. dubna 2004 o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států. Úř. věst. L 158, 30. dubna 2004, s. 77 – 123.

¹⁰⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2006/123/ES ze dne 12. prosince 2006 o službách na vnitřním trhu. Úř. věst. L 376, 27. prosince 2006, s. 36 – 68.

¹⁰⁵ Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 30. listopadu 1995, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, Sb. rozh. s. I-4165, bod 39.

4 Investice a jejich ochrana

4.1 Pojem investice

I přesto, že uvedený nadpis může na první pohled poukazovat na náhlou změnu tématu, není tomu tak. Jak uvádím níže, podnikání v sobě dost často (ne-li vždy) nese i pojem investice. Pokud bychom na investici nahlédli z laického hlediska, vyšla by nám pravděpodobně definice ve smyslu použití vlastních aktiv k nákupu jiného aktiva, za účelem jejich dalšího zhodnocování. Zamyslíme-li se nad hypotetickým případem, že česká osoba použije své peníze k založení společnosti s ručením omezeným v ČR za účelem poskytování nějaké služby, jde bezpochyby o podnikání, ale zároveň půjde o investici, neboť očekává zhodnocení vložených prostředků. Tento případ je samozřejmě zjednodušením celé problematiky, který měl však poukázat na určité stejné prvky investice a podnikání.

Definovat investici však není tak jednoduché jako výše, kdy problémy je třeba spatřovat zejména v těchto skutečnostech:

- původně jde o termín ekonomický
- právo se dělí na vnitrostátní a mezinárodní a každý z těchto oborů si definici přizpůsobuje své potřebě jako celku (teoretické definice) a také
- jednotlivá odvětví vnitrostátního a mezinárodního práva si definici přizpůsobují své potřebě (legální definice).¹⁰⁶

Z výše uvedeného tak vyplývá, že investice lze členit z ekonomického a právního hlediska, přičemž právní hledisko pak zahrnuje různý pohled mezinárodního práva a práva vnitrostátního, kdy i tato odvětví, mohou investice různě členit, např. na obchodní a průmyslové nebo přímé a nepřímé¹⁰⁷.

Ekonomie chápe investici jako souhrn tří kumulativních kritérií, kterými jsou:

- a) ekonomický přínos, mající hospodářskou povahu, a jak uvádí prof. Šturma, nemusí mít peněžní povahu, ale může jít i naturální formy v podobě hmotného či nehmotného majetku
- b) druhou podmínkou je odložený výnos z investice, který jí tím odlišuje od obligace ve formě obchodní smlouvy, půjčky či spekulace

¹⁰⁶ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 1. vydání. Praha: Linde, 2008. s. 16.

¹⁰⁷ V souvislosti s investicemi chráněnými mezinárodním (ekonomickým) právem se často používá pojem mezinárodní investice. Tento pojem označuje ty investice, které uskuteční cizí investor, tj. příslušník jiného státu, než je stát, na jehož území se investice nachází. (Srov. Tamtéž, s.35.)

c) poslední podmínkou je (podnikatelské) riziko a tedy, že budoucí výnos z investice závisí na ziskovosti či ztrátovosti daného aktiva.¹⁰⁸

Z této ekonomické definice vychází i doc. Balaš¹⁰⁹, který chápe i právní investici jako *ekonomickou výhodu, která je poskytována určitou dobu, přičemž zde existuje riziko, zda se investice navrátí, jež je odvislé od hospodaření podniku, do něhož investor investoval.*

Ekonomické hledisko také chápe investice ve dvou smyslech, přičemž jejich rozdělení je významné i pro jejich právní uchopení. Jde o dělení na investice reálné a investice finanční. Investice reálné, jsou dle prof. Rejnuše aktiva používaná k investicím do podniků v oblasti výroby či poskytování služeb či do jiného majetku za účelem jejich krátkodobé či dlouhodobé držby (např. nemovitosti, obrazy, apod.). Na druhou stranu finanční investice jsou různé kombinace peněžních prostředků, majetku a dluhových instrumentů, jež jsou obsaženy v určité listině, z jejíhož držení vyplývají investorovi práva či povinnosti.¹¹⁰

Právo samozřejmě reguluje oba typy investic, avšak úprava každé z těchto dvou oblastí má svá specifika. Ohledně reálných investic jde spíše o kombinaci úpravy prostřednictvím norem vnitrostátního práva soukromého a mezinárodního práva soukromého, veřejného a evropského – právo investic, neboť investice je více chápána jako hmotný majetek. Finanční investice jsou chráněny zejména normami finančněprávními, zejména právní úpravou kapitálového trhu a jejich mezinárodními a evropskými aspekty. V dosavadním i následném výkladu jde vždy o investice reálné, neboť právě většinu z nich označujeme zároveň za podnikání.

Jak vidno ekonomie má v pojmu investic jasno a integruje v sobě celý systém jak investice rozeznávat a členit. Naproti tomu právo žádnou jednotnou definici nemá a jednotlivé právní odvětví je definují různě, „zejména podle šíře postihovaných majetkových vztahů.“¹¹¹ Podle mého názoru právo jako takové ani definici investice nepotřebuje. Pro účely právní teorie a přípravy národní či mezinárodní legislativy si může bohatě vystačit s definicí ekonomickou, např. výše zmíněnou Balašovu definici, ze které pak může vyjít při právní definici konkrétní úpravy. Tento stav je v podstatě

¹⁰⁸ Tamtéž, s. 16 – 17.

¹⁰⁹ BALAŠ, Vladimír, ŠTURMA, Pavel. *Kurs mezinárodního ekonomického práva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1997.

¹¹⁰ REJNUŠ, Oldřich. *Finanční trhy*. 1. vydání. Ostrava: KEY Publishing, 2008. s. 42 – 45.

¹¹¹ ROZEHNALOVÁ: *Právo mezinárodního...* s. 110.

aplikován i dnes, zejména v případě mezinárodních smluv o ochraně a podpoře investic, kdy každá smlouva sama vymezí, co za definici považuje.

I přes výše uvedené, považuji za významné pro další výklad, vymezit investice v jednotlivých právních globálních úrovních jejich ochrany – jde o úroveň vnitrostátní, unijní a mezinárodní. Nepochybně je jejich společným znakem určitá nepřímá pobídka k jejímu investování, jejímiž nejvýznamnějšími projevy jsou záruka ochrany takového majetku a využití výhodnějších podmínek k realizaci investice oproti domovskému státu. Odlišnosti však nacházíme jednak v rozsahu územní působnosti daných právních oblastí, kdy vnitrostátní právo působí pouze na svrchovaném území příslušného státu, mezinárodní zase jen na území států, jež jsou signatáři dané mezinárodní smlouvy a evropské právo mezi členskými státy EU, příp. EHP. Jisté odlišnosti lze shledávat také v záruce nezměnitelnosti příslušné právní úpravy, kdy vnitrostátní právo lze změnit snáze a s menší hrozbou mezinárodních následků, než mezinárodní smlouvu. Tu lze samozřejmě vypovědět, avšak z takového aktu mohou nastat přímé mezinárodněprávní následky.

Za významné považuji také zmínit kapitálové investice do soukromých společností, které neobchodují své cenné papíry na žádné regulované burze cenných papírů – investování formou tzv. *private equity* projektů.¹¹² Druh *private equity* investice, zaměřené na zahájení činnosti společnosti (tzv. *start-up companies*) se pak nazývá *venture capital*. Vzhledem k tomu, že může jít často o investice vysokých částek, vzrůstá obliba jejich financování formou subjektů kolektivního investování, na což aktivně reaguje česká i evropská legislativa.¹¹³

4.1.1 Investice ve vnitrostátním právu ČR

Oproti finančním investicím, kterým se české právo věnuje ve velké míře¹¹⁴, u reálných investic často dochází k jejich skrývání za jiný pojem, či je právo vůbec nevynechává. České právo pojem investic používá v některých zákonech, z nichž mezi nejvýznamnější můžeme zařadit zákon č. 47/2002 Sb. o podpoře malého a středního podnikání, který s pojmem investice operuje, avšak jej nikde přesně nedefinuje, či

¹¹² *What is private equity?* [online]. EVCA, [cit. 5. března]. Dostupné na <<http://evca.eu/what-is-private-equity/>>.

¹¹³ Evropská unie totiž vydala směrnici Evropského parlamentu a Rady č. 2011/61/EU ze dne 8. června 2011 o správcích alternativních investičních fondů, na což ČR zareagovala připravovaným zákonem o investičních společnostech a investičních fondech, který je ke konci března 2013 v legislativním procesu v Poslanecké sněmovně Parlamentu ČR ve druhém čtení. (srov. např. DOLEŽALOVÁ, Daniela. K návrhu nové směrnice Evropského parlamentu a Rady o správcích alternativních investičních fondů. *Obchodněprávní revue*, 2010, roč. 2, č. 7, s. 212.)

¹¹⁴ Srov. např. úpravu dle zákona č. 256/2004 Sb. o podnikání na kapitálovém trhu.

zákon č. 58/1995 Sb., o pojišťování a financování vývozu se státní podporou investici definuje jako „*finanční prostředky nebo jiné penězi ocenitelné hodnoty nebo majetková práva vynaložená na dobu nejméně tří let právnickou osobou se sídlem na území České republiky, která je podnikatelem podle obchodního zákoníku, nebo zahraniční společností, za účelem založení, získání nebo zvýšení podílu v právnické osobě se sídlem mimo území České republiky nebo za účelem rozšíření podnikání této právnické osoby.*“¹¹⁵

Oproti tomu komentář doc. Štenglové k ObZ používá jako neoficiální nadpis ustanovení § 25 ObZ „ochrana investic“, přičemž z dikce ustanovení vyplývá, že za investici se považuje majetková účast podle § 24 odst. 1, tedy podnikání, které jsme si vymezili jako majetkovou účast zahraniční osoby v české PO v kapitole 3.3. Prof. Bělohlávek považuje část ustanovení § 24 ObZ „... *majetek právnické osoby se zahraniční majetkovou účastí...*“ za definici investice, kdy však dodává, že není jednoznačné, zda za investici považujeme jen tzv. prezentovanou (členskou) účast na právnické osobě, nebo i oblihační vztahy. V důsledku se shoduje se závěry vyjádřenými v kapitole 3.4., že tyto, jako podnikání, a tedy ani jako investici neoznačíme, avšak dodává, že i takové vztahy jsou chráněny prostřednictvím úvodu dikce § 25 „*Majetek zahraniční osoby související s podnikáním v ČR...*“¹¹⁶ Rekodifikace opouští dosavadní znění §§ 24 a 25 a majetkovou účast v právnické osobě chrání prostřednictvím § 26 odst. 2 NZMPS jakožto majetkové právo cizince či zahraniční právnické osoby ve smyslu § 26 odst. 1 NZMPS¹¹⁷. Tato úprava byla pravděpodobně zjednodušena také proto, že zmiňované ustanovení ObZ je v praxi málo využívané. Toto dovozují ze tří skutečností – téměř žádné judikatury vyšších soudů, vysokým počtem mezinárodních smluv o ochraně a podpoře investic a intervencí Evropské unie v oblasti investic.¹¹⁸

4.1.2 Investice v mezinárodním právu

Pokud nahlédneme do učebnic mezinárodního práva, nalezneme opět mnoho způsobů, jak definice uchopit. Prof. Růžička zmiňuje vztah investic a ObZ, avšak investice vymezuje jako „*každou majetkovou hodnotu investovanou fyzickou či právnickou osobou (výjimečně i vládou) jednoho smluvního státu na území druhého*

¹¹⁵ Zde jde však o případ opačný, kdy česká právnická osoba investuje do zahraniční právnické osoby.

¹¹⁶ BĚLOHLÁVEK, Alexandr. Ochrana majetkových práv zahraničních osob a rozhodčí řízení ve věcech mezinárodních investic. *Daňová a hospodářská kartotéka*, 2001, roč. 9, č. 6, s. 54.

¹¹⁷ K rozdílu pojmů cizinec a zahraniční fyzická osoba viz kapitola 2.2.1.

¹¹⁸ Přehled smluv o ochraně a podpoře investic i jejich plné znění je dostupné na <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ochrana_investic_7570.html>.

smluvního státu“, kdy k této definici dodává demonstrativní výčet majetkových hodnot (např. movitý a nemovitý majetek, cenné papíry, autorská práva, obchodní známky, práva mající ekonomickou hodnotu či pohledávky z obchodního styku za zahraniční osobou)¹¹⁹. Prof. Rozehnalová zas vychází z výše uvedené definice doc. Balaše.¹²⁰ Stejně tak zahraniční autoři toto pojetí zastávají, kdy však nemluví o investicích mezinárodních, ale zahraničních (*foreign investment*). Prof. Sornarajah zahraniční investici popisuje jako „*přesun hmotného či nehmotného majetku z jedné země (capital exporting country) do druhé (host country), za účelem jejich použití v této zemi tak, aby vytvářely bohatství (wealth) pod úplnou či partikulární kontrolou vlastníka takového majetku.*“¹²¹ Také jednotlivé dvoustranné smlouvy o ochraně investic, označované anglickou zkratkou BIT (*bilateral investment treaty*) vymezují investice různě. Mezi společné prvky patří „*doložka nejvyšších výhod, národní režim, režim rovnostranného a spravedlivého zacházení, závazek vytvářet příznivé investiční podmínky, ochranu před vyvlastněním a jinými zásahy státu, otázky náhrady škod způsobených v důsledku ozbrojených konfliktů, veřejných nepokojů nebo výjimečného stavu státu, závazek nebránit převodu výnosů a investičních prostředků do zahraničí a postup pro řešení sporů.*“¹²²

Kromě bilaterálních smluv se však v mezinárodním právu objevují hojně smlouvy multilaterální. Mezi nejvýznamnější prameny tak můžeme řadit Washingtonskou úmluvu, jež zřídila Mezinárodní středisko pro řešení sporu z investic (ICSID), tato úmluva však definici naprosto postrádá. Naproti tomu Dohoda o mezinárodní agentuře pro mnohostranné investiční záruky (tzv. Soulská úmluva) definici již obsahuje v čl. 12 a vymezuje je jako „*podíly na akcích, včetně střednědobých nebo dlouhodobých půjček, které jsou uzavřeny držiteli akcií v příslušném podniku, nebo za něj tito majitelé ručí a všechny ostatní formy přímých investic, které stanoví Ředitelská rada.*“ Mezinárodních investičních smluv samozřejmě existuje celá řada, obecně lze však říct, že pokud již definici investice obsahují, sledují tím primárně vymezení své působnosti, nikoliv obecně pojmu investice.

¹¹⁹ RŮŽIČKA Květoslav. In KUČERA, Zdeněk a kol. *Právo mezinárodního obchodu*. 1. vydání. Plzeň : Aleš Čeněk, 2008. s. 84 – 85.

¹²⁰ ROZEHNALOVÁ: *Právo mezinárodního obchodu...*, s. 110.

¹²¹ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *International law of foreign investment*. New York : Cambridge University Press. 2004. s. 7.

¹²² POKORNÁ, Jarmila a kol. *Obchodní zákoník...*, s. 117

Lze tedy uzavřít, že mezinárodní právo vychází z ekonomické definice investice, čímž akcentuje její materiální charakter, avšak jak vidno z akademických teorií explicitně neupravují prvek podnikatelského rizika. Podle mého názoru lze na tomto nejlépe demonstrovat odlišnosti a zároveň jistou symbiózu pojmů investování a podnikání. Domnívám se, že žádný přesun majetku mezi státy za účelem jejich investování v cizí zemi nelze označit jako bezrizikový.

Mezinárodní smlouvy byly v minulosti pro zahraniční investory v ČR nejvýznamnějším pramenem práva. V poslední době jsou však BIT s členskými státy EU nahrazovány právní úpravou evropskou.

4.1.3 Investice v právu EU

Pokud bylo řečeno, že právní vymezení investice v českém či mezinárodním právu není jednoznačné, na úrovni evropského práva je situace podobná. V oblasti primárního práva neexistuje výslovná úprava definice investice. Investiční činnost a její ochrana se však dotýká dvou složek vnitřního trhu – svobody usazování a volného pohybu kapitálu.¹²³ Ačkoliv se SFEU o investicích zmiňuje na několika místech,¹²⁴ nikde tento pojem nedefinuje. Je zde však možno vyčíst, že se tyto ustanovení vztahují na přímé zahraniční investice, kam je nutno zahrnout také „*investice do nemovitostí, usazování, poskytování finančních služeb či přijetí cenných papírů na kapitálové trhy.*“¹²⁵

4.2 Právní úprava ochrany investic

4.2.1 Prameny ochrany investic

Jak jsem naznačil výše, neexistuje jednotný investiční kodex ani na unijní ani na mezinárodní rovině, jež by vymezoval rámeček investiční činnosti a ochranu s ní spojenou. Předchozí kapitola a její dělení v podstatě prostupují celou problematikou investování zahraničních osob. Existují tak normy českého práva a mezinárodního práva, jež investice chrání. Významněji se však začíná projevovat i evropská úprava v oblasti volného pohybu kapitálu jakožto další ze svobod zaručená Unií. Tyto tři skupiny jsou v této kapitole často pro přehlednost rozdělovány, je však nutno podotknout, že se často ovlivňují a doplňují, přičemž může docházet i k jejich střetům.

¹²³ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých...*, s. 25

¹²⁴ Srov. čl. 64 odst. 1 a 2, čl. 101 odst. 1 písm. b) a čl. 207 odst. 1 SFEU.

¹²⁵ Článek 64 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie

Za základ ochrany investic v českém právu můžeme považovat již několikrát zmiňovaný § 25 ObZ, vycházející z čl. 11 odst. 4 Listiny. ObZ tak chrání investici proti nezákonnému vyvlastnění či omezení vlastnického práva, které musí být provedeno na základě zákona a ve veřejném zájmu a musí být investorovi bez prodlení poskytnuta náhrada v plné hodnotě majetku, která musí být volně převoditelná do zahraničí v cizí měně.

Pokud jde o podporu investic je potřeba zmínit jednak zákon č. 47/2002 Sb., o podpoře malého a středního podnikání a zákon č. 72/2000 Sb., o investičních pobídkách. Význam prvně jmenovaného zákona není jen v poskytování ve formách vymezených v ustanovení § 2 odst. 1¹²⁶, ale také ve zřízení agentury CzechInvest jako státní příspěvkové organizace, které plní i úkoly svěřené druhým ze jmenovaných zákonů. Investičními pobídkami jsou pak dle zákona o investičních pobídkách slevy na daních z příjmů, převody technicky vybaveného území za zvýhodněnou cenu, hmotná podpora vytváření nových pracovních míst nebo rekvalifikace zaměstnanců a převod zemědělských pozemků a ostatních druhů pozemků za ceny zjištěné podle předpisů o oceňování. Více k investičním pobídkám viz kapitola 5.1.

Jak jsem již naznačil v úvodu této diplomové práce, ochrana investic na mezinárodní úrovni se významně dotýká i vztahů ČR a investorů na jejím území. Zahraniční investice jsou na mezinárodní úrovni chráněny celou řadou smluv, z nichž většina má povahu smluv bilaterálních (BIT), jejichž cílem „*není zvýšená ochrana investic, poskytnutí nepřiměřených výhod, nýbrž depolitizace investičního prostředí a ochrana investora před proměnlivými politickými vlivy.*“¹²⁷

Iniciativa EU v oblasti ochrany investic byla naznačena již výše. V současnosti jde jednak o projev svobody usazování, kdy za zmínku stojí zejména financování formou tzv. private equity či venture capital investic. Druhým okruhem ochrany investic, zakotveným v čl. 64 SFEU, jako zákaz omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy navzájem, i mezi členským státem a třetími zeměmi. Stejně jako u výše zmiňovaných svobod, zde existují výjimky ve formě veřejného pořádku, bezpečnosti, správních důvodů a z důvodů potřeby pečlivého dohledu nad finančními institucemi.¹²⁸ Pravomoci unie v oblasti zahraničních investic byly významně

¹²⁶ O podporu podle zákona o podpoře malého a středního podnikání se může jako žadatel ucházet pouze osoba s trvalým pobytem či sídlem na území ČR. U zahraniční osoby musí tedy dojít k přemístění bydliště či sídla do ČR.

¹²⁷ BĚLOHLÁVEK, Alexander, ČERNÝ, Filip. Právo použitelné pro řešení tzv. investičních sporů v mezinárodním rozhodčím řízení. *Právník*, 2009, roč. 148, č. 4., s. 390.

¹²⁸ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých...*, s. 27

prohloubeny přijetím Lisabonské smlouvy, která ve SFEU svěřila oblast přímých zahraničních investic Unii, jakožto společnou obchodní politiku.¹²⁹ Podle čl. 351 však mezinárodní smlouvy uzavřené před 1. 1. 1958, či u přistoupivších států před datem jejich přistoupení k EU nejsou ustanoveními SFEU dotčeny.

4.2.2 Intrakomunitární a extrakomunitární BIT

Interakce EU do problematiky investic sebou přináší i otázku slučitelnosti komunitárních předpisů, případně smluv uzavíraných unií a dříve uzavřených mezinárodních smluv jednotlivých členských států, zejména nově přistupujících od počátku nového milénia. V této situaci je potřeba odlišovat problematiku smluv uzavřených mezi nynějšími členskými státy EU – tzv. intrakomunitární BIT a mezi členským státem a třetími (nečlenskými) státy – tzv. extrakomunitární BIT.¹³⁰

Intrakomunitární BIT byly ČR uzavírány na základě tzv. Evropské dohody¹³¹, která ukládá státům usilujícím o členství v EU povinnost rozšiřovat ochranu a podporu investic. Následně byly proto uzavírány BIT, jejichž stav v dnešní době způsobuje problémy. Dohoda totiž nesleduje osud smlouvy po přistoupení ČR k EU. Přístup, že původní BIT byly okamžikem přistoupení nahrazeny unijním právem, odmítá prof. Bělohlávek, neboť podle něj jde o porušení právního pořádku EU, vnitrostátního práva členského státu i mezinárodněprávní zásady *pacta sunt servanda*. Správným přístupem je podle něj situace, kdy se stále použijí ta ustanovení původních BIT, které nejsou v rozporu s právem EU. Tento názor se slučuje i s řešením podle čl. 59 odst. 1 Vídeňské úmluvy o smluvním právu.¹³² V ostatním je nutno rozhodnout, zda se má uplatnit úprava evropského práva, či BIT. Prof. Bělohlávek i Söderlund se shodují na tom, že účinky intrakomunitárních BIT nejsou členstvím v unii dotčeny ani upraveny.¹³³ Lze zde vycházet ze čl. 351 SFEU, jež hovoří o nedotknutelnosti mezinárodních závazků po vstupu státu do EU, na druhou stranu jsou však státy povinny upravit své závazky tak, aby byly slučitelné s právem EU.

¹²⁹ Článek 297 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie.

¹³⁰ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých...*, s. 78, 141.

¹³¹ Sdělení MZV č. 7/1995 Sb.

¹³² Vyhláška ministra zahraničních věcí č. 15/1988 Sb., o Vídeňské úmluvě o smluvním právu. Čl. 59 odst. 1 této úmluvy říká: „Smlouva se považuje za zaniklou, jestliže všechny její strany uzavřou pozdější smlouvu o témž předmětu a:

a) z pozdější smlouvy vyplývá nebo je jinak potvrzeno, že úmyslem stran bylo upravit daný předmět touto smlouvou; nebo

b) ustanovení pozdější smlouvy jsou natolik neslučitelná s ustanoveními

¹³³ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých...*, s. 82. SÖDERLUND, Christen. *Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty*. [online]. vinge.se, 23. dubna 2007 [cit. 12. března 2013]. Dostupné na <http://www.vinge.se/upload/bocker_artiklar/TDM-2007.pdf>.

Východiskem z této situace se zdá jedině postupné vypovídání intrakomunitárních BIT, při současném zvýšení ochrany investic ze strany unie.

U smluv extrakomunitárních je primárním problémem přizpůsobování právního řádu požadavkům kladeným ze strany EU, čímž však členské státy mohou zasáhnout do investice zahraničního investora. Opět se zde dá využít čl. 351 SFEU a tedy toho, že evropské právo nezasahuje do mezinárodních závazků členských států se státy nečlenskými. Ohledně zásahů je nutno posuzovat, zda „závazky plynoucí novým členským státům z práva EU zasáhly do jejich závazků z BIT takovým způsobem, který investoři měli znát a předpokládat.“¹³⁴

4.3 Pojem podpory a ochrany investic

K definici podpory investic si můžeme pomoci některou z BIT, neboť tyto závazky bývají ve všech BIT definovány podobně. Článek 2 BIT, uzavřené mezi ČR a Rakouskem¹³⁵ zní: „*Ve snaze zabezpečit rozvoj vzájemných hospodářských vztahů se každá smluvní strana zavazuje umožnit na svém území a v souladu se svým právním řádem investice investorů druhé smluvní strany.*“ Vyjdeme-li z této dikce, rozumí se podporou umožnění umístění investice na svém území.

Ochranu investic můžeme vymežit jako povinnost hostitelského státu zajistit právní a faktickou ochranu bezpečnost pro zahraniční investici. Vzhledem k tomu, že jsme si investici vymezili jako majetek, nabízí se zejména ochrana vlastnického práva před vyvlastněním, znárodněním či jinými zásahy jak ze strany státních orgánů, tak jednotlivců.¹³⁶ Z BIT (ilustrováno na BIT ČR – Nizozemsko¹³⁷) však můžeme vyčíst i další aspekty ochrany investic, zejména:

- zabezpečení nestranného a rovného zacházení (čl. 3 odst. 1),
- zřízení cizineckého režimu pro zacházení s investicemi - viz. kap. 2.4. (čl. 3 odst. 2),
- zajištění převodu plateb souvisejících s investicí (čl. 4) a
- způsob řešení sporů (čl. 10).

Za určitý zvláštní aspekt ochrany investic bychom mohli považovat také sjednávání dvoustranných mezinárodních smluv o zamezení dvojího zdanění.

¹³⁴ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých...*, s. 144.

¹³⁵ Sdělení FMZV 574/1992 Sb.

¹³⁶ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 83.

¹³⁷ Sdělení FMZV 569/1992 Sb.

5 Řešení sporů z investic

5.1 Pojem investičních sporů

I přes existenci veškerých právních dokumentů, zajišťujících majetku zahraniční osoby ochranu, může se investor domnívat, že se strany druhého subjektu došlo k narušení této ochrany. Často se však zapomíná, že i státu je přiznána možnost ochrany proti porušování práva ze strany investora. Dojde-li k takové situaci, nastává mezi stranami spor. V daném kontextu se často užívá pojem investiční spor, aniž bychom nad tímto souslovím hlouběji uvažovali. Je však nutné investiční spory odlišovat od sporů ostatních, jak uvádí prof. Bělohlávek spory mezi smluvními státy nebo mezi investorem a jiným soukromým subjektem nejsou zvláštním druhem (investičního) sporu, ale klasickými právními prostředky mezinárodního práva v prvním případě či civilními spory v druhém případě.¹³⁸ Investiční spor se podle něj vyznačuje tím, že předmětem sporu je „*mocenský zásah státu, jehož výsledkem by bylo znehodnocení určité investice tak, jak investice definuje dohoda o podpoře a ochraně investic.*“¹³⁹ Tak například v případě Diag Human¹⁴⁰ nejde o spor investiční, neboť stát zde jednal jako právnická osoba a byl tedy v rovnoprávném postavení se svým spolukontrahentem (*acta iure gestionis*). Naproti tomu v kauze TV Nova (resp. CME vs. ČR)¹⁴¹ již o investiční spor šlo, neboť zde šlo ze strany ČR o zásah do investice z pozice vykonavatele státní moci (*acta iure imperii*). Ačkoliv prof. Bělohlávek dále dodává, že toto rozlišování má zásadní význam¹⁴², na žádném místě však blíže nespecifikuje, proč tomu tak je. Odpověď na tuto otázku však není podle mě složitá. Pokud by v daném případě nešlo o spor investiční, nemohli bychom na něj použít právní úpravu ochrany investic.

5.2 Modely řešení sporů

Vznikne-li investiční spor a strany se nedohodnou smírně, nezbývá stranám tohoto sporu jiná možnost, než obrátit se na soud či jiný kompetentní orgán hostitelského státu, což je i obsahem standardu rovnoprávného a spravedlivého

¹³⁸ BĚLOHLÁVEK, ČERNÝ: *Právo použitelné pro řešení...*, s. 390.

¹³⁹ BĚLOHLÁVEK: *Způsoby řešení...* s. 55.

¹⁴⁰ Skutkový základ kauzy Diag Human je k dispozici například na <<http://www.wikipedia.cz>> po zadání hesla Diag Human.

¹⁴¹ Krátké shrnutí je k dispozici například na <http://www.bbc.co.uk/czech/specials/1811_nova_10years/page3.shtml>.

¹⁴² BĚLOHLÁVEK, Alexander. *Způsoby řešení...* s. 55.

zacházení, avšak ne vždy je tato ochrana dostupná a efektivní.¹⁴³ Investiční spor může vzniknout mezi soukromou osobou (FO či PO) a státem, jež investici porušil, pak se jedná o tzv. diagonální investiční spor¹⁴⁴. Vznik a řešení takových sporů je dnes zcela běžné, ačkoliv ještě před téměř 50 lety nepředstavitelné. Průlom znamenalo přijetí Washingtonské úmluvy. Do té doby byla ochrana investicím poskytována prostřednictvím diplomatické ochrany domovského státu vůči státu hostitelskému, v takovém případě jde o spor dvou států. V současné době existuje několik možností (modelů) jak investiční spory řešit. Patří mezi ně:¹⁴⁵

- a) Rozhodování před Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic (ICSID),
- b) Rozhodování rozhodčími soudy ad hoc,
- c) Rozhodování některým ze stálých rozhodčích soudů,
- d) Řešení sporů v rozhodčím řízení ad hoc,
- e) Řešení sporů soudem státu, ve kterém byla investice umístěna.

Posledně jmenovaná možnost nebude investory často využívána i přesto, že by jí bylo možno využít prostřednictvím zásady národního zacházení. Je však potřeba si uvědomit, že investor zde vystupuje proti státu (jako žalobce) a nebude chtít využívat institucí nadaných mocí díky žalovanému státu.¹⁴⁶ Ve výčtu pak dále chybí již výše zmiňované řešení sporů prostřednictvím diplomatické ochrany.

5.2.1 Rozhodování Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic

Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (*The International Centre for Settling Investment Disputes - ICSID*) bylo zřízeno Washingtonskou úmluvou v roce 1966. Sama tato úmluva určuje organizaci ICSID, jeho pravomoc a obsahuje i procesní aspekty smírčího a rozhodčího řízení.

ICSID může rozhodovat dle čl. 25 WÚ každý právní spor, jež vznikl přímo z investice mezi smluvním státem WÚ a občanem jiného smluvního státu. Strany musí písemně souhlasit, že jejich spor bude ICSID předložen, přičemž takto daný souhlas nelze odvolat. Občanem není jen fyzická osoba se státním občanstvím smluvního státu, ale i právnická osoba s příslušností ke smluvnímu státu. Je potřeba upozornit, že WÚ připouští možnost smluvního státu požadovat vyčerpání místních

¹⁴³ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody...* s. 101

¹⁴⁴ KUČERA: *Právo mezinárodního obchodu...*, s. 87.

¹⁴⁵ BĚLOHLÁVEK, Alexander. Způsoby řešení sporů v souvislosti s ochranou mezinárodních investic. *Právní rozhledy*, 2006, roč. 14, č. 2, s. 56 – 57.

¹⁴⁶ KLÍMA, Karel. *Ústavní právo*. 1. vydání. Dobrá Voda u Pelhřimova: Aleš Čeněk, 2002. s. 79.

správních nebo soudních postupů, což je pro zahraniční investory v ČR obzvláště významné vzhledem k dikci § 25 odst. 1 ObZ, který hovoří o podání opravného prostředku u soudu v případě vyvlastnění či omezení vlastnického práva zahraniční osoby.

Před ICSID mohou být vedeny dva rozdílné druhy řízení – smírčí a rozhodčí. Účelem smírčího řízení je dle čl. 34 odst. 1 WÚ objasňovat sporné záležitosti mezi stranami a usilovat o dosažení dohody mezi nimi. Řízení se zahajuje písemnou žádostí zasloupanou tajemníkovi ICSID a probíhá před komisí, jež musí mít vždy lichý počet členů (soudců), jmenovaných dohodou stran. Komise se podle WÚ považuje za soud s vlastní pravomocí. Pokud dojde k dohodě mezi stranami, komise o tom vypracuje zprávu, kde vymezí obsah dohody. V opačném případě řízení uzavře a vypracuje zprávu, že nedošlo k dohodě. Stejně by postupovala v případě, že se jedna ze stran nedostaví či se řízení neúčastní, ve zprávě pak bude důvod uzavření vymezen.

Rozhodčí řízení před ICSID se také zahajuje písemným návrhem jedné ze stran a také rozhodující orgán bývá ustavován stejným způsobem, avšak již není nazýván komisí, ale soudem. Většina rozhodců musí být občanem jiného státu, než smluvního státu, jež je stranou sporu, do čehož se nezapočítávají rozhodci jmenovaní dohodou stran. Soud je soudem s vlastní pravomocí a rozhoduje většinou hlasů svých členů. Soud se bude procesně řídit WÚ a hmotněprávní spor rozhodovat podle právního řádu toho státu, na kterém se strany dohodly. Není-li takové dohody, určí soud rozhodné právo dle kolizních předpisů mezinárodního práva s tím, že *rozhodovací praxí ICSID se aplikuje zásada lex fori*.¹⁴⁷ Rozhodčí nález podepisují všichni rozhodci, přičemž se do něj uvádí i odlišné stanovisko (*disenting opinion*). Zvláštností také je možnost přezkumu a zrušení rozhodčího nálezu dle oddílu 5 WÚ. Subjektivní lhůta k podání žádosti o přezkum je 90 dní od zjištění skutečností, které v době vydání nálezu nebyly známy, objektivní lhůta je tříletá od vydání nálezu. V případech stanovených čl. 52 WÚ, může strana sporu také požádat generálního tajemníka o zrušení rozhodčího nálezu, o čemž rozhoduje tříčlenný Výbor ad hoc. Rozhodčí nález je pro strany závazný a nemůže být předmětem odvolání či jiného opravného prostředku, než uvedeného ve WÚ. Význam má i skutečnost, že rozhodčí nález je vykonatelný v každém smluvním státě, jako by to bylo rozhodnutí soudu v tomto státě.

¹⁴⁷ BĚLOHLÁVEK: Ochrana majetkových práv zahraničních osob..., s. 57.

5.2.2 Rozhodování v rozhodčím řízení

U rozhodování v rozhodčím řízení existuje několik alternativ, jakým způsobem ochranu zajistit. Jak je již výše naznačeno, jde o rozhodování sporu rozhodčím soudem ad hoc, stálým mezinárodním rozhodčím soudem či v rozhodčím řízení ad hoc.

Rozhodčím soudem ad hoc je rozhodčí soud podle konkrétní dohody stran, zejména v BIT, nebo podle Rozhodčích pravidel Komise OSN pro mezinárodní právo obchodní (tzv. UNCITRAL).¹⁴⁸ Pravidla byly vydány 28. dubna 1976 a pokrývají veškeré aspekty rozhodčího řízení, včetně vzorové rozhodčí doložky, stanovování rozhodců, průběh rozhodčího řízení a povahu rozhodčího nálezu.¹⁴⁹ V roce 2010 proběhla revize těchto pravidel ve snaze zvýšit procesní efektivitu arbitráže zavedením například přezkumných mechanismů, možnost výměny rozhodce, přiměřenost nákladů, spojení věcí, apod. Revidovaná pravidla jsou účinná od 15. srpna 2010.¹⁵⁰ Řešení podle pravidel UNCITRAL předpokládá například BIT ČR a Rakouska.¹⁵¹

Investiční spor může být také řešen některým ze stálých mezinárodních rozhodčích soudů. Nejčastěji využívány bývají Rozhodčí soud při mezinárodní obchodní komoře v Paříži, Rozhodčí soud Stockholmské obchodní komory ve Stockholmu a Mezinárodní rozhodčí soud při Hospodářské komoře Rakouska.¹⁵² Poslední možností je vedení sporu v rozhodčím řízení ad hoc, jež má podobné prvky s rozhodčím řízením před rozhodčím soudem ad hoc podle dohody stran (nikoliv dle pravidel UNCITRAL). Rozdíly mezi nimi nejsou značné, např. prof. Bělohlávek uvádí, že ke jmenování rozhodců je často pověřen předseda některého ze stálých rozhodčích soudů, čemuž lze oponovat například čl. 9 odst. 3 BIT mezi ČR a Německem.¹⁵³ V tomto případě jde o rozhodčí soud ad hoc, avšak pověřuje se předseda MSD, aby jmenoval chybějící členy rozhodčího soudu v případě nedohody stran. Osobně rozdíl sledávám v míře regulace procesních práv účastníků, kdy u rozhodčího soudu ad hoc

¹⁴⁸ Jde o zkratku United Nations Commission on International Trade Law. BĚLOHLÁVEK: *Způsoby řešení sporů...*, s. 56

¹⁴⁹ UNCITRAL. 1976 – *UNCITRAL Arbitration Rules* [online]. UNCITRAL, [cit 13. března 2013]. Dostupné na <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html>.

¹⁵⁰ UNCITRAL. 2010 – *UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)* [online]. UNCITRAL, [cit 13. března 2013]. Dostupné na <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html>

¹⁵¹ Sdělení FMZV č. 454/1991 Sb.

¹⁵² RŮŽIČKA, Květoslav. *Mezinárodní obchodní arbitráž*. 1. vydání. Praha: Prospektrum, 1997. s. 93 – 100.

¹⁵³ Sdělení FMZV č. 573/1992 Sb.

předpokládám vyšší míru procesní úpravy v dohodě a ponechání určité autonomie ohledně úpravy řízení.

5.2.3 Unijní aspekty rozhodování sporů

Oblast unijních aspektů rozhodování investičních sporů by bezpochyby vystačila na samostatnou diplomovou práci. Do této problematiky totiž promlouvá problematika intra- a extrakomunitárních BIT. Články SFEU ohledně svobody usazování a pohybu kapitálu mají dle SD EU přímý účinek a to i ve vztahu k pohybu kapitálu do třetích zemí a investor se tak může obrátit na vnitrostátní orgán (soud) hostitelského státu.¹⁵⁴ V úvodu páté kapitoly je však jasně deklarováno, že takovou ochranu investoři nevyhledávají, neboť mu mezinárodní právo dokáže poskytnout ochranu efektivnější. Nadto neexistuje možnost, tuto ochranu vyžadovat v rámci unie. Současný stav je tedy značně nevyhovující, neboť подрývá právní jistotu investorů a vnáší do již tak komplikované problematiky chaos.

Problémem často bývá určení, který orgán má spor z intrakomunitární BIT rozhodovat. Částečnou odpověď najdeme např. ve sporu nizozemské společnosti *Eastern Sugar B.V v. ČR* v souvislosti se zaváděním cukerných kvót v ČR v souvislosti se vstupem do EU, jak jej popisuje prof. Bělohlávek. V tomto případě šlo o snížení kvót pro výrobce, kteří zavřeli cukrovary. Společnost zahájila arbitráž na základě BIT uzavřené mezi ČR a Nizozemskem. ČR zde však namítala nedostatek příslušnosti rozhodčího senátu, to však senát označil za nepřijatelné, z důvodů, že oba režimy neupravují shodně stejný předmět, nejsou neslučitelné a není společným záměrem ČR a Nizozemska, aby byla BIT nahrazena právem EU.¹⁵⁵

Hlavním problémem při řešení sporů je tedy vztah evropského a mezinárodního práva. Evropská komise setrvává na stanovisku nadřazenosti evropského práva nad intrakomunitárními závazky členských států, ty však mají ve většině případů odlišný názor.¹⁵⁶ Poslední vývoj naznačuje, že alespoň v oblasti extrakomunitárních smluv by mohlo brzy dojít k vytvoření právního rámce, jež by zahrnoval vytvoření mechanismů pro výběr spolukontrahentů, možnosti prosazování ochrany investic a mezinárodní odpovědnosti EU.¹⁵⁷

¹⁵⁴ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých...*, s. 82.

¹⁵⁵ Tamtéž, s. 85 – 89.

¹⁵⁶ Tamtéž, s. 105.

¹⁵⁷ MIŠŮR, Peter. Evropská komise předložila návrh k zajištění ochrany zahraničních investic založených mezinárodní dohodou EU. *Obchodněprávní revue*, 2012, roč. 4, č. 11 – 12, s. 333 – 335.

5.2.4 Spory mezi státy

Spory mezi státy v oblasti investic nejsou tak běžnou praxí, jako u předchozích řešení. I přesto se takové případy objevují. Nejčastěji jde o výklad mezinárodní smlouvy. Pokud k neshodě mezi státy dojde, existují instrumenty ochrany majetku zahraničních osob, jsou jimi tzv. diplomatická ochrana a dále předložení věci Mezinárodnímu soudnímu dvoru dle čl. 64 WÚ.

Diplomatickou ochranu popisuje prof. Šturma jako „*právo státu převzít nárok svého příslušníka poškozeného v cizině na odčinění mu způsobené újmy a uplatňovat tento nárok vůči povinnému státu jako svůj vlastní.*“¹⁵⁸ Lze však poukázat na neefektivnost této ochrany¹⁵⁹, která spočívá ve vynucování mezinárodněprávních závazků v rámci mezinárodního práva, čímž se mění povaha nároku, a investor tak dále nemá možnost spor ovlivňovat. Takto poskytovaná ochrana se však stává pro investora neefektivní, neboť její podmínkou je vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků, které by mohly vést k dosažení účelu a také to, že poškozená osoba musí být příslušníkem ochraňujícího státu.¹⁶⁰

Kromě výše uvedených univerzálních možností není samozřejmě vyloučeno, že se státy dohodnou v BIT na arbitrážní doložce, jež bývá často vztáhnuta právě k výkladu smlouvy. Spory mezi státy z důvodu neochránění investice jsou méně časté, než diagonální spory, jde totiž o rovinu mezinárodních vztahů s dalšími státy, které není vhodné narušovat. Nevýhodou je také neefektivnost takového řešení pro investora. Posledním takový spor rozhodoval Mezinárodní soudní dvůr v roce 1989.¹⁶¹

¹⁵⁸ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody...* s. 104

¹⁵⁹ DOLZER, Rudolf. *Principles of International Investment Law*. 1. vydání. Oxford: Oxford University Press, 2008. s. 211.

¹⁶⁰ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 105.

¹⁶¹ Rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora ze dne 20. července 1989 ve věci USA v. Itálie (ELSI). Dostupný z <<http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>>

Závěr

Jedním z cílů této diplomové práce bylo poukázat na spojení problematiky podnikání zahraničních osob a ochrany jejich investic. Ačkoliv stále trvám na názoru, že toto spojení je velmi úzké, musím konstatovat, že konkrétní právní úprava je naopak stále širší a komplikovanější. Nedostatek odborné literatury, jež by tyto dvě témata kladla do souvislosti v širším kontextu, je nyní zcela pochopitelný. Podnikání zahraničních osob je totiž problematikou spíše vnitrostátních právních disciplín – obchodní a mezinárodního soukromého práva, ochrana investic je sice také zajišťována normami vnitrostátními, avšak v situaci, kdy existuje podstatně efektivnější úprava mezinárodní, nemají motivaci takové ochrany využívat. Investicím a jejich ochraně se proto spíše věnuje právo mezinárodní veřejné. Do obou problematik pak výrazně promlouvá právo evropské.

V České republice běží legisvakanční doba rekodifikace soukromého práva, jež sice hmotněprávně mnoho nového do právní úpravy zahraničních osob nepřináší, avšak alespoň zpočátku může komplikovat orientaci v právní úpravě. Aspekty podnikání zahraničních osob totiž nebudou upraveny přehledně na jednom místě, ale rozesety mezi zákoník občanský, nový zákon o mezinárodním právu soukromém a další veřejnoprávní zákony. Na tomto místě bych navrhnul po vzoru současného ObZ, vyčlenění alespoň kolizních norem vztahujících se k úpravě podnikání zahraničních osob do jedné části NZMPS označené právě jako podnikání zahraničních osob. Tato úprava by mohla napomoci i legitimizovat současné ust. § 21 odst. 2 ObZ tak, že jde o normu kolizní, nikoliv cizineckou.

Kladně hodnotím přesunutí problematiky přemístění sídla společností do zákona o přeměnách obchodních společností, čímž se tato problematika v podstatě oživila, neboť dříve neexistoval žádný právní pramen, který by přemístění povoloval. Lze také uvítat, že tato úprava reflektuje, v textu diplomové práce rozebírané, rozhodnutí SD EU ve věci Cartesio. K přemísťování sídla je také nutno poukázat na znovuzahájení přípravy čtrnácté směrnice, která by pak měla umožňovat možnost primárního usazování právnických osob.

V otázkách ochrany investic a investičních sporů je dle mého názoru nejdůležitější vymezit alespoň základní řád a vztah jednotlivých instrumentů ochrany. Ochrana investic je totiž zajišťována formou BIT, vícestranných mezinárodních smluv, evropského práva a okrajově i vnitrostátním právem jednotlivých států.

Z těchto komplikovaných vztahů vyvstává zejména problematika mezinárodních závazků členských států EU mezi sebou a k třetím (nečlenským) státům a jejich slučitelnost s unijním právem. Nejprve bude nutno vyřešit vztah práva mezinárodního a evropského.

Otázkou v oblasti vztahů intrakomunitárních zůstává, zda založení společnosti např. slovenským občanem v ČR je materiálně stále ještě mezinárodní investicí nebo pouze využíváním svobod vnitřního trhu EU. Domnívám se, že by měl být vytvořen účinný mechanismus ochrany takového podnikání s možností obrátit se na SD EU v případě porušení evropského práva. Současné intrakomunitární BIT by měly být postupně vypovídány, otázkou je, zda je k tomu v současné době dostatečná politická vůle napříč EU. V extrakomunitární oblasti se již řešení rýsuje formou nařízení k řešení finanční odpovědnosti v rámci urovnávání sporů mezi investorem a státem zřízenými mezinárodními dohodami uzavřenými EU.

Celkovým řešením ochrany investic a řešení sporů z nich by byl vznik jednotného světového investičního práva, avšak tato idea je spíše předmětem teoretických úvah. Bylo by totiž potřeba shody velkého množství států, což se ohledem na jejich současné mezinárodní závazky v oblasti investic jeví jako nemožné.

V každém případě bude zajímavé sledovat následující vývoj, dojde-li v krátké době k účinnosti české soukromoprávní rekodifikace, přijetí čtrnácté směrnice o přesídlování společností a řešení nekompatibility mezi právem evropským a mezinárodním.

Seznam použitých zdrojů

Právní předpisy

- Nařízení ministerstva vnitra, financí, obchodu, práv a orby č. 175/1899 ř. z.
- Sdělení FMZV 569/1992 Sb., o sjednání Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Sdělení FMZV 574/1992 Sb., o sjednání Dohody mezi Československou socialistickou republikou a Hospodářskou unií belgicko-lucemburskou o vzájemné podpoře a ochraně investic
- Sdělení FMZV č. 372/1999 Sb., o sjednání Dohody k energetické chartě
- Sdělení FMZV č. 420/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států
- Sdělení FMZV č. 454/1991 Sb., o sjednání Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Rakouskou republikou o podpoře a ochraně investic
- Sdělení FMZV č. 500/1992 Sb., o přístupu České a Slovenské Federativní Republiky k Dohodě o Mezinárodním měnovém fondu, k Dohodě o Mezinárodní bance pro obnovu a rozvoj, k Dohodě o Mezinárodní finanční korporaci, k Dohodě o Mezinárodním sdružení pro rozvoj a k Dohodě o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky
- Sdělení MZV č. 111/2009 Sb. m. s., o sjednání Lisabonské smlouvy
- Sdělení MZV č. 191/1995 Sb., o sjednání Dohody o zřízení Světové obchodní organizace (WTO)
- Sdělení MZV č. 7/1995 Sb., o sjednání Evropské dohody zakládající přidružení mezi Českou republikou na jedné straně a Evropskými společenstvími a jejich členskými státy na straně druhé
- Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky
- Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky
- Zákon č. 1/1863 ř. z., Všeobecný zákoník obchodní
- Zákon č. 101/1963 Sb., zákoník mezinárodního obchodu
- Zákon č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník
- Zákon č. 11/1918 Sb., o zřízení samostatného státu československého

- Zákon č. 125/2008 Sb. o přeměnách obchodních společností a družstev
- Zákon č. 173/1988 Sb., o podniku se zahraniční majetkovou účastí
- Zákon č. 179/2006 Sb., o uznávání výsledků dalšího vzdělávání
- Zákon č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace a jiné způsobilosti státních příslušníků členských států Evropské unie a některých příslušníků jiných států
- Zákon č. 21/1992 Sb., o bankách
- Zákon č. 215/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník
- Zákon č. 219/1995 Sb., devizový zákon
- Zákon č. 222/2009 Sb., o volném pohybu služeb
- Zákon č. 256/2004 Sb. o podnikání na kapitálovém trhu
- Zákon č. 350/2004 Sb., o investičních pobídkách
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník
- Zákon č. 42/1980 Sb., o hospodářských stycích se zahraničím
- Zákon č. 42/1980 Sb., o hospodářských stycích se zahraničím
- Zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání
- Zákon č. 47/2002 Sb., o podpoře malého a středního podnikání
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník
- Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
- Zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech
- Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém
- Zákon č. 946/1811 Sb. z. s., Všeobecný zákoník občanský
- Zákon č. 99/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním

Judikatura

Rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora ze dne 20. července 1989 ve věci USA v. Itálie (ELSI). Dostupný z <<http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>>.

Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 11. prosince 2007, *The International Transport Workers' Federation a The Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP a OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05, Sb. rozh. s. I-10779.

Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 12. prosince 1974, *Walrave a Koch v Association Union Cycliste Internationale*, 36/74, Sb. rozh. s. 1405.

Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 16. prosince 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06, Sb. rozh. s. I-09641.

Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 27. září 1988, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 81/87, Sb. rozh. s. 5483.

Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 30. listopadu 1995, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, Sb. rozh. s. I-4165.

Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 30. září 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.*, C-167/01, Sb. rozh. s. I-10155.

Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 5. listopadu 2002, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00, Sb. rozh. s. I-09919.

Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 5. února 1963, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, 26/62, Sb. rozh. s. 0001.

Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 8. června 1994, *Commission v United Kingdom*, C-382/92, Sb. rozh. s. I-2435.

Monografie

BALAŠ, Vladimír, ŠTURMA, Pavel. *Kurs mezinárodního ekonomického práva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1997. 221 s.

BĚLOHLÁVEK, Alexander. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010. 416 s.

CRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*. 5 vydání. Oxford: Oxford University Press. 2011. 1155 s.

DĚDIČ, Jan. *Evropské právo společností*. 1. vydání. Praha: Polygon, 2004. 531 s.

DOLZER, Rudolf. *Principles of International Investment Law*. 1. vydání. Oxford: Oxford University Press, 2008. 433 s.

ELIÁŠ, Karel a kol. *Kurs obchodního práva: Obecná část, soutěžní práva*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007. 508 s.

- ELIÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*. 1. vydání. Ostrava: Sagit, 2012. 1119 s.
- HURDÍK, Jan. *Právnícké osoby a jejich typologie*. 2. doplněné vydání. Praha: C.H. Beck, 2009. 107 s.
- HURDÍK, Jan. *Právnícké osoby: obecná právní charakteristika*. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2000. 169 s.
- KUČERA, Zdeněk a kol. *Právo mezinárodního obchodu*. 1. vydání. Plzeň : Aleš Čeněk, 2008. 407 s.
- KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. opravené a doplněné vydání. Brno: Doplněk, 2009. 427 s.
- LOCHMANOVÁ, Ludmila a kol. *Podnikání zahraničních osob v České republice*. 1. vydání. Olomouc: Hanex, 1998. 92 s.
- MALOVSKÝ-WENIG, Arnošt. *Příručka obchodního práva*. 1. vydání. Praha: Československý kompas, 1947, 510 s.
- PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2008. 416 s.
- PAUKNEROVÁ, Monika. *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*. 1. vydání. Praha: Karolinum, 1998. 219 s.
- PELIKÁNOVÁ, Irena. *Obchodní právo*. 2. přepracované vydání. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2010, 545 s.
- POKORNÁ, Jarmila. *Obchodní zákoník: komentář*. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2009. 1079 s.
- REJNUŠ, Oldřich. *Finanční trhy*. 1. vydání. Ostrava: KEY Publishing, 2008. 559 s.
- RŮŽIČKA, Květoslav. *Mezinárodní obchodní arbitráž*. 1. vydání. Praha: Prospektrum, 1997. 163 s.
- SLÁDEČEK, Vladimír a kol. *Ústava České republiky: komentář*. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2007. 935 s.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *International law of foreign investment*. 2. vydání. New York: Cambridge University Press. 2004. 525 s.

ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 1. vydání. Praha: Linde, 2008. 334 s.

TICHÝ, Luboš a kol. *Evropské právo*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006. 942 s.

TÝČ, Vladimír. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 6., přeprac. a aktualiz. vyd. Praha: Leges, 2010, 287 s.

Odborné články

BARTOŠÍKOVÁ, Miroslava. K podnikání zahraničních osob prostřednictvím organizačních složek jejich podniku na území České republiky. *Obchodní právo*, 1993, roč. 2, č. 11, s. 2 - 10.

BĚLOHLÁVEK, Alexander, ČERNÝ, Filip. Právo použitelné pro řešení tzv. investičních sporů v mezinárodním rozhodčím řízení. *Právník*, 2009, roč. 148, č. 4., s. 389 - 418.

BĚLOHLÁVEK, Alexander. Způsoby řešení sporů v souvislosti s ochranou mezinárodních investic. *Právní rozhledy*, 2006, roč. 14, č. 2, s. 55 - 61.

BĚLOHLÁVEK, Alexandr. Ochrana majetkových práv zahraničních osob a rozhodčí řízení ve věcech mezinárodních investic. *Daňová a hospodářská kartotéka*, 2001, roč. 9, č. 6, s. 53 - 58.

DOLEŽALOVÁ, Daniela. K návrhu nové směrnice Evropského parlamentu a Rady o správcích alternativních investičních fondů. *Obchodněprávní revue*, 2010, roč. 2, č. 7, s. 212 - 215.

DOLEŽIL, Tomáš, SALAČ, Jaroslav. Aktuální otázky svobody usazování (podnikání) obchodních společností. *Právní rozhledy*, 2003, roč. 11, č. 5, s. 224 - 229.

ELIÁŠ, Karel. K vymezení podniku v českém obchodním zákoníku. *Právní rozhledy*, 1993, roč. 1, č. 3, s. 75 - 78.

CHOBOLA, Tomáš. Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR. *Právní rozhledy*, 2004, roč. 12, č. 16, s. 599 - 605.

LASÁK, Jan. *CARTESIO: přemístění sídla společnosti "reloaded"*. *Jurisprudence*, 2009, roč. 18, č. 2, s. 39 - 44.

MIŠŮR, Peter. Evropská komise předložila návrh k zajištění ochrany zahraničních investic založených mezinárodní dohodou EU. *Obchodněprávní revue*, 2012, roč. 4, č. 11 - 12, s. 333 - 337.

MIŠŮR, Peter. Evropský parlament vyzval Komisi k přijetí směrnice o přemístování sídel společností do jiného členského státu. *Obchodněprávní revue*, 2012, roč.4, č. 3, s. 84 - 86.

PAUKNEROVÁ, Monika. Společnosti v mezinárodním právu soukromém - k novému vývoji v českém právu a v právu evropských společenství. *Právník*, 2002, roč. 141, č. 3, s. 321 - 342.

PAUKNEROVÁ, Monika. Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí Evropského soudního dvora. *Právník*, 2004, roč. 143, č. 12, s. 1161 - 1184.

RYCHLÝ, Tomáš. Zákaz řetězení společností s ručením omezeným a (extra)teritoriální působnost obchodního zákoníku. *Právní rozhledy*, 2005, roč. 13, č. 6, s. 211-214.

Internetové zdroje

BARTOŠÍKOVÁ, Miroslava. *Podnikání zahraničních osob prostřednictvím jejich podniku a organizační složky podniku v České republice* [online]. Právní rádce, 22. prosince 2005 [cit. 22. února 2013]. Dostupné na <http://pravniradce.ihned.cz/toISO-8859-2/1-10024760-17452170-F00000_d1-f3>.

IPVIC. *Mezinárodní solární arbitráže: Už ne jen hrozba, ale realita* [online]. Rána na solar, 10. května 2012 [cit. 15. února 2013]. Dostupné z: <<http://www.rananasolar.cz/2012/05/10/mezinarodni-solarni-arbitraze-uz-ne-jen-hrozba-ale-realita/>>.

SALAČ, Jaroslav, DOLEŽIL, Tomáš. *Evropský soudní dvůr dotváří svobodu usazování (podnikání) obchodních společností – k rozsudku Inspire Art* [online]. ipravnik.cz, 5. května 2004 [1. března 2013]. Dostupné na <www.ipravnik.cz/cz/clanky/pravo-evropske-a-mezinarodni/art_3740/evropsky-soudni-dvur-dotvari-svobodu-usazovani-podnikani-obchodnich-spolecnosti-k-rozsudku-ispire-art.aspx>.

What is private equity? [online]. EVCA, [cit. 5. března]. Dostupné na <<http://evca.eu/what-is-private-equity/>>.

SÖDERLUND, Christen. *Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty*. [online]. vinge.se, 23. dubna 2007 [cit. 12. března 2013]. Dostupné na <http://www.vinge.se/upload/bocker_artiklar/TDM-2007.pdf>.

UNCITRAL. *1976 – UNCITRAL Arbitration Rules* [online]. UNCITRAL, [cit. 13. března 2013]. Dostupné na <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html>.

UNCITRAL. *2010– UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)* [online].
UNCITRAL, [cit 13. března 2013]. Dostupné na
<[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010
Arbitration_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010_Arbitration_rules.html)>.

Abstrakt

Diplomová práce se snaží o propojení dvou velkých problematik, jež se však značnou měrou vzájemně ovlivňují a doplňují. Podnikání zahraničních osob je institutem, jež v současné době na vnitřním trhu EU nabírá na významu. Zároveň s tím je však nutno zajistit ochranu majetku umístěného v České republice za účelem podnikání. Tato dvě témata nejsou často popisována dohromady a pokud ano, je jejich výklad značně omezen. Tato skutečnost je dána víceoborovostí tématu, jež zasahuje do práva obchodního, evropského, mezinárodního práva soukromého i veřejného a částečně také práva finančního a správního. Práce se proto snaží postupně vymezovat jednotlivé instituty, aby si čtenář na konci uvědomil jejich úzkou provázanost.

První část se věnuje historickému vývoji podnikání zahraničních osob a ochrany jejich majetku od dob Československé republiky po současnost a vymezit základní právní prameny. Ve druhé části jsou vymezeny zahraniční osoby s důrazem na respektování rozdílů mezi státní příslušností a osobním stavem. Důraz je kladen také na rozdílnost norem kolizních a cizineckých a režimy vůči cizincům používané. Třetí část pak čtenáře seznámí s pojmy podnikání, podnikatel a podnik a to podle právní úpravy *de lege lata* i *de lege ferenda*. V této části jsou také představeny základní možnosti podnikání s důrazem na primární a sekundární svobodu usazování společností a volný pohyb služeb.

Investicím jako takovým se věnuje část čtvrtá a pátá. V prvně jmenované jde o vymezení pojmu investice a její vztah k podnikání, problematiku intra- a extrakomunitárních BIT a ochranu investic. Pátá část se zabývá možnostmi řešení investičních sporů. Důraz je kladen zejména na řízení před Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic.

Abstract

This Thesis tries to connect two big issues that greatly affect and complement each other. The entrepreneurship of foreign persons is the institute, which is gaining importance in the internal market of EU at this time. Also it is necessary to ensure the protection of property, which is located in the Czech Republic for the purpose of business. These two issues aren't often described together and if they are, their interpretation is significantly limited. This fact is a result of multidisciplinary of this issue, which interferences to commercial, European, international private law and international public law and partiality to finance and administrative law. That is the reason why this thesis tries to gradually define the individual institutes which should lead to the reader's realization of their close interconnection.

The first part deals with the historical development of business of foreign persons and protection of their property since the time of Czechoslovak Republic to the present and defines basic legal sources. In the second part the foreign entities are described with an emphasis on respecting the difference between nationality and personal statute. Emphasis is also placed on the difference of conflict and aliens rules and manners used in relation to foreigners. The third part will make the reader familiar with the concept of business, businessman and enterprise according to the legal regulation *de lege lata* and *de lege ferenda*. In this section the basic business opportunities are also introduced with an emphasis on primary and secondary freedom of establishment of companies and the free movement of services.

The fourth and fifth part is devoted to the investments. In the first named part the issue concerns the definition of an investment and its relationship to the business, problems of intra- and extracommunity BIT and protection of investments. The fifth section covers the possibilities of investment dispute settlements. Emphasis is placed on the proceedings before the International Centre for Settlement of Investment Disputes.

Klíčová slova

Zahraniční osoba, Investice, Podnikání zahraničních osob, Obchodní právo, Mezinárodní právo veřejné, Mezinárodní právo soukromé, ICSID, Přemístění sídla, Vnitřní trh EU, Volný pohyb služeb, Svoboda usazování, intrakomunitární, extrakomunitární, investiční spory, BIT, ochrana investic, Cartesio, Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art

Key words

Foreign person, Investment, Business of Foreign Persons, Commercial law, International Public Law, International Private Law, ICSID, Transfer of seat, EU Internal Market, Free movement of services, Freedom of establishment, intracommunity, extracommunity, Investment Disputes, BIT, Investment Protection, Cartesio, Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art