

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Význam definice investice

v mezinárodních dohodách o ochraně investic

Studentská vědecká a odborná činnost

Kategorie: magisterské studium

Autor: Bc. David Seidl

2012

5. ročník SVOČ

Čestné prohlášení a souhlas s publikací práce

Prohlašuji, že jsem práci předkládanou do 5. ročníku Studentské vědecké a odborné činnosti (SVOČ) vypracoval samostatně za použití literatury a zdrojů v ní uvedených. Dále prohlašuji, že práce nebyla ani jako celek, ani z podstatné části dříve publikována, obhájena jako součást bakalářské, diplomové, rigorózní nebo jiné studentské kvalifikační práce a nebyla přihlášena do předchozích ročníků SVOČ či jiné soutěže.

Souhlasím s užitím této práce rozšiřováním, rozmnožováním a sdělováním veřejnosti v neomezeném rozsahu pro účely publikace a prezentace PF UK.

V dne

.....
David Seidl

Obsah

Obsah	2
Úvod	4
1 Základní východiska mezinárodněprávní ochrany investic	4
2 Materiální definice investice	6
3 Formální definice investice	7
3.1 Tautologické definice investice	8
4 Formální versus materiální definice investice	10
4.1 Střet formální a materiální definice mimo ICSID	11
5 Definice Investice v judikatuře ICSID	13
5.1 Objektivní výklad Washnigtonské úmluvy	14
5.2 Subjektivní výklad Washingtonské úmluvy	16
5.3 Požadavek určité doby trvání investice	17
5.4 Požadavek převzetí rizika investorem	18
5.5 Požadavek vynaložení významných prostředků ze strany investora	18

5.6 Požadavek přínosu ekonomické aktivity hostitelskému státu	19
5.7 Požadavek legality investice.....	20
Závěr.....	21
Seznam použitých zkratk.....	23
Použitá literatura.....	24

Úvod

Tématem této práce je definice investice v mezinárodních smlouvách o ochraně a podpoře investic, tedy jeden z neuralgických bodů oboru mezinárodněprávní ochrany investic. V první části autor v základních obrysech nastíní specifickou oblast mezinárodní ochrany investic. V druhé části poskytne ekonomickou definici termínu investice, ekonomický pohled pak bude sloužit jako základ pro definici právní. Ve třetí části budou stručně uvedeny nejčastěji používané formulace definice investice obsažené v IITs a analýza málo reflektovaného problému „tautologických definic“ investice. Čtvrtá část popíše napětí mezi extenzivní formulací definice investice obsažených ve většině IITs a inherentním materiálním obsahem pojmu investice. Pátá část bude věnována klasické problematice definice investice v judikatuře střediska ICSID. Autor v této části uvede základní přístupy k interpretaci Washingtonské úmluvy; dále pak popíše jednotlivá kritéria, které musí ekonomická aktivita splňovat, aby jí mezinárodní právo poskytlo účinnou ochranu. Závěr pak poskytne stručné shrnutí hlavních tezí obsažených v této práci.

1 Základní východiska mezinárodněprávní ochrany investic

Právní ochrana a podpora zahraničních investic je jedním z důležitých nástrojů stimulování ekonomiky hostitelského státu prostřednictvím přílivu zahraničního kapitálu. Základním prvkem mezinárodněprávní ochrany investic jsou dvoustranné smlouvy o ochraně investic (BITs) a vícestranné smlouvy o ochraně investic (MITs), souhrnně mezinárodní smlouvy o ochraně investic (IITs).

Jádro IITs tvoří mezinárodní hmotněprávní standardy zajišťující investorovi vysokou úroveň ochrany neomezující se na vnitrostátní právo hostitelského státu. Náhrady škody způsobené porušením těchto standardů se může investor domáhat prostřednictvím mezinárodní investiční arbitráže. Investor tedy není odkázán ani na vnitrostátní soudy, které by v soudních sporech mohly zvýhodňovat žalovaný stát, ani na tradiční, ale ne příliš efektivní institut diplomatické ochrany. Investiční arbitráž je diagonálním sporem, žalobcem je vždy zahraniční investor a žalovaným vždy stát.

Od IITs je nutné odlišovat procesní pravidla upravující průběh rozhodčího řízení. Celá řada investičních sporů je řešena na základě pravidel primárně určených pro mezinárodní obchodní arbitráž, zejména rozhodčích pravidel UNCITRAL pro *ad hoc* tribunály, dále formou institucionalizovaného rozhodčího řízení v rámci ICC v Paříži a SCC ve Stockholmu.¹

Zvláštním procesním mechanismem, určeným výhradně pro investiční spory, je rozhodčí řízení v rámci Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID) zřízeného na základě Washingtonské úmluvy. Řízení v rámci ICSID je denacionalizované, za *legis fori* je považováno mezinárodní právo.² Rozhodčí nález vydaný podle pravidel ICSID tak může být přezkoumán, a případně anulován³ pouze v rámci interního mechanismu, a to tříčlenným *ad hoc* výborem, nikoliv zrušen soudem. Nejvýznamnější specifikum ICSID však spočívá ve formulaci vlastních jurisdikčních požadavků kladených na „investici“, nejčastěji transformovaných do tzv. Salini testu.⁴

Většina „českých“ BITs umožňuje investorům volbu mezi alespoň dvěma procesními pravidly⁵ a to na základě rozhodčí doložky⁶ obsažené v ustanovení o řešení sporů. Oferta k arbitráži může být dále obsažena ve vnitrostátním zákoně, či smlouvě mezi investorem a státem. Oferta je směřována vůči neurčitému počtu subjektů, které mají postavené investora (hledisko *ratione personae*) a kteří ve smluvním státě realizovali investici (hledisko *ratione materiae*).

¹ Podle statistiky UNCTAD bylo z celkového počtu 450 známých investičních sporů 279 sporů rozhodováno podle pravidel ICSID nebo podle tzv. Dodatečných možností (Additional Facility), 126 podle pravidel UNCITRAL a zbytek podle jiných pravidel, zejména ICC a SCC (UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, 2012).

² Schreuer, Ch., The ICSID Convention: a commentary, str. 566.

³ Oficiální překlad Washingtonské Úmluvy, stejně jako česká doktrína termín „*annulment of the award*“ do češtiny překládá jako „*zrušení rozhodčího nálezu*“. Termín „*zrušení*“ je však již v české právní terminologii používán jako překlad termínu „*set-aside*“, tedy zrušení nálezu vnitrostátním soudem. Pro specifický mechanismus v rámci Střediska ICSID tedy navrhuji používat termín „*anulování rozhodčího nálezu*“

⁴ Salini test představuje formulaci ekonomických kritérií, které musí chráněná investice splňovat. Těmito kritérii jsou: i) určité trvání, ii) převzetí rizika investice iii) vynaložení významných prostředků iv) přínos pro rozvoj hostitelského státu. Blíže viz kapitola 5 této práce.

⁵ Většinou se jedná o volbu mezi rozhodčí řízením podle pravidel UNCITRAL, nebo ICSID.

⁶ Česká doktrína někdy používá pro oferty k arbitráži, které jsou součástí ustanovení o řešení sporů, termín rozhodčí doložka. *Stricto sensu* se však nejedná o rozhodčí doložku, ale pouhou permanentní ofertu („*standing offer*“) k rozhodčímu řízení. Pro účely založení jurisdikce rozhodčího soudu musí být tato oferta investorem akceptována.

2 Materiální definice investice

Definování pojmu investice je stěžejní otázkou mezinárodněprávní ochrany investic, doktrína ani rozhodovací praxe však doposud nedospěla k jednoznačnému konsenzu. Termín investice lze chápat ve dvou rovinách, rovině ekonomické (definice „materiální“) a rovině právní („definice formální“).

Přímá zahraniční investice je z ekonomického hlediska podle prof. Šturmy definována přítomností určitého ekonomického přínosu, který je poskytnut na určitou dobu za existence určitého podnikatelského rizika.⁷ Přímá investice je druhem přeshraniční investice uskutečněné rezidentem jednoho národního hospodářství (přímý investor)⁸ s cílem založit dlouhodobou účast na podniku (společnost jako přímá investice) se sídlem v hospodářství odlišném od investora. Přímé zahraniční investice jsou tedy obvykle přímo kontrolovány zahraničním investorem, který se podílí na riziku, ale také na kontrole managementu dané obchodní společnosti.⁹ Někteří autoři uvádějí podíl 10 % jako minimální hranici charakterizující přímou zahraniční investici.¹⁰ Vzhledem k možnosti využití sofistikovaných mechanismů corporate governance, jako jsou např. pyramidální struktury,¹¹ je podle autora nemožné stanovit obecnou hranici pro podíl zajišťující dostatečný vliv investora na vedení společnosti. Tuto hranici je tedy nutné určit vždy *ad hoc* vzhledem k majetkové struktuře dané společnosti.

Od přímých zahraničních investic je třeba odlišovat investice portfoliové. Portfoliové investice bývají uskutečňovány pomocí nabývání kapitálových vkladů, bez jakékoliv možnosti efektivního vlivu na řízení společnosti. Pokud tedy daný podíl nabytých akcií nedosahuje minimální hranice stanovené pro přímou zahraniční investici, jedná se podle ekonomické

⁷ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů, str. 21.

⁸ Z hlediska IITs je zahraniční prvek investice zaručen zahraniční státní příslušností investora.

⁹ Gajdušková, Z., Pojem investice v mezinárodních dohodách na ochranu investic, str. 45.

¹⁰ Wang, P., The Economics of Foreign Exchange and Global Finance, str. 415.

¹¹ Pyramidální struktura spočívá v majoritní účasti akcionáře v první společnosti, která je majoritním akcionářem druhé společnosti atd. Původní vlastník se na poslední společnosti podílí jen velmi malým zlomkem svého vkladu, přesto ji však plně ovládá. Klusoň, V., Moderní korporace v soudobém kapitalismu, str. 63.

klasifikace o investici portfoliovou.¹² Portfoliové investice dále zahrnují směňky, dluhopisy, finanční deriváty a jiné instrumenty finančního trhu. Pro portfoliové investice je charakteristická jejich dynamičnost a likvidita. Z hlediska hostitelského státu patří mezi pozitivní aspekty portfoliových investic tlak na transparentnost domácích korporací, zlepšení úrovně corporate governance a rozvoj kapitálového trhu nejen samotným přílivem kapitálu, ale také působením sofistikovaných finančních instrumentů a know-how.¹³

Od investice v materiálním smyslu je třeba odlišovat dovoz a vývoz, tedy běžnou komerční činnost, vznikající například na základě kupní smlouvy, která postrádá zejména prvky dlouhodobosti a rizikovosti.

3 Formální definice investice

V rovině právní („formální definice“) nelze uvažovat o vytvoření jednotné definice investice. Pojem investice je třeba chápat vzhledem k povaze, smyslu i textaci konkrétní smlouvy. Určité rozdíly lze vysledovat i v definování investice v rámci jednotlivých IITs. Tyto rozdíly jsou způsobené odlišnou motivací a negociační silou jednotlivých smluvních stran, i postupným historickým vývojem. Státy, které kapitál primárně exportují, mají snahu o definici co nejširší, naopak v zájmu zemí kapitál primárně importujících je rozsah definice investice omezovat.¹⁴

Definice investice se skládá z úvodní charakteristiky investice (obecná část), na kterou navazuje taxativní, či demonstrativní výčet majetkových hodnot považovaných za investici (analytická část). Nejširěji definované BITs za investici považují „každou majetkovou hodnotu“¹⁵, kterou dále prostřednictvím demonstrativní výčtu aktiv konkretizují („broad asset-based definition“). Chráněná jsou zpravidla práva hmotná i nehmotná, movitá i nemovitá; dále pak hostitelským státem vydané licence a povolení, práva mající

¹² Wang, P., The Economics of Foreign Exchange and Global Finance str.409.

¹³ Wang, P., The Economics of Foreign Exchange and Global Finance, str.400.

¹⁴ V současné době je však již striktní rozdělování na země kapitál exportující a země kapitál importující neodpovídá realitě. BITs mezi sebou vzájemně uzavírají i rozvíjející země („South-South“ BITs).

¹⁵ Tato úvodní část definice je i součástí většiny „českých“ BITs.

ekonomickou hodnotu vyplývající ze smluv, majetkové hodnoty mající z ekonomického hlediska charakter portfoliové investice, tedy akcie, směnky, dluhopisy, finanční deriváty.¹⁶ Tento druh široké definice investice obsahuje také multilaterální Dohoda k Energetické Chartě (ECT), na základě které bude zřejmě proti České republice vedena část „solárních arbitráží“.^{17,18}

Ze samotného principu demonstrativního výčtu podle autora vyplývá jasný princip formulovaný ve věci *Siemens v Argentina*¹⁹: „Různé druhy aktiv jsou uvedeny jako příklady, nikoliv s úmyslem nevyjmenovaná aktiva vyloučit“.²⁰ Ve věci *Mitchel v Kongo*²¹ však bylo konstatováno, že explicitní zahrnutí „zisků, které byly reinvestovány“ mezi demonstrativní výčet chráněných forem „investice“ zároveň automaticky vylučuje „zisky, které nejsou reinvestované“. Argumenty *a contrario* mohou být také založené na zdůvodnění „zahrnutí majetkové hodnoty do jedné BITs znamená vyloučení téhož principu v jiné BIT“.²² V tomto aspektu jsou jednoznačné smlouvy, ve kterých není výčet investice demonstrativní, ale taxativní. Taxativní výčet chráněných majetkových hodnot pak nezřídka bývá doplněn omezeními, či explicitním vyjmenováním majetkových hodnot, které do definice nespádají. IITs dále mohou obsahovat požadavek, aby byla investice učiněna v souladu s legislativou hostitelského státu a na jeho území.²³

3.1 Tautologické definice investice

Problematické jsou smlouvy, které investice definují částečně tautologicky. Tautologické definice používají slovo investice nejenom jako pojem definovaný, ale také definující. Příkladem může být definice obsažená Dohodě mezi USA a ČSFR, která je uvozena: „Investice

¹⁶ Finanční deriváty explicitně zahrnuje *US Model BIT z roku 2004*.

¹⁷ Specifikem Dohoda k Energetické Chartě je však omezení věcného rozsahu na energetický sektor ekonomiky.

¹⁸ Kundera, J., Čas nazrál. Solární investoři zahajují právní palbu na stát.

¹⁹ Siemens A.G., v The Argentine Republic, (ICSID Case No. Arb/02/8).

²⁰ Podobně též Plama Consortium Limited v Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24).

²¹ Mitchel v The Democratic Republic of Congo (ICSID Case No. ARB/99/7).

²² Blíže viz Fauchald O., The Legal Reasoning of ICSID Tribunals- An Empirical Analysis.

²³ Např. Dohoda o vzájemné podpoře a ochraně investic mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Francouzskou republikou článek 1: „... přičemž se rozumí, tato aktiva jsou nebo byla investována v souladu s právním řádem smluvní strany, na jejím území, nebo v jejím přímořském pásmu je investice uskutečněna (sic!).“

označuje jakýkoliv druh investice, která je vlastněna přímo či nepřímo (...) a zahrnuje:...", načež následuje výčet majetkových hodnot v části analytické.

Tautologická je i definice investice obsažena v článku 6 ECT.²⁴ Podle C. Baltag je tautologický charakter definice investice v ECT projevem snahy smluvních stran korigovat široký demonstrativní výčet chráněných aktiv materiálními kritérii. Tento úmysl se dále projevuje v použití uvozovek, pokud se jedná o „investici“ ve smyslu formálním (respektive ve smyslu legální definice investice) a jejich absencí, pokud se jedná investici ve smyslu materiálním.²⁵ Tautologická povaha definice byla částečně potvrzena ve věci *Petrobart*.²⁶ Tribunál však pouze konstatoval problematičnost a kruhovost definice investice, bližší analýze se vyhnul a materiální kritéria neaplikoval.²⁷

Ačkoliv tedy tautologická definice explicitně materiální aspekty neuvádí, měl by tribunál přihlédnout k ekonomickému významu pojmu investice. Zatímco netautologické definice jsou z hlediska gramatického výkladu jasně vymezeny vyjmenovanými aktivy, přítomnost tautologického prvku je podle autora odkazem na materiální aspekty investice.²⁸ Tautologické definice tak mají stejný účel, jako definice, které výčet chráněných majetkových hodnot (v analytické části) explicitně korigují materiálními kritérii (v obecné části). Je tedy třeba odmítnout názor vyslovený v případě *Plama*²⁹, že ECT obsahuje výjimečně extenzivní definici investice. Je sice pravda, že výčet aktiv je zřejmě nejširší možný, tento fakt je však vykompenzován přítomností tautologického prvku. Každá potenciální investice tak musí projít dvojitým testem – majetková hodnota musí být nejen obsažena v demonstrativním

²⁴ „Investicí“ se rozumí každá investice spojená hospodářskými činnostmi v odvětví energetiky a každá investice, nebo kategorie investic, které smluvní strana na svém území definovala jako „projekty účinnosti charty“.

²⁵ Baltag, C., Keeping up with the notion of Investment: The Case of The Energy Charter Treaty).

²⁶ *Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 2005.

²⁷ Názor o kruhovosti definice investice v ECT přejímá i prof. Bělohlávek (Bělohlávek, str.143). Podle Bělohlávka tato kruhovost vzbuzuje pochybnosti ohledně správného výkladu. Podle autora se však o kruhovou definici *stricto sensu* nejedná. Termín investice je totiž v tautologické definici použit ve dvou odlišných významech. Explicitní a extenzivní výčet „investice“ (tedy zvláštní význam slova investice) je korigován materiálními aspekty inherentně obsaženými v obvyklém významu slova investice. Blíže k napětí mezi zvláštním a obvyklým významem slova „investice“ viz část 4 této práce.

²⁸ Tento názor potvrzuje i analýza UNCTAD (International Investment Arrangments: Trends and Emerging Issues, str.20).

²⁹ *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24).

výčtu, ale zároveň musí naplňovat určitá materiální ekonomická kritéria, která tvoří „obvyklý význam“ slova investice.

4 Formální versus materiální definice investice

Formální definice investice v některých IITs jsou mnohem širší, než obecná ekonomická (materiální) definice investice. Široké definice zahrnují jak investice přímé, tak většinou i investice portfoliové. Druhým důsledkem široké definice investice je, že nereflexuje distinkci mezi investicemi a běžnými obchodními smlouvami bez „investičního přesahu“. Doktrína je téměř jednotná v kritice širokých definic investice, jelikož „opomíjejí takové znaky, jako dobu trvání (dlouhodobost) a závislost výnosu na úspěchu podnikání.“^{30,31}

Na důsledky nekorigování široké formální definice definicí materiální upozorňuje Douglas, když se poněkud sugestivně ptá, zda lístek do metra konstituuje chráněnou investici. I lístek do metra je totiž subsumovatelný pod kategorii „jakýkoliv nárok na plnění mající ekonomickou hodnotu, který vyplývá ze smlouvy“. Poskytnutí ochrany i nejbanálnějším obchodním transakcím podle Douglase porušuje samotný smysl IITs, kterým je rozvoj ekonomiky hostitelského státu. Podle Douglase je třeba zachovat *quid pro quo* IITs a ochranu poskytnout jen těm podnikatelským aktivitám, které přispívají k ekonomickému rozvoji hostitelského a naplňují materiální pojetí investice.³² Douglas dovozuje účel a smysl IIT především z jejich názvu, preambule, a rozhodčí doložky - tedy částí smluv, kde se objevuje slovo investice.³³ Korigování jednoznačné legální definice investice materiálními kritérii je však podle autora v rozporu s článkem 31 odst. 4 Vídeňské úmluvy o smluvním právu.³⁴ Smluvní strany se rozhodly dát termínu „investice“ zvláštní význam, který plně naplnily legální definicí investice. V takovém případě tak není metodologicky korektní zvláštní význam

³⁰ Autor však nesouhlasí s tím, že tato námitka je prof. Šturmou explicitně namířena také proti definici investice obsažené v BIT mezi USA a ČSFR. Tato je sice z hlediska analytické části široká, nicméně její obecná část je tautologická a materiální znaky tedy neopomíjí.

³¹ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů, str.32.

Douglas, Z., The International Law of Investment Claims, str.135.

Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment, str. 25.

³² Douglas, Z., The International Law of Investment Claims, str. 135.

³³ *Ibid.*

³⁴ Článek 31, odst. 4 Vídeňské úmluvy: „Výraz bude chápán ve zvláštním smyslu, potvrdí-li se, že to bylo úmyslem stran“. Zahrnutí explicitní definice je nejčastějším způsobem projevení vůle dát použitému výrazu zvláštní význam (Dorr, Vienna Convention on Law of Treaties: A Commentary, str. 549).

korigovat významem obvyklým.³⁵ V případě, že by předmětem tvrzené investice skutečně byl lístek do metra, by bylo nutné korigovat i jasný „zvláštní význam“ pojmu investice, jelikož by jeho aplikace byla „zřejmě nerozumná“ ve smyslu článku 32 Vídeňské úmluvy.³⁶ Označení interpretace za „zřejmě nerozumnou“ je však *ultima ratio*, které lze podle autora aplikovat pouze *ad hoc* na extrémní případy „ne-investice“, jako např. lístek do metra, nikoliv jako obecné zdůvodnění aplikování materiálních kritérií bez textuální opory. Za chybný je podle autora třeba považovat postup, kdy je na základě článku 32 Vídeňské úmluvy *en bloc* odmítnuta jurisdikce ve vztahu k portfoliovým investicím.³⁷

4.1 Střet formální a materiální definice mimo ICSID

Ve sporu *Petrobart v Kyrgistán*³⁸, vedené na základě ECT podle pravidel SCC, tribunál konstatoval, že kupní smlouva na 200 000 tun plynového kondenzátu konstituuje chráněnou investici. Klíčovým aspektem rozhodnutí je závěr, že v případě přítomnosti explicitní legální definice investice je nutné aplikovat výhradně tuto definici. Předmětná kupní smlouva byla subsumovatelná pod článek 1 odst. 6 písmeno c) ECT, podle kterého jsou investicí „peněžní pohledávky a nároky na jakékoli plnění podle smlouvy mající hospodářskou hodnotu a související s investicí“. Ve sporu *Pope Talbot v Kanada*³⁹, vedeného na základě NAFTA a pravidel UNCITRAL pak tribunál judikoval, že ve smlouvě není žádný základ pro striktní oddělování „investice“ a „obchodu ze zbožím“. V případě, že v příslušné IIT je investice definována extenzivně bez jakéhokoliv materiálního korektivu, je podle autora povinností

³⁵ Článek 31, odst 1 Vídeňské úmluvy: „Smlouva musí být vykládána v dobré víře, v souladu s obvyklým významem, který je dáván výrazům ve smlouvě v jejich celkové souvislosti, a rovněž s přihlédnutím k předmětu a účelu smlouvy.“

³⁶ Doplnkových prostředků výkladu, včetně přípravných materiálů na smlouvě a okolností, za nichž byla smlouva uzavřena, lze použít buď pro potvrzení významu, který vyplývá z použití článku 31, nebo pro určení významu, když výklad provedený podle článku 31:

- a) buď ponechává význam nejednoznačným nebo nejasným; nebo
- b) vede k výsledku, který je zřejmě protismyslný nebo nerozumný

³⁷ Tento chybný postup byl implicitně použit v případě Alps Finance and Trade AG v. Slovensko. Tribunál zde judikoval, že poskytnutí ochrany běžnému nabytí pohledávek je zjevně nerozumné, jelikož se jednalo o soukromou spekulativní transakci, která neměla vliv na ekonomiku hostitelského státu. Přínos portfoliových investic hostitelskému státu bývá v investiční judikatuře a literatuře bohužel často odmítán bez jakékoliv argumentace. Toto odmítnutí je pak základem pro vyloučení portfoliových investic z ochrany IIT a to zpravidla na základě, údajně zjevného „účelu a smyslu“, dané IIT a zachování *quid pro quo* systému mezinárodní ochrany investic.

³⁸ *Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 2005.

³⁹ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, 2002.

tribunálu vyslovit jurisdikci *ratione materiae* i nad transakcí, která nemá z ekonomického hlediska povahu investice.

Shoda na nutnosti respektování *prima facie* jasné definice investice však v investiční judikatuře ani doktríně nepanuje. V případě *Romak v Uzbekistán*⁴⁰ byl tribunál, rozhodující podle pravidel UNCITRAL, postaven před otázkou, zda smlouva o dodávkách pšenice představuje chráněnou investici. Podle příslušné BIT mezi Švýcarskem a Uzbekistánem je investice definována jako „jakákoliv majetková hodnota“, v analytické části je pak tato definice doplněna demonstrativním výčtem chráněných aktiv, včetně „práv ze smluv mající ekonomickou hodnotu“.

Tribunál se však rozhodl explicitní a jednoznačnou definice doplnit o materiální kritéria, které jsou nedílnou součástí pojmu investice. Nekorigování širokého výčtu chráněných aktiv materiálními kritérii by podle tribunálu zbavilo pojem investice jeho inherentního materiálního aspektu. Takový postup by podle tribunálu byl v rozporu s „předmětem a účelem smlouvy“. Teleologický aspekt distinkce mezi investicí a běžnou kupní smlouvou mimo jiné spočíval ve skutečnosti, že stejný den jako předmětná BIT byla smluvními stranami uzavřena i Smlouva o obchodní a ekonomické spolupráci. Tato smlouva výslovně upravovala vzájemná práva a povinnosti ve vztahu k běžnému exportu a importu, *a contrario* tedy kupní smlouva nemůže spadat do úpravy předmětné BIT. Tuto sérii, dle autora nepřesvědčivých, argumentů pak tribunál završil aplikováním „objektivních obrysů investice“, konkrétně i) přispění ekonomice hostitelského státu, ii) určitou dobu trvání a iii) podstoupení rizika. Na základě aplikace těchto kritérií pak tribunál svou jurisdikci nad zmíněnou smlouvou zamítl.

K aplikaci, stejným způsobem modifikovaného, Salini testu mimo středisko ICSID přistoupil i tribunál ve věci *Alps Finance and Trade v Slovensko*.⁴¹ Zde dokonce rozhodci tato kritéria označili za součást mezinárodního obyčejového práva. Naopak ve věci *White Industries v Indie*⁴² rozhodci jasně odmítli argumentaci Indie explicitně postavenou na výše

⁴⁰Romak S.A. v . The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, 2009.

⁴¹ Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic, UNCITRAL, Award, 5 March 2011.

⁴² White Industries Australia Limited v. India, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011.

zmiňovaných názorech Z. Douglase. Podle tribunálu nelze aplikovat Salini test mimo rozhodovací činnost střediska ICSID a je třeba držet se textu příslušné definice investice.

Aplikování Salini testu bez textuálního základu je některými autory⁴³ hodnoceno pozitivně, neboť vede k jednotnému výkladu „investice“, bez ohledu na pravidla, na základě kterých je arbitráž vedena. Korigování jednoznačného textu definice investice a tedy i jednoznačného vyjádření vůle stran z velké části arbitrárními ekonomickými kritérii je však podle autora příliš vysokou daní za zjednodušení složité a roztržité materie. Materiální kritéria je vhodné aplikovat pouze tam, kde je pro takový postup textuální opora. Textuální základ pro aplikaci materiálních kritérií však podle autora lze najít nejen ve Washingtonské úmluvě, či *prima facie* restriktivních IITs, ale také ve zdánlivě velmi širokých definicích investice, které však obsahují tautologický prvek (jako např. definice obsažená v ECT).

5 Definice Investice v judikatuře ICSID

Jak již bylo zmíněno výše, ICSID je jedinou specializovanou institucí určenou k řešení investičních sporů. Pro účely této práce je nejvýznamnější projevem zmíněné specifičnosti formulování vlastních jurisdikčních požadavků. Článek 25 odst.1 Washingtonské úmluvy stanoví: „Soudní pravomoc Střediska se vztahuje na každý právní spor vznikající přímo z investice mezi smluvním státem (nebo orgánem či zastoupením smluvního státu určeným Středisku tímto státem) a občanem jiného smluvního státu...“. Absence definice investice ve Washingtonské úmluvě není důsledkem opomenutí, ale představuje kompromis složitého vyjednávacího procesu. Skupina rozvinutých států obhajovala co nejširší definici investice, aby se jurisdikce ICSID vztahovala na co nejširší spektrum podnikatelských aktivit. Skupina rozvojových států naopak usilovala o omezení rozsahu „investice“ na aktivity naplňující přísná ekonomická kritéria. Výsledkem tohoto sporu byl podle J. Mortensona vítězství „jurisdikčních maximalistů“ a to za ústupky v jiných aspektech Washingtonské úmluvy. Omezení jurisdikce na majetkové hodnoty naplňující určitá ekonomická kritéria bylo tedy zváženo a zamítnuto, aplikace rigidních jurisdikčních kritérií je podle zmiňovaného autora v

⁴³ Halonen, L, Bridging The Gap in The Notion of Investment Between ICSID and UNCITRAL Arbitrations, str.20.

rozporu jak s textem Washingtonské úmluvy, tak s jejím předmětem a účelem vyplývajícím z příslušných *travaux préparatoires*.⁴⁴

Jednotlivé ICSID tribunály k absenci definice investice přistupují dvěma základními způsoby. První je způsob objektivní, druhý subjektivní. Podle objektivního přístupu musí podnikatelská aktivita projít testem „dvojí klíčové dírky“ („double key-hole test“, „double-barreled test“). Podle toho přístupu musí být splněna nejen definice obsažená IIT, ale také určitá kritéria, která jsou inherentně obsažena v termínu „investice“ uvedeném v článku 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy.⁴⁵

Podle subjektivního výkladu je naplnění termínu investice ponecháno na smluvních stranách příslušné IIT, na základě které se investor na ICSID obrací. Subjektivistickému rozhodci tak k vyslovení existence investice postačuje, že majetková hodnota splňuje definici investice relevantní IIT. Spíše než binární přístup (buď subjektivní, nebo objektivní přístup) rozhodování ICSID tribunálů charakterizuje pomyslné kontinuum, kde zcela liberální subjektivisté představují jeden hraniční bod a rigidní objektivisté bod druhý.

5.1 Objektivní výklad Washnigtonské úmluvy

Podle objektivního výkladu není použití termínu investice pouhým odkazem na definici v příslušné IIT, ale je nutné ho naplnit vlastním významem. Tento závěr je podle Schreura částečně potvrzen Rozhodčími pravidly ICSID. Podle druhého pravidla je v žádosti o smírčí řízení nebo o rozhodčí řízení nutno uvést nikoliv pouze podrobnosti o souhlasu stran, ale také informace týkající se předmětu sporu, prokazující, že se jedná o spor přímo vyplývající z investice.⁴⁶ Tento podpůrný argument však pouze částečně vyvrací extrémně subjektivistický výklad, který však téměř nikdo nezastává. V žádném případě nemůže sloužit jako základ pro aplikaci rigidního jurisdikčního testu.

⁴⁴ Mortensen, The Meaning of Investment :ICSID Travaux and The Domain of International Investment Law, str.259.

⁴⁵ Stern, B, The Countours of The Notion of Protected Investment, str.535.

⁴⁶ Schreuer, Ch., The ICSID Convention: a commentary, str.130.

Intelektuální základ „školy“ objektivního výkladu představuje stěžejní dílo investičního práva, komentář k Washingtonské Úmluvě z pera prof. Schreura. Christopher Schreuer v prvním vydání svého komentáře identifikoval znaky, kterými se vyznačují investice předložené ICSID.

Těmito znaky jsou:

- i) určité trvání investice
- ii) určitá pravidelnost výnosů (toto kritérium není součástí vlastního Salini testu)
- iii) převzetí rizika investorem
- iv) vynaložení významných prostředků či vkladu investorem
- v) přínos investice pro rozvoj hostitelského státu

Kauza *Fedex v Venezuela*⁴⁷ z roku 1997 je první případ, kdy ICSID tribunál tato kritéria aplikoval a na základě jejich naplnění rozhodl o své jurisdikci nad směnkami. Tribunál se však ve svém rozhodnutí nepustil do hlubší analýzy vyjmenovaných kritérií. Nejdůležitějším případem v otázce „investice“ v rámci ICSID je bezesporu případ *Salini v Maroko*.⁴⁸ Tribunál opustil kritérium pravidelnosti zisku a zbývající Schreurova deskriptivní kritéria transformovalo do preskriptivních jurisdikčních kritérií – Salini testu.^{49,50}

Příkladem maximalistické aplikace Salini kritérií je *Phoenix v Česká republika*.⁵¹ V tomto případě se tribunál vyrovnal s jasným zneužitím investiční arbitráže pomocí rozšíření Salini testu o prvek souladu investice s právním řádem hostitelského státu a také o požadavek, aby byla investice z hlediska mezinárodního práva uskutečněna v dobré víře. Rozšíření Salini testu o kritéria legality a dobré víry jednoznačně odmítl nález ve věci *Saba Fakes v Turecko*⁵², když judikoval, že požadavek dobré víry a legality nemá žádnou oporu v článku 25 odst. 1

⁴⁷ Fedax N.V v Republic of Venezuela (ICSID Case No.ARB/96/3).

⁴⁸ Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No.ARB/00/4).

⁴⁹ Termín Salini test bývá většinou používán jako obecný termín pro objektivní jurisdikční test, i pokud nejsou vyžadována všechna zmíněná kritéria.

⁵⁰ Stern B, The Contours of The Notion of Protected Investment, str. 536.

⁵¹ Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5).

⁵² Mr. Saba Fakes v Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/07/20).

Washingtonské úmluvy. Ilegálnost a absence dobré víry nezabavuje investici charakter investice. Otázka legality je podle tribunálu ponechána na úpravě příslušné IIT.

Subkategorií objektivního výkladu je „intuitivní přístup“ („intuitive approach“, „liberal approach“). Zastánci intuitivního přístupu používají Salini kritéria jako výchozí bod svých úvah, nevyžadují však naplnění všech kritérií (bez ohledu na to, jakou verzi Salini testu aplikují)⁵³. Nález ve věci *RSM v Granada*⁵⁴ explicitně cituje kritéria aplikována ve věci *Fedax* s dovětkem, že tato kritéria nepředstavují striktní jurisdikční požadavky, ale spíše indikátory přítomnosti investice. Stejně flexibilně postupoval tribunály ve věci *Toto v. Libanon*⁵⁵, typickými „zástupci“ intuitivního přístupu jsou podle Gaillarda⁵⁶ dále *ČSOB v Slovensko*⁵⁷ či *MCI v Ekvádor*⁵⁸. Mezi přední zastánce intuitivního přístupu poněkud paradoxně patří i „autor“ původních kritérií Christoph Schreuer.⁵⁹ Objektivní výklad může mít velmi negativní důsledky v případě, že IIT nenabízí žádnou jinou formu rozhodčího řízení mimo ICSID. V takovém případě může být ponechána určitá skupina majetkových hodnot, explicitně zahrnutá do definice investice, zcela bez ochrany.

5.2 Subjektivní výklad Washingtonské úmluvy

Subjektivní „škola“ klade místo na aplikaci Salini kritérií důraz na vůli stran, která se projevila ve znění definice investice v IIT. Příkladem subjektivního výkladu může být rozhodnutí *Gruslin v Malajsie*⁶⁰ (předmětem byl nákup cenných papírů), kde tribunál připomíná, že Washingtonská úmluva definici investice neobsahuje a ponechává ji na vůli stran. Stejný argument použil tribunál ve věci *Generation Ukraine*⁶¹, kde byla žalobci znemožněna plánována výstavba komplexu kancelářských budov. To, že v těchto rozhodnutích nebylo zformulované žádné omezení definice investice a Salini test nebyl vůbec aplikován, je

⁵³ Stern B, The Countours of The Notion of Protected Investment, str. 537.

⁵⁴ RSM Production Corporation v Grenada (ICSID Case No. ARB/05/14).

⁵⁵ Toto Construzioni Generali S. p. A. v Republic of Lebanon (ICSID case No.ARB/07/12).

⁵⁶ Gaillard.E., Identify or Define? Reflections on The Evolution of Concept of Investment in ICSID Arbitration, str.406.

⁵⁷ Československá Obchodní Banka, A.S v The Slovak Republic (ICSID case No. ARB/97/4).

⁵⁸ M.C.I Power Group L.C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador (ICSID case No. ARB/ ARB/03/6).

⁵⁹ Gaillard.E., Identify or Define? Reflections on The Evolution of Concept of Investment in ICSID Arbitration, str.409.

⁶⁰ Phillipe Gruslin v The State of Malaysia (ICSID case No.ARB/99/3).

⁶¹ Generation Ukraine, In. v. Ukraine, (ICSID Case No. ARB/00/9).

částečně důsledkem přesvědčení tribunálu o *prima facie* naplnění investice, nikoliv potvrzením neomezené volnosti IIT.

I v rámci subjektivní interpretace je přijímáno, že volnost vysokých smluvních stran má své limity. Zastánci čistě subjektivního přístupu připouštějí korekci definice uvedené v IITs materiálními kritérii v případě, že by subjektivní přístup vedl ke zjevně nerozumným důsledkům. Běžná obchodní transakce nebude spadat do jurisdikce ICSID ani podle subjektivistů. Ke korigování tohoto závěru může posloužit Paulssonovo *obiter dictum* v kauze *Pantechniki*. Běžná kupní smlouva na jeden traktor chráněnou investici v žádném případě nekonstituuje, smlouva na dlouhodobé zásobování „traktorového parku“ s odloženým datem splatnosti, či dodávka prototypu traktoru, který má potenciál zásadním způsobem zvýšit efektivitu zemědělství hostitelského státu, by však investicí bytí mohla i v rámci Washingtonské úmluvy.⁶²

5.3 Požadavek určité doby trvání investice

Z ekonomického hlediska je jedním z jednoznačných kritérií odlišujících investici a běžnou obchodní transakci doba trvání dané podnikatelské činnosti. Tribunály kritérium dlouhodobosti zpravidla posuzují v kombinaci s ostatními požadavky, především s kritériem vkladu a kritériem rizika, aby určili pravou povahu ekonomické aktivity. Za dostatečné bývá v judikatuře považováno trvání investice mezi dvěma a pěti lety.⁶³ Pro účely tohoto kritéria není podle tribunálu ve věci *LESI*⁶⁴ relevantní pouze samotná realizace ekonomické aktivity, ale také přípravná fáze, účast na výběrovém řízení, renegociační období a podobně. Ačkoliv lze souhlasit se Sekaninou⁶⁵, že časové kritérium patří mezi méně kontroverzní, objevuje se v doktríně kritika temporálního požadavku jako arbitrárního, či motivující stát k co nejrychlejšímu zmaření „investice“.⁶⁶

⁶² Pantechniki S.A. Contractors and Engineers v The Republic of Albania, (ICSID Case No. ARB/07/21), para.44.

⁶³ Schreuer, Ch., The ICSID Convention: a commentary, str.130.

⁶⁴ LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria (ICSID Case No. ARB/05/3).

⁶⁵ Překlad OŠekanina, O. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel ICSID, Jurisprudence, 7/2008.

⁶⁶ Newcombe, A. Fakes vs. Phoenix, Kluwer Arbitration Blog.

5.4 Požadavek převzetí rizika investorem

Podle tohoto kritéria je investor povinen nést rizika transakce. Riziko definující investici je předně třeba odlišit od rizika plynoucího z běžného komerčního vztahu. Pro přijetí rizika tak nestačí nebezpečí, že smluvní partner investora nesplní svoje smluvní povinnosti. Náležitým přijetím rizika nemusí být ani situace, kdy je odměna podnikatele zcela závislá na „success-fee“, pokud je takový způsob odměňování v daném odvětví běžný.⁶⁷ V kauze *Salini* však tribunál však konstatoval: „...stavba, která trvá mnoho let a pro kterou celkové náklady nemohou být s jistotou stanoveny předem, představuje zřejmé riziko pro zhotovitele“. V kauze *Fedax* byl samotný fakt investičního sporu považován za indikátor rizika.

Významným aspektem tohoto kritéria je vystavení se rizikům nejen ekonomickým, ale také politickým. Za rizikový faktor byla považována také nutnost podrobit se jurisdikci soudů hostitelského státu. Je tedy možné shrnout, že podmínku přítomnosti rizika bude snadnější naplnit ve státech s nestabilní politickou situací, nefunkční státní správou a soudnictvím.

5.5 Požadavek vynaložení významných prostředků ze strany investora

Realizování investice jako ekonomickou činnost charakterizuje především vynaložení prostředků, tedy odložení spotřeby za účelem budoucího zisku. Tyto prostředky mohou nabývat podoby peněžní hotovosti, vkladu jiných majetkových hodnot, či vklad ve formě práce. Ve věci *Holiday Inns*⁶⁸ byl za dostatečný označen přínos ve formě poskytnutí dobrého jména a znalostí z oblasti provozování hotelů. Některé tribunály vyžadují podstatné, či významné vynaložení prostředků.⁶⁹ Významnost vynaložení prostředků je měřena nikoliv vůči konkrétnímu sektoru ekonomiky, ve které investor podniká, ale z pohledu celkového. Za relevantní jsou považovány i prostředky, které si zahraniční investor opatřil z lokálních fondů, či půjček získaných v hostitelské zemi.

⁶⁷ Malaysian Historical Salvors v Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10).

⁶⁸ Holiday Inns S.A. and Others v. Morocco (ICSID Case No. ARB/72/1).

⁶⁹ Bayindir Insaat Turizm Teceret v Pakistan, (ICSID Case No. ARB/05/07).

5.6 Požadavek přínosu ekonomické aktivity hostitelskému státu

Kritérium přínosu hostitelskému státu je zřejmě nejsubjektivnějším a nejkontroverznějším aspektem Salini testu. Základem tohoto kritéria je samotný *telos* mezinárodního ekonomického práva- ekonomický rozvoj. Problém tohoto kritéria dále spočívá v tom, že přínos hostitelského státu je pevně svázán s ostatními kritérii. Pokud je tedy jeho naplňování hodnoceno shovívavě, jedná se o kritérium nadbytečné. Pokud je k jeho naplnění vyžadován vysoký standard, je příliš restriktivní a jen těžko souladný s textem Washingtonské úmluvy, zvláště přihlédneme-li k výše zmíněnému procesu negociace této mezinárodní smlouvy. V později anulovaném nálezu *NHS v Malajsie*⁷⁰ bylo judikováno, že kulturní přínos investora spočívají ve vyzvednutí a restauraci historické lodí nekonstituuje naplnění tohoto kritéria, neboť relevantní je pouze přínos ekonomický. Kulturní přínos je relevantní pouze do té míry, do jaké zvyšuje ekonomický potenciál hostitelského státu. Tato úvaha jasně ukazuje určitou spekulativnost, která je spojena s posuzováním naplnění kritéria přínosu. Na rozdíl od požadavku vynaložení prostředků je totiž přínos ekonomice hostitelského státu nutné zvažovat též *pro futuro*. V případě *Malicorp v Egypt* tribunál došel k závěru, že k splnění tohoto kritéria je dostatečný smluvní závazek žalobce poskytnout přínos hostitelskému státu, ačkoliv tento přínos ještě nebyl realizován.⁷¹

Zřejmě nejobsáhlejší analýzu tohoto kritéria přinesl *ad hoc* výbor ve věci *Mitchell*⁷², která se věcně týká zmaření podnikatelské činnosti amerického právníka působícího v Kongu.

Tribunál konstatoval, že přínos hostitelskému státu je samotný smyslem Washingtonské úmluvy a je tedy třeba se s otázkou naplnění tohoto kritéria vyrovnat, ať už explicitně či implicitně. Washingtonská úmluva má v tomto ohledu přednost (supremacy) nad BIT. Dále pak konstatoval: „Ad hoc výbor si nicméně přeje upřesnit, že podle jeho názoru existence přínosu k ekonomickému rozvoji hostitelského státu jakožto podstatná, avšak nikoliv postačující, charakteristika respektive nesporné kritérium investice neznamena, že takový přínos musí být vždy velký či úspěšný, a že samozřejmě tribunály ICSID nemusí hodnotit opravdový přínos předmětné činnosti. Stačí, že činnost tak či onak přispěje k ekonomickému

⁷⁰Malaysian Historical Salvors v Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10).

⁷¹Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011.

⁷²Mitchel v The Democratic Republic of Congo (ICSID Case No.ARB/99/7).

rozvoji hostitelského státu, a tento koncept ekonomického rozvoje na každý pád extrémně široký, ale také proměnlivý v závislosti na daném případě.“⁷³ Tribunál tedy konstatoval, že posuzování přínosu hostitelskému státu je nutné, nicméně neposkytl žádná vodítka, která by investorovi mohla *ex ante* posloužit.

5.7 Požadavek legality investice

Ani v oblasti mezinárodněprávní ochrany investic nelze přehlížet klíčový význam vnitrostátního práva. Douglas v reportážní zkratce tvrdí: „Podstatou investičních sporů jsou investice, podstatou investic je majetek, podstatou majetku je jeho ochrana poskytovaná vnitrostátním právem domácího státu.“⁷⁴ Tribunál ve věci *Plama*⁷⁵ konstatoval, že možnost projednání vyvlastnění investice vyžaduje, aby tato investice již existovala a byla v souladu s právním řádem hostitelského státu.

Podle investiční judikatury pro mezinárodněprávní účely není relevantní, zda daná aktivita splňuje definici investice podle vnitrostátní legislativy, postačuje, že je legální.⁷⁶ Vznik a způsob nakládání s právem k majetkové hodnotě je otázkou vnitrostátního práva, zda je tato hodnota „investicí“ ve smyslu BIT je pak otázka práva mezinárodního.

Představme si, že by americký investor za účelem dlouhodobého, dostatečně rozsáhlého a technologicky inovativního pěstování ředkviček zatoužil nabýt pozemek patřící do půdního fondu, jehož nabytí mu však devizový zákon neumožňuje. Takový putativní investor by se nemohl domáhat ochrany vyplývající z česko-americké BIT, jelikož ještě nenabyl na základě českého práva žádný majetek, která tato BIT považuje za investici.⁷⁷ Naopak pokud by takový pozemek legálně nabyl a český zákonodárce by se arbitrárně rozhodl pěstování ředkviček zakázat, mohl by takový investor úspěšně namítat porušení standardu spravedlivého

⁷³ Sekanina, O. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel ICSID.

⁷⁴ Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, str.135.

⁷⁵ *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24).

⁷⁶ *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4).

⁷⁷ Článek 1 odst. 8 ECT zakotvuje závazek hostitelského státu pokusit se vyvinout „maximální úsilí“ ochraňovat práva investora i v předinvestiční fázi. Tento závazek však není relevantní ve vztahu k založení jurisdikce rozhodčího tribunálu.

zacházení. Náhradu škody by pak mohl požadovat i za náklady vynaložené během před-investiční fáze, v tomto konkrétním případě před nabytím vlastnického práva k daným pozemkům.⁷⁸ Za investici by neměly být považovány ani náklady, které putativní investor vynaložil před neúspěšnou realizací samotné investice.

Jednotlivé BITs se však liší v tom, zda je soulad investice se zákony hostitelského státu nutný pouze v momentu nabytí majetkové hodnoty konstituující investici, či zda je legalita vyžadována po celou dobu její realizace. Klíčové je také, zda je požadavek souladu s legislativou v příslušné BIT obsažen explicitně. V případě, že tomu tak je, představuje absence splnění tohoto kritéria důvod pro zamítnutí jurisdikce. V případě, že tento požadavek explicitně obsažen není, tribunál jurisdikci potvrdí, žalobu však označí za nepřipustnou („inadmissible“). Vzhledem k tomu, že otázka přípustnosti není otázkou jurisdikční, pak paradoxně takový nález nebude možné přezkoumat.⁷⁹ Pokud přijmeme rozšířený výčet Salini kritérií tak, jak byl obsažen v případě *Phoenix*, budeme považovat otázku legality z hlediska ICSID za problém jurisdikční. Nález vyslovující absenci jurisdikce z důvodů nesplnění požadavku legality (vyplývajícího z článku 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy) by tak bylo možné případně anulovat. Kritérium legality je tak relevantní jak ve sporech na základě ICSID, tak i ve sporech podle jiných pravidel, jelikož požadavek legality investice buď implicitně, nebo explicitně vyplývá z každé IIT.

Závěr

V této práci bylo ilustrováno, že mezinárodní investiční právo je obor vyznačující se nepředvídatelností a přítomností dvou nebo více názorů na každou důležitou otázku. Autor na příkladech z rozhodovací praxe investičních tribunálů demonstroval napětí mezi širokými definicemi investice obsaženými ve většině IITs a ekonomickými kritérii, které jsou spojeny s obvyklým významem pojmu „investice“. Podle autora je povinností tribunálu respektovat text definice investice, která je obsažena v příslušné IIT. Pokud tato definice obsahuje široký

⁷⁸ Takové zpětné zahrnutí před-investičních nákladů navrhuje v *obiter dictu* např. judikát *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*. (ICSIDCASE NO. ARB/00/2).

⁷⁹ Moloo, R. *Compliance with The Law Requirement*, str. 1485.

výčet aktiv a tento výčet není korigován materiálními kritérii, je povinností tribunálu aplikovat výhradně takovou definici, bez restrikce materiálními kritérii.

Aplikování Salini testu mimo rozhodovací činnost střediska ICSID je podle autora v rozporu s články 31 a 32 Vídeňské úmluvy. Jedinou výjimkou z toho pravidla představuje situace, kdy tribunál rozhoduje o ekonomické aktivitě, která zcela zjevně nemá povahu investice a jejíž ochrana, prostřednictvím mezinárodního investičního práva, by byla zcela zjevně nerozumná. V případě, že je definice investice tautologická, je naopak povinností tribunálu korigovat výčet chráněných aktiv materiálními kritérii.

I přes určité snahy o sblížení výkladu definice investice vyplývajících na jedné straně z IITs a na druhé straně z Washingtonské úmluvy lze stále mezi těmito režimy nalézt významné rozdíly. Z pozice potencionálního žalobce, jež si není zcela jist naplněním Salini kritérií, je tak zřejmě výhodnější zvolit alternativu v podobě pravidel UNCITRAL, které vlastní jurisdikční test neobsahují. V rámci judikatury střediska ICSID lze jen poměrně těžko hledat jednoznačný trend, který by stanovil, která materiální kriteria jsou rozhodující a jakým způsobem je třeba tato kritéria aplikovat. Obor mezinárodněprávní ochrany investic tak zřejmě čeká ještě dlouhé období právní nejistoty, než bude dosaženo tak často požadované konstantní judikatury (*jurisprudence constante*).

Seznam použitých zkratk

BIT	Bilateral Investment Treaty
ECT	Energy Charter Treaty
ICSID	The International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICC	International Chamber of Commerce
IIT	International Investment Treaty
MIT	Multilateral Investment Treaty
SCC	The Arbitration Institute of The Stockholm Chamber Commerce
UNCITRAL	United Nations Commission On International Trade Law
Vídeňská úmluva	Vídeňská úmluva o smluvním právu
Washingtonská úmluva	Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států

Použitá literatura

Monografie

Bělohlávek, A., *Ochrana přímých zahraničních investic v energetice*, C.H. Beck, 2009.

Dorr, O., Schmalenbach, K., *Vienna Convention on Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012.

Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009.

Klusoň, V., *Moderní korporace v soudobém kapitalismu*, Karolinum, 2010.

Schreuer, Ch., *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge University Press, 2009.

Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, 2004.

Šturma, P., *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*, Linde, 2008.

Wang, P., *The Economics of Foreign Exchange and Global Finance*, Springer 2009.

Články a studie

Baltag, C., *Keeping up with the notion of Investment: The Case of The Energy Charter Treaty*, Kluwer Arbitration Blog, 2012.

Fauchald O., *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals- An Empirical Analysis*, The European Journal of International Law Vol.19, EJIL 2008.

Gaillard, E., *Identify or Define? Reflections on The Evolution of Concept of Investment in ICSID Arbitration*, International Investment Law for the 21st Century. *Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press 2009.

Gajdušková, Z., *Pojem investice v mezinárodních dohodách na ochranu investic*, PF UK, 2011.

Halonen, L., *Bridging The Gap in The Notion of Investment Between ICSID and UNCITRAL Arbitrations*, ASA Bulletin, Volume 29, No.2, 2011.

Kundera, J., *Čas nazrál. Solární investoři zahajují právní palbu na stát, Česká pozice*, Duben 2011.

Mortensen, J., *The Meaning of Investment :ICSID Travaux and The Domain of International Investment Law*, Harvard International Law Journal, Volume 51, No.1, 2010.

Moloo, R., *Compliance with The Law Requirement*, Fordham International Law Journal, Vol.34, 2011.

Newcombe, A., *Fakes vs. Phoenix*, Kluwer Arbitration Blog, August, 2010.

Sekanina, O., *Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel ICSID*, Jurisprudence, 7/2008.

Stern, B., *The Countours of The Notion of Protected Investment*, ICSID Review, Number 2, Fall 2009.

UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note, United Nations, 2012

UNCTAD, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, 2011.

UNCTAD, *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, New York, 2006.

Rozhodčí nálezy

Abaclat and Others (Formerly Beccara and Others) v Argentina, Decision on Jurisdiction (ICSID Case No. ARB/07/05).

Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic, UNCITRAL, Award, 5 March 2011.

Bayindir Insaat Turizm Teceret v Pakistan, (ICSID Case No. ARB/05/07).

Československá Obchodní Banka, A.S v The Slovak Republic (ICSID case No. ARB/97/4).

Fedax N.V v Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3).

Generation Ukraine, In. v. Ukraine, (ICSID Case No. ARB/00/9).

Holiday Inns S.A. and Others v. Morocco (ICSID Case No. ARB/72/1).

Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation UNCITRAL Arbitration Rules, 2009.

Inceysa Vallisoletana, S.L.v Republic El Salvador, (ICSID Case No.ARB/03/26).

Malaysian Historical Salvors v Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10).

Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011.

Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka. (ICSIDCASE NO. ARB/00/2).

Mitchel v The Democratic Republic of Congo (ICSID Case No.ARB/99/7).

M.C.I Power Group L.C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador (ICSID case No. ARB/ARB/03/6)

Pantechniki S.A. Contractors and Engineers v The Republic of Albania, (ICSID Case No. ARB/07/21).

Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce,2005.

Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24).

Pheonix Action Ltd. v, Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5).

Phillipe Gruslin v The State of Malaysia (ICSID case No.ARB/99/3).

Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, 2002.

Romak S.A. v . The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, 2009.

Mr. Saba Fakes v Republic of Turkey (ICSID case No. ARB/07/20).

Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No.ARB/00/4).

Mezinárodní smlouvy a jejich návrhy

Canada Model FIPA 2007

Dohoda mezi vládou České republiky a vládou Rumunska o podpoře a vzájemné ochraně investic (Sdělení MZV ČR č.600/2009 Sb.m.s).

Dohoda o vzájemné podpoře a ochraně investic mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Francouzskou republikou (Sdělení MZV ČSFR č. 453/1991 Sb.)

Dohoda k energetické chartě (Sdělení MZV ČR č.372/1999 Sb.)

Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (Sdělení MZV ČR č.420/1992 Sb.)

Vídeňská úmluva o smluvním právu (1969).