

## DOPAD MEZINÁRODNÍCH DOHOD O OCHRANĚ INVESTIC NA PRAVOMOCI ČNB

Martina Pohanková\*

**Abstrakt:** Investiční dohody představují jedinečný typ mezinárodních smluv; ačkoliv jsou uzavírané mezi státy, vznikají na jejich základě práva investorům jako jednotlivcům. Pokud se zahraniční investor domnívá, že došlo ze strany státu k porušení ochrany garantované konkrétní dohodou, má unikátní možnost domáhat se nápravy formou mezinárodní arbitráže vedené přímo proti dotčenému státu. Jednání České národní banky jakožto státního orgánu je podle mezinárodního práva přičitatelné České republice; je tedy možné, že následkem opatření přijatých Českou národní bankou dojde k porušení práv investorů, a tedy k porušení mezinárodního práva. Článek se věnuje jednotlivým případům potenciálního zásahu do nejzásadnějších investičních standardů, zejména ochrany legitimního očekávání a zákazu vyvlastnění bez kompenzace, a to při výkonu pravomocí České národní banky. Na základě této analýzy článek upozorňuje na možná rizika, která mohou v souvislosti s investiční ochranou při činnostech centrálních bank vyvstávat.

**Klíčová slova:** dohody o ochraně investic, Česká národní banka, centrální banka, Dohoda TTIP, nepřímé vyvlastnění, legitimní očekávání, bankovní licence

### ÚVOD

Mezinárodní investiční právo a s ním nerozlučně spjaté investiční arbitráže vzbuzují v současné době poměrně velké kontroverze, a to i v řadách neodborné veřejnosti. Do popředí se tato tematika dostává zejména v souvislosti s konkrétními spory vedenými proti České republice, ale i s ohledem na uzavíranou Dohodu o transatlantickém obchodním a investičním partnerství („Dohoda TTIP“) mezi Evropskou unií a Spojenými státy.

Česká republika je jedním z nejčastěji žalovaných států v investiční arbitráži na světě,<sup>1</sup> do této chvíle bylo vůči ní zahájeno třicet dva investičních arbitráží.<sup>2</sup> Ačkoliv tato situace není nutně důsledek toho, že by právě Česká republika poskytovala investorům nejméně kvalitní ochranu, nemění to nic na tom, že by tato skutečnost měla vést k pečlivějšímu posuzování možných dopadů na práva investorů v různých sférách činnosti státu. Tento článek si poté klade za cíl zanalyzovat možné důsledky investiční ochrany ve vztahu k výkonu pravomocí České národní banky („ČNB“) jakožto orgánu, který je nadán poměrně širokými rozhodovacími a regulačními pravomocemi ve finančním sektoru. Tato oblast je navíc aktuální nejen z výše uvedených důvodů, ale i díky obecnému trendu, podle kterého právě finanční sektor začíná možnost investiční arbitráže využívat k ochraně svých práv stále častěji.<sup>3</sup>

\* Mgr. Martina Pohanková, doktorandka na Právnické fakultě Univerzity Karlovy. E-mail: mapohankova@gmail.com.

<sup>1</sup> MINISTERSTVO FINANČÍ ČESKÉ REPUBLIKY. Marie Talašová: Arbitráž zneužívají i Češi proti státu [online]. 2015 [14. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://www.mfcr.cz/cs/aktualne/v-mediich/2015/marie-talasova-arbitraz-zneužívají-i-ces-21977>>.

<sup>2</sup> MINISTERSTVO FINANČÍ ČESKÉ REPUBLIKY. Přehled arbitrážních sporů vedených proti České republice [online]. 2015 [14. 11. 2016]. Dostupné z: <<http://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitrazne/prehled-arbitraznich-sporu-vedenych-proti>>.

Článek nejprve krátce popíše fungování mezinárodního investičního práva a obsah pravomocí ČNB. Následně bude pozornost věnována nejdůležitějším hmotněprávním standardům, které investiční dohody garantují. Ve stěžejní části pak bude poukázáno na rizika, která mohou v souvislosti s investiční ochranou při činnosti v rámci dozorové a následně makrobezpečnostní, devizové a měnové pravomoci ČNB vyvstat, to vše s ohledem na znění investičních dohod uzavřených Českou republikou a na relevantní probíhající nebo uzavřené spory a z nich vyplývající závěry arbitrážních tribunálů.

## 1. DOHODY O OCHRANĚ INVESTIC

Dohody o ochraně investic jsou dvou nebo vícestranné mezinárodní smlouvy, jejichž smyslem je zaručit zahraničním investorům určité hmotněprávní standardy zacházení s jejich investicí ze strany států. Součástí dohod jsou ustanovení, která investorům poskytují jedinečné procesní možnosti, jak se svých práv vůči státům domoci, a to prostřednictvím nezávislých, denacionalizovaných a nestranných arbitrážních tribunálů. Těmito procesními mechanismy byla odstraněna předchozí nutnost řešit zásahy do zahraničních investic pomocí tzv. diplomatické ochrany<sup>4</sup> – prostředku čistě mezinárodněprávního, který je ale pro domáhání se práv soukromoprávních obchodních subjektů velice těžkopádný a neefektivní.

Hlavní motivace států uzavírat investiční dohody se liší dle jejich ekonomického postavení a stupně vývoje. Obecně platí, že státy vyvážející kapitál uzavírají za účelem ochrany vlastních investorů, kdežto státy, které kapitál převážně dovážejí, se jejich prostřednictvím snaží zvýšit příliv zahraničního kapitálu a přispět tak k rozvoji státní ekonomiky. Tato motivace pochopitelně neplatí absolutně, zejména ve vztahu k nově uzavíraným dohodám. Například proklamovaný cíl uzavírané Dohody TTIP je zjednodušení mezinárodního obchodu a vzájemný tok kapitálu mezi Evropskou unií a Spojenými státy. I tato změna účelu uzavírání investičních dohod značí, že mezinárodní investiční právo aktuálně prochází dynamickým vývojem.

Z pohledu České republiky je také nezanedbatelný vliv Evropské unie, a to zejména ve dvou rovinách. Zaprvé, Evropská unie nabyla na základě čl. 206 a 207 Smlouvy o fungování Evropské unie pravomoc sama jakožto subjekt mezinárodního práva *sui generis* uzavírat investiční dohody,<sup>5</sup> kterými budou vázány všechny členské státy. Tato spolupráce nabývá podoby především dohod o volném obchodu, případně dohod o partnerství a spolupráci,<sup>6</sup> tedy rozsáhlejších instrumentů, které obsahují zvláštní investiční kapitoly. Druhým zásadním bodem vlivu Evropské unie na investiční politiku je nyní již

<sup>3</sup> MISTELIS, Loukas. Are Banks Changing? The New Big Industry for International Arbitration? [online]. *Kluwer Arbitration Blog*. 2. 10. 2013 [16. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://kluwerarbitrationblog.com/2013/10/02/are-banks-changing-the-new-big-industry-for-international-arbitration/>>.

<sup>4</sup> Diplomatickou ochranu představuje převzetí nároků, které má soukromá osoba vůči jinému státu, státem, jehož je tato osoba příslušníkem. Spor se tak stane mezistátním.

<sup>5</sup> K tomu blíže např. REINISCH, August. The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements. *Santa Clara Journal of International Law*. 2014, roč. 12, č. 1, s. 111–157. Dostupné z: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=scujil>>.

<sup>6</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Monitoring Activities and Analysis* [online]. [14. 4. 2016]. Dostupné z: <[http://ec.europa.eu/finance/capital/third-countries/bilateral\\_relations/index\\_en.htm#fta](http://ec.europa.eu/finance/capital/third-countries/bilateral_relations/index_en.htm#fta)>.

stabilní názor Komise, že investiční dohody uzavřené mezi členskými státy nejsou v souladu s jednotným vnitřním trhem EU<sup>7</sup> a měly by být z tohoto důvodu neplatné. EU proto podporuje státy v jejich snaze tyto dohody vypovídat.<sup>8</sup> Ačkoliv názor EU o neplatnosti intraunijních dohod je nepopíratelný, zatím žádný investiční tribunál námitku státu o neplatnosti konkrétní dohody nepřipustil.

Samotná Česká republika má uzavřeno dohromady bezmála osmdesát dvoustranných investičních dohod.<sup>9</sup> Jedná se většinou o smlouvy vzniklé v devadesátých letech, což se odráží na jejich obsahu. Tato „starší generace“ investičních dohod totiž rovnováhu mezi právy investorů a regulatorní pravomocí států naklání spíše k investovi. Naopak v současné době celosvětově sílí trend v nově uzavíraných investičních dohodách ochranu investora oslabit a zbytečně stát neszazovat v jeho regulatorních pravomocích, což je reflektováno zejména v zúžení definice chráněné investice, revizi obsahu hmotněprávních standardů a výslovnému zavedení výjimek v otázkách týkajících se například ochrany zdraví, životního prostředí anebo bezpečnosti států.<sup>10</sup> Na tyto změny bude v následném textu v příslušných pasážích upozorněno na příkladu návrhu Dohody TTIP.

Dlouhou dobu byla pro Českou republiku investiční ochrana věcí dvoustranných dohod, s ohledem na výše uvedené dopady investiční politiky Evropské unie je pravděpodobné, že se tato oblast stane doménou spíše dohod mnohostranných. S ohledem na současný stav dohod platných na území České republiky se však článek bude pohybovat primárně v oblasti dvoustranných dohod o ochraně investic. Principiálně ovšem nic nebrání závěry použít i na dohody mnohostranné.

## 2. PŘÍČITATELNOST JEDNÁNÍ STÁTU V MEZINÁRODNÍM INVESTIČNÍM PRÁVU

Investiční dohody chrání investory před určitými druhy jednání smluvních stran dohody, tedy jinými slovy konkrétních států.<sup>11</sup> V návaznosti na tuto skutečnost tak bezprostředně vyvstává otázka, jednání *jakých entit* jsou státům přiřitatelná, a tedy které činnosti jsou vůbec způsobilé být posuzovány v rámci investiční arbitráže.

Na poli mezinárodního práva veřejného je přiřitatelnost řešena právem zvykovým, které je kodifikováno v Návrhu článků o odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní

<sup>7</sup> Ibidem, dále viz např. EUROPEAN COMMISSION. *Towards a comprehensive European international investment policy* [online]. [14. 4. 2016]. Dostupné z: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc\\_147884.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf)>.

<sup>8</sup> Např. Irsko, Itálie, ale tato tendence je patrná i u České republiky, viz EUROPEAN COMMISSION. *Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties* [online]. [14. 4. 2016]. Dostupné z: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm)>.

<sup>9</sup> MINISTERSTVO FINANCÍ ČR. *Přehled platných dohod o podpoře a ochraně investic* [online]. Aktualizováno 14. 8. 2014 [10. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://www.mfcr.cz/cs/legislativa/dohody-o-podpore-a-ochrane-investic/prehled-platnych-dohod-o-podpore-a-ochra>>.

<sup>10</sup> VAN OS, Roos – KNOTTNERUS, Roeline. *Dutch Bilateral Investment Treaties a Gateway to 'Treaty Shopping' for Investment Protection by Multinational Companies*. Amsterdam: SOMO, 2011, s. 8.

<sup>11</sup> Např. srovnaj textaci hmotněprávních standardů v česko-nizozemské dohodě o ochraně investic: článek 5: „Žádná strana nepřijme opatření [...]“, článek 6: „Každá smluvní strana zabezpečí investicím investorů druhých smluvní strany nestranné a spravedlivé zacházení [...]“.

chování Komise pro mezinárodní právo OSN<sup>12</sup> („Články ILC“), podle kterých je základním pravidlem, že „jednání jakéhokoliv státního orgánu se považuje za jednání státu pro účely mezinárodního práva, bez ohledu na to, zda tento orgán vykonává zákonodárnou, výkonnou, soudní nebo jinou funkci, bez ohledu na postavení, které v organizaci daného státu zaujímá, a bez ohledu na to, zda se jedná o ústřední orgán nebo orgán územní“.<sup>13</sup>

Aby bylo možné odpovědět na otázku, jak je přičitatelnost řešena v mezinárodním investičním právu, je nutné se nejprve krátce pozastavit nad prameny práva, které jsou investičními tribunály při rozhodování aplikovány. V investičních sporech totiž vyvstává celá řada různorodých právních problémů, které si vyžadují aplikaci rozdílných oblastí práva – od otázek vlastnických přes otázky týkající se mezinárodních smluv.<sup>14</sup>

Pravomoc identifikovat konkrétní problémy a aplikovat na ně příslušné právo mají samotné investiční tribunály.<sup>15</sup> Některé investiční dohody obsahují ustanovení, která tribunál odkazují na konkrétní prameny práva, které má aplikovat, a to nejčastěji právě na principy mezinárodního práva veřejného, procesní normy vybraného fóra a v neposlední řadě i na národní právo.<sup>16</sup> Obdobné ustanovení, které uvádí prameny práva rozhodné pro spor, je možné nalézt i v článku 42 Dohody ICSID, tedy procesních pravidel, podle kterých je vedena poměrně velká část investičních arbitráží. Tato ustanovení, obsahující seznam právních pramenů, jsou ale víceméně považována za nadbytečná, neboť i v případě jejich absence bude tribunál postupovat stejně.<sup>17</sup> Primárním zdrojem aplikovaných norem bude vždy konkrétní investiční dohoda a její ustanovení. V případě, že daná otázka nebude řešena přímo v dohodě, je nutné se obrátit na to právo, které danou oblast upravuje. Při absenci řešení mezinárodněprávní otázky v samotné investiční dohodě tak bude odpověď hledána v mezinárodním právu veřejném, tedy v mezinárodních obyčejích nebo mezinárodních smlouvách platných pro stranu sporu.<sup>18</sup> Vzhledem k tomu, že je nepravděpodobné, že by byla otázka přičitatelnosti samotná v dohodách řešena, bude nutné se obrátit na mezinárodní právo, tedy bude aplikována úprava Článků ILC reflektující zvykové právo uvedená výše. Tento postup byl opakovaně potvrzen arbitrážními tribunály, například v nálezu *Jan de Nul* tribunál při řešení otázky přičitatelnosti bez váhání odkázal na Články ILC.<sup>19</sup> Obdobně postupoval například i tribunál ve sporu *Saipem*.<sup>20</sup> Přičitatelnost jednání státu je standardně řešena

<sup>12</sup> Ačkoliv dle obecného komentáře k Článkům ILC je v tomto instrumentu kombinováno zvykové právo společně s reflexí právního vývoje. UNITED NATIONS. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. New York – Geneva: United Nations Publication, 2008, s. 31.

<sup>13</sup> Čl. 4 odst. 1 Článků ILC.

<sup>14</sup> SCHREUER, Christoph. *International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID*. *Australian Review of International and European Law*. 1996, roč. 1, č. 1, s. 89–120.

<sup>15</sup> DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 40.

<sup>16</sup> Kromě textu samotných dohod srovnej např. *Eureka v. Poland*, 126: „Tento tribunál byl ustaven podle pravidel stanovených dvoustranou dohodou o podpoře investic a spor rozhodoval na základě ustanovení této dohody a dále s ohledem na obecně uznávaná pravidla a principy mezinárodního práva.“

<sup>17</sup> Zachary Douglas je označuje za pouhé potvrzení pravomoci tribunálu tato rozdílná práva na rozdílné otázky aplikovat, blíže DOUGLAS, Zachary, op. cit., s. 44.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 81.

<sup>19</sup> *Jan de Nul v. Egypt*, 84.

<sup>20</sup> *Saipem v. Bangladesh*, rozhodnutí o pravomoci, 148.

v meritorní fázi rozhodování. V jurisdikční části se tribunály omezují pouze na posouzení, zda není naprosto zřejmé, že jednání nemá se státem žádnou spojitost.<sup>21</sup>

Základem přičitatelnosti je tak i v investičním právu zásada, podle které je jednání orgánu státu tomuto státu bez dalšího přičitatelné. Tento princip je poměrně jednoznačný, proto nebývá v investičních sporech rozporován.<sup>22</sup> Nedostatek pravomoci investičního tribunálu z důvodu nepřičitatelnosti jednání státu však bývá namítán v hraničních případech, zejména za situace, kdy bylo žalované opatření přijato například speciálně vytvořenými státními agenturami s vlastní právní subjektivitou,<sup>23</sup> zvláštními komisemi nebo místními orgány a subjekty. Jelikož Česká národní banka je orgán ústřední, a nadto zřízený samotnou ústavou, v obecné rovině bude platné konstatování, že o přičitatelnosti jednání ČNB České republiky nebude sporu.<sup>24</sup>

S tímto souvisí i otázka, jaké jsou následky možného překročení pravomoci daného státního orgánu, neboť se jedná o problematiku, která je v investiční arbitráži frekvencovaně adresována.<sup>25</sup> Pro řešení se opět uplatní mezinárodní právo veřejné, v tomto případě reflektováno v čl. 7 Článků ILC, podle kterého je i jednání *ultra vires* považováno za jednání státu.<sup>26</sup> Naopak je ale třeba upozornit na skutečnost, že pouhý soulad opatření s úpravou výkonu pravomoci podle národního práva nemůže sám o sobě vypovídat o jeho bezproblémovosti optikou investičního práva. Skutečnost, že je určité jednání státu legitimní a legální ještě neznamená, že je v souladu s dotčenou investiční dohodou, a tedy mezinárodním právem.<sup>27</sup>

### 3. PRAVOMOCI ČNB

Za účelem následného rozboru vztahu činnosti ČNB a investičních dohod je nejprve nutné představit obsah a rozsah nejdůležitějších pravomocí ČNB. Přímo v ústavě je stanoven hlavní cíl činnosti České národní banky – péče o cenovou stabilitu, který je opakován i v zákoně č. 6/1883 Sb., o České národní bance („zákon o ČNB“). Cenová stabilita je chápána ve dvou rovinách – jako relativní cenová stabilita (vnitřní stabilita měny) a měnový kurz (vnější stabilita měny).<sup>28</sup> Další oblasti pravomocí jsou uvedeny zejména v § 2 zákona o ČNB, v tomto článku ovšem bude věnována pozornost pouze následujícím oblastem: 1) dohled nad osobami působícími na finančním trhu a 2) měnová, makroobezřetnostní a devizová politika.

<sup>21</sup> Ibidem, 144.

<sup>22</sup> OLLESON, Simon. *The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. British Institute of International and Comparative Law [online]. Dostupné z: <[http://www.biicl.org/files/3107\\_impactofthearticlesonstate\\_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf](http://www.biicl.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf)>, s. 20.

<sup>23</sup> Např. *Jan de Nul v. Egypt*.

<sup>24</sup> Srov. *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, 402.

<sup>25</sup> MUCHLINSKI, Peter – ORTINO, Federico – SCHREUER, Christoph (eds). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 553.

<sup>26</sup> Srovnej ale např. rozhodnutí *Jan de Nul*, ve kterém tribunál podle článků 5 a 7 Článků ILC posuzoval jednání *de jure* orgánu státu, tedy jednání orgánů, které byly oprávněny jednat v mezích svých pravomocí, čímž by naznačoval, že na jednání *ultra vires* se tato pravidla nevztahují.

<sup>27</sup> *Tecmed v. Mexico*, 120.

<sup>28</sup> ŠENKÝŘOVÁ, Bohuslava. *Bankovnictví*. Praha: Vysoká škola finanční a správní, 2010, s. 75.

### 3.1 Dohled nad osobami působícími na finančním trhu

Rozsah výkonu dohledu nad finančním trhem je upraven v § 44 zákona o ČNB. Dohled je vykonáván nad celou řadou subjektů zejména v oblasti bankovníctví, platebního styku, pojišťovnictví a kapitálového trhu. ČNB v rámci výkonu této pravomoci disponuje rozhodovací pravomocí při udělování licencí, povolení, registrací a souhlasů, jež jsou pro činnost v těchto oblastech nezbytné. Dále kontroluje dodržování podmínek licencí a zákonných a dalších norem. Při shledání pochybení může ukládat opatření k nápravě, může rozhodnout i o odnětí licence nebo nucené správě či uplatnit jiné sankce, a konečně vede správné řízení o dotčených správních deliktech a přestupcích.<sup>29</sup>

### 3.2 Měnová a makrobezpečnostní politika

Měnová politika přímo slouží k naplnění hlavního cíle ČNB, tedy péči o cenovou stabilitu, a to ve formě stability vnitřní. Za tuto stabilitu je považován nikoliv neměnný stav měny, ale mírný růst cen, tedy mírná inflace. K „cílování inflace“ ČNB využívá nástrojů, jako je stanovování úrokových sazeb, rámců, splatností a dalších podmínek obchodů anebo výše minimálních povinných rezerv bank.<sup>30</sup> Měnová politika je dále navázána na emisi peněz, kterými je míra inflace ovlivňována.

Základy tzv. makrobezpečnostní politiky jsou stanoveny v § 2 čl. 2, písm. e) zákona o ČNB. Makrobezpečnostní politika představuje péči o stabilitu celého finančního systému státu. V rámci plnění tohoto cíle ČNB „rozpoznává, sleduje a posuzuje rizika ohrožení stability finančního systému a v zájmu předcházení vzniku nebo snižování těchto rizik přispívá prostřednictvím svých pravomocí k odolnosti finančního systému a udržení finanční stability a vytváří tak makrobezpečnostní politiku“.<sup>31</sup> K naplnění průběžných cílů makrobezpečnostní politiky – zmírnění a vyloučení nadměrného růstu úvěrů a finanční páky, nesouladu splatností a likvidity na trhu atd.<sup>32</sup> používá ČNB specializovaných finančních nástrojů, jako jsou proticyklické kapitálové rezervy nebo likvidní poplatky.<sup>33</sup>

Podle § 35 zákona o ČNB Česká národní banka stanovuje režim kurzu české měny k cizím měnám, vyhláší kurz české měny k cizím měnám a nakládá s devizovými rezervami ve zlatě a devizových hodnotách. Základní rámec správy devizových rezerv je stanoven v tzv. Zásadách politiky ČNB při správě devizových aktiv a pasiv, které jsou schvalovány bankovní radou.<sup>34</sup> Správa je vykonávána shromažďováním devizových rezerv státu a operacemi na devizovém trhu, dále udržováním hodnoty devizových rezerv, zabezpečováním devizové likvidity země nebo ovlivňováním úrovně a pohybů měnového kurzu domácí měny.

<sup>29</sup> Srov. § 44 odst. 2 zákona o ČNB.

<sup>30</sup> § 23 a 24 zákona o ČNB.

<sup>31</sup> § 2 odst. 2, písm. e) zákona o ČNB.

<sup>32</sup> Česká národní banka. *Průběžné cíle makrobezpečnostní politiky* [online]. [16. 4. 2016]. Dostupné z: <[https://www.cnb.cz/cs/financni\\_stabilita/makrobezretnostni\\_politika/prubezne\\_cile\\_makrobezretnostni\\_politiky/index.html](https://www.cnb.cz/cs/financni_stabilita/makrobezretnostni_politika/prubezne_cile_makrobezretnostni_politiky/index.html)>.

<sup>33</sup> ČESKÁ NÁRODNÍ BANKA. *Zdroje systémového rizika, transmisní mechanismy a příslušné nástroje makrobezpečnostní politiky* [online]. [16. 4. 2016]. Dostupné z: <[https://www.cnb.cz/cs/financni\\_stabilita/makrobezretnostni\\_politika/zdroje\\_systemoveho\\_rizika/index.html](https://www.cnb.cz/cs/financni_stabilita/makrobezretnostni_politika/zdroje_systemoveho_rizika/index.html)>.

<sup>34</sup> SCHMIDT, Jan – BAUER, Karel. *Pravidla správy devizových rezerv* [online]. [16. 4. 2016]. Dostupné z: <[https://www.cnb.cz/cs/verejnost/pro\\_media/clanky\\_rozhovory/media\\_2001/cl\\_00\\_dr\\_schmidt\\_3.html](https://www.cnb.cz/cs/verejnost/pro_media/clanky_rozhovory/media_2001/cl_00_dr_schmidt_3.html)>.

Při měnové a makrobezřetnostní politice se jedná spíše o „abstraktní“ pravomoci, při jejichž výkonu většinou není rozhodováno o konkrétních právech a povinnostech jednotlivých osob. Na druhou stranu však mohou opatření ovlivnit prakticky kohokoliv a ačkoliv mají primárně dopad na měnu a finanční systém jako takový, sekundárně dopadnou na veškeré ekonomické aktivity prováděné v České republice. Na rozdíl od tohoto, v dohledové oblasti ČNB rozhoduje o konkrétních právech a povinnostech osob, nad kterými vykonává dohled.

#### 4. HMOTNĚPRÁVNÍ STANDARDY INVESTIČNÍCH DOHOD

Za účelem posouzení, zda jednání uskutečněné v rámci výkonu některé z pravomoci ČNB může vyústit v porušení investiční dohody, je nejprve třeba krátce popsat obsah hmotněprávních standardů, které dohody typicky obsahují. Hmotněprávní investiční standardy bývají rozdělovány do dvou hlavních skupin na absolutní a relativní. Prvně jmenované nesou vlastní normativní obsah a předepisují tak konkrétní formy jednání.<sup>35</sup> Naopak relativní standardy odkazují na jednání státu vůči jiným investorům – bude se jednat o doložku nejvyšších výhod, kdy se investoři mohou dovolávat stejných standardů, jako stát poskytuje investorům ze třetích států, anebo o doložku národního zacházení, kde platí to samé, ovšem ve vztahu k občanům samotného státu. V tomto článku budou analyzovány standardy absolutní, neboť právě ty představují právní základ možného porušení dohod při činnosti ČNB.

Mezi absolutní hmotněprávní standardy se typicky řadí 1) spravedlivé a rovné zacházení, 2) zákaz vyvlastnění bez kompenzace a 3) plná ochrana a bezpečnost, s tím, že nicméně vždy záleží na konkrétním obsahu jednotlivé dohody.

##### 4.1 Spravedlivé a rovné zacházení

Vůbec nejzásadnějším (a nejžalovanějším) standardem je v současné době spravedlivé a rovné zacházení.<sup>36</sup> Ze své podstaty se jedná o princip velice vágní; nekvalifikovaný standard (zahrnující současně i garanci plné ochrany a bezpečnosti) může vypadat následovně:

*„[i]nvesticím investorům každé smluvní strany bude vždy zajištěno spravedlivé a rovné zacházení a budou požívat plné ochrany a bezpečnosti na území druhé smluvní strany.“<sup>37</sup>*

Obsah spravedlivého a rovného zacházení mohou částečně specifikovat již samotné dohody – v tom případě se dá hovořit o tzv. kvalifikovaném standardu. Většinou se jedná o ustanovení, která zmiňují například zákaz diskriminace nebo dodržování pravidel spravedlivého procesu. Asi nejdál v tomto ohledu zachází návrh Dohody TTIP, který obsahuje seznam elementů spravedlivého a rovného zacházení, který je dokonce seznamem prakticky uzavřeným.

<sup>35</sup> YANNACA-SMALL, Catherine. Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments. In: August Reinisch. *Standards of Investment Protection*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 111.

<sup>36</sup> SCHREUER, Christoph. Introduction: Interrelationship of Standards. In: August Reinisch. *Standards of Investment Protection*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 2–6.

<sup>37</sup> Např. odst. 2.2 česko-vietnamské dohody o ochraně investic.

„Strana poruší povinnost spravedlivého a rovného zacházení [...], pokud opatření nebo série opatření vyústí v:

- a) odepření spravedlnosti v trestním, občanskoprávním nebo správním řízení; nebo
- b) zásadní porušení spravedlivého procesu, včetně zásadního porušení transparentnosti a překážek k přístupu ke spravedlnosti v soudním nebo správním řízení; nebo
- c) zjevnou libovůli; nebo
- d) cílenou diskriminaci založenou na zjevně neospravedlnitelném důvodu, jako je pohlaví, rasa nebo náboženské vyznání; nebo
- e) zneužití moci nebo obdobné opatření ve zlé víře; nebo
- f) porušení jakéhokoliv dalšího elementu spravedlivého a rovného zacházení, přijatého stranami v souladu s odstavcem 3 tohoto článku.“<sup>38</sup>

K obsahu spravedlivého a rovného zacházení dále existuje bohatá rozhodovací praxe investičních tribunálů, neboť zejména s ohledem na často nekvalifikovaný standard v dohodách<sup>39</sup> jsou tribunály nuceny tento princip téměř vždy vykládat.

Jedním z problémů nekvalifikovaného standardu je otázka, zda je možné spravedlivé a rovné zacházení ztotožnit s mezinárodněprávním standardem „minimální ochrany“, k jehož porušení však dochází pouze za velmi výjimečných okolností (investorům tedy poskytuje menší ochranu).<sup>40</sup> V současné době se rozhodovací praxe vyvinula tím směrem, že pokud investiční dohoda na minimální standard neodkazuje, nelze jej se spravedlivým a rovným zacházením směřovat a tribunál musí jeho obsah nalézt samostatně.<sup>41</sup>

Na základě rozhodovací praxe tribunálů a ze znění investičních dohod nicméně lze abstrahovat některé běžně obsažené elementy standardu, kterými jsou zákaz diskriminace a libovůle, odepření spravedlnosti, ochrana legitimního očekávání, transparentnost nebo spravedlivý proces.<sup>42</sup>

## 4.2 Vyvlastnění

Vyvlastnění je historicky asi nejprůzračnější typ zásahu do investice zahraničního investora. Investičními dohodami nebývá zakázáno absolutně, ale pouze pokud nejsou splněny stanovené podmínky, které lze shrnout jako: vyvlastnění je ve veřejném zájmu, je nediskriminační, je za něj vyplacena bezodkladná, plná a odpovídající kompenzace

<sup>38</sup> Čl. 3 návrhu textu Dohody TTIP. Evropská komise. *Commission draft text TTIP – investment* [online]. 2015. Dostupné z: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf)>. V posledním bodě zmiňovaný odstavec 3 tohoto článku umožňuje stranám prostřednictvím doporučení specializované komise obsah spravedlivého a rovného zacházení upravovat. Tato možnost je ovšem v rukou této komise, a nikoliv na volném uvážení tribunálu.

<sup>39</sup> Zejména právě ve starší generaci BIT.

<sup>40</sup> Podle často citovaného rozhodnutí ve věci *Neer v. Mexico*, kterou posuzovala americko-mexická rozhodčí komise, „minimální standard chrání před jednáním, které je pobuřující, zakládá se na zlém úmyslu nebo se jedná o úmyslné zanedbání povinnosti či nedostatečné jednání státu tak dalece v rozporu s mezinárodními standardy, že by jakákoliv rozumná a nestranná osoba tyto nedostatky rozpoznala“.

<sup>41</sup> UNCTAD. *Fair and Equitable Treatment. Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York – Geneva: United Nations Publication, 2012, s. 20.

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 14, VANDEVELDE, Kenneth J. A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment. *Journal of International Law and Politics*. 2010, roč. 43, č. 1, s. 52.



a je uskutečněno v souladu se spravedlivým procesem.<sup>43</sup> Tyto požadavky bývají v jed-  
notlivých dohodách více méně totožné, což platí i pro návrh Dohody TTIP.

Ačkoliv termín vyvlastnění svádí k tomu být chápán jen jako ochrana před fyzickým  
zabráním majetku, v současné době se vyskytuje nejčastěji vyvlastnění nepřímé, při kte-  
rém nedochází ke ztrátě vlastnictví a jeho převodu na stát, nicméně investor je opatře-  
ním státu prakticky zbaven možnosti jakákoliv práva k předmětu vlastnictví vykonávat.<sup>44</sup>  
Objekt, který může být vyvlastněn, také nelze chápat výhradně jako hmotný majetek,  
vyvlastnění se v investičních arbitrážích například často namítá ve vztahu k uděleným  
povolením nebo licencím.

### 4.3 Plná ochrana a bezpečnost

Ačkoliv je porušení tohoto standardu namítáno poměrně sporadicky,<sup>45</sup> nemělo by být  
jeho zmínění vynecháno, zejména s ohledem na dynamické proměny „oblíbenosti“  
i obsahu žalovaných standardů.<sup>46</sup> V investičních dohodách bývá většinou obsažen ve  
formě výše uvedené citace. Opět je na první pohled patrné, že se jedná o vágní koncept,  
jehož obsah je nutné nalézt pomocí interpretace. Jedna větev arbitrážních tribunálů  
standard vykládá pouze jako fyzickou ochranu investice,<sup>47</sup> v poslední době však tribu-  
nály neváhaly jeho obsah rozšířit, kupříkladu podle nálezu ve věci *Biwater* plná ochrana  
a bezpečnost „*předpokládá, že stát bude garantovat stabilitu a bezpečné prostředí, a to  
jak fyzickou, tak obchodní a právní*“.<sup>48</sup> V této souvislosti je vhodné upozornit, že návrh  
Dohody TTIP výslovně omezuje aplikaci standardu pouze na fyzickou bezpečnost.<sup>49</sup>  
Ačkoliv je vykládací praxe s ohledem na obsah standardu nejednotná, s ohledem na jeho  
zaměření jej ve vztahu k analyzované problematice nepovažují za velmi zásadní.

## 5. MOŽNÉ DOPADY INVESTIČNÍCH DOHOD NA ČINNOSTI ČNB

### 5.1 Oblast dozorové činnosti

#### 5.1.1 Spravedlivé a rovné zacházení

Investor, který zamýšlí podnikat na finančním trhu jako subjekt, který podléhá dohle-  
dové pravomoci ČNB, je povinen nejprve projít povolovacím a schvalovacím řízením,

<sup>43</sup> DOLZER, Rudolf – SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. vydání. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 91. Dále srovnej čl. 5 česko-nizozemské dohody o ochraně investic nebo čl. 6 modelové dohody o ochraně investic USA.

<sup>44</sup> UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. New York – Geneva: United Nations Publication, 1998, s. 66.

<sup>45</sup> Zcela poprvé bylo jeho porušení žalováno ve sporu *AAPL v. Sri Lanka* na začátku 90. let, větší nárůst je ovšem patrný až téměř o patnáct let později, blíže viz COMMISSION, Jeffery. *The Full Protection and Security Standard in Practice* [online]. *Kluwer Arbitration Blog*. 16. 4. 2009 [16. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://kluwerarbitrationblog.com/2009/04/16/the-full-protection-and-security-standard-in-practice/>>.

<sup>46</sup> Například standard spravedlivého a rovného zacházení se dostal do centra zájmu také až v poměrně nedávné době, blíže MALIK, Mahnaz. *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?* The International Institute for Sustainable Development, 2011. Dostupné z: <[http://www.iisd.org/pdf/2011/full\\_protection.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2011/full_protection.pdf)>.

<sup>47</sup> Srov. *Saluka v. Czech Republic*, 484 nebo *BG Group v. Argentina*, 326.

<sup>48</sup> *Biwater v. Tanzania*, 279, dále např. *National Grid v. Argentina*, 189.

<sup>49</sup> Článek 5 odstavce 3 návrhu Dohody TTIP.

na jehož základě mu může být vydána bankovní licence, případně jiné povolení nebo souhlas. ČNB jako správní orgán toto řízení vede a je nadána pravomocí k vydávání individuálních správních aktů ve formě rozhodnutí. Nadto v této oblasti vydává i podzákonné předpisy ve formě vyhlášek ČNB.

Právě při výkonu pravomoci v oblasti dozorové spatřuji nejkonkrétněji nebezpečí možného porušení investičních standardů. Jsou zaznamenány minimálně dva případy, kdy bylo v investiční arbitráži žalováno odejmutí bankovní licence,<sup>50</sup> záchranná opatření přijatá v reakci na finanční krizi vyústila v žalobu čínské pojišťovny proti Belgii,<sup>51</sup> v současné době je vedeno řízení ve věci sporu investičního fondu proti opatřením ze strany Koreje, jejichž následkem mělo být znehodnocení podílů v bance.<sup>52</sup> Národní banka Srí Lanky porušila práva investora v souvislosti s kontrolou a jejími následky v podobě zákazu přijímání jakýchkoliv plateb v souvislosti se zajišťovacím právem *Deutsche Bank*.<sup>53</sup> Asi největší odezvu však měla záchranná opatření přijatá v rámci ekonomické krize, která vyvolala celou řadu investičních arbitráží proti Argentině, ale i proti Řecku. Konečně dohledová opatření samotné České národní banky, mimo jiné uvalení nucené správy na banku IPB, hrály roli v řízení ve věci *Saluka*.

Pochybení v administrativním rozhodování představuje velkou skupinu případů, kdy je napadáno porušení spravedlivého a rovného zacházení, přičemž značná část z těchto sporů se týká udělování nebo odejmutí licence či zásadní změny investičního prostředí.<sup>54</sup>

Dominantní element spravedlivého a rovného zacházení představuje ochrana legitimního očekávání investorů,<sup>55</sup> která současně tvoří základ velké části investičních sporů. Při ochraně legitimního očekávání tribunály primárně posuzují otázku stability právního a podnikatelského prostředí.<sup>56</sup> Základem legitimního očekávání investora je právní řád hostitelského státu společně s případnými konkrétními přísliby a zárukami učiněnými státem vůči investorovi (nejtypičtěji právě licence anebo povolení). Na druhé straně proti tomuto očekávání investora stojí právo výkonu pravomocí státu ve veřejném zájmu. Aby byl tento výkon v souladu s investiční dohodou, musí být státem přijatá opatření veřejným zájmem dostatečně ospravedlněna.<sup>57</sup> Jinými slovy, pokud má stát objektivní důvody pro své rozhodnutí, bude to indikovat, že standard nebyl porušen, zejména pokud tato opatření neměla na investora disproportční dopad.<sup>58</sup> Jen těžko však lze zobecnit, kdy je tento element porušen, neboť závěr se bude vždy zakládat na detailním posouzení konkrétních okolností případu, tedy na tom, zda bylo očekávání investora legitimní a reálné, jaký byl jeho skutečný obsah a jaké byly důvody státu pro přijatá opatření.

<sup>50</sup> *Genin v. Estonia*, v druhém případě se jedná o spor *Dawood Rawat v. Mauritius*, který byl formálně zahájen teprve v prosinci 2015.

<sup>51</sup> *Ping An Insurance Company v. Belgium*.

<sup>52</sup> YIM, Benedict. *Lone Star Arbitration case study* [online]. British Chamber of Commerce in Korea. 24. 7. 2014 [12. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://bck.or.kr/bck/?p=2903>>.

<sup>53</sup> *Deutsche Bank v. Sri Lanka*.

<sup>54</sup> McLACHLAN, Campbell – SHORE, Laurence – WEINIGER, Matthew. *International investment arbitration: substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 233.

<sup>55</sup> DOLZER, Rudolf – SCHREUER, Christoph, op. cit., s. 124, *Saluka v. Czech Republic*, 302.

<sup>56</sup> *Occidental v. Ecuador*, 183.

<sup>57</sup> Např. *Saluka v. Czech Republic*, 305.

<sup>58</sup> McLACHLAN, Campbell, op. cit., s. 235.

U bankovní licence je patrné, že se jedná o poměrně silnou záruku investorovi. Bankovní licence jsou uděleny na dobu neurčitou<sup>59</sup> s důvody zániku taxativně vyjmenovanými v zákoně.<sup>60</sup> Lze se tedy domnívat, že skutečně jejímu držiteli vznikne legitimní očekávání minimálně v tom smyslu, že je bankovní licence časově neomezená a že může být odejmuta pouze z vyjmenovaných důvodů. Proto, pokud by investorovi byla odejmuta v rozporu s tímto očekáváním, může se jednat o porušení investiční dohody. Tato situace nedopadá pouze na zcela arbitrární opatření ČNB, která by licenci odejmula v rozporu s výše uvedeným, mnohem reálnější je například situace, kdy by z určitého důvodu došlo ke změně zákona o bankách, která by podmínky udělování a odebrání licencí změnila. Poté by bylo otázkou, zda legitimní očekávání trvá v původní podobě, či nikoliv. Je všeobecně akceptováno, že investor nemůže očekávat, že právní řád státu je zmrazen navždy, neboť „*státy musí být oprávněny zákony měnit, protože okolnosti a potřeby se v čase vyvíjejí*“.<sup>61</sup> Řešení by však bylo třeba nalézt v konkrétní podobě zákona a motivaci pro provedení jeho změny.

Kromě legitimního očekávání jsou v rámci spravedlivého a rovného zacházení posuzovány další elementy převážně procedurálního charakteru jako požadavky spravedlivého procesu, transparentnost, konzistentnost nebo zákaz diskriminace v souvislosti se správním rozhodováním.

Transparentnost byla centrální otázkou ve sporu *Metalclad*, který se týkal odepření stavebního povolení. Splnění povinnosti transparentnosti tribunál vyložil jako stav, kdy všichni dotčení investoři byli předem seznámeni se všemi právními požadavky, které jsou nutné k založení a provozu investice,<sup>62</sup> což je v souladu s tradičně chápaným obsahem transparentnosti, který se vztahuje k publikaci a dostupnosti zákonů a podzákonných předpisů, případně může být povinnost rozšířena i na rozhodnutí soudních a správních orgánů.<sup>63</sup> Na druhou stranu je však i investor do určité míry povinen proaktivně tyto požadavky zjišťovat.<sup>64</sup> Povinnost transparentnosti se vztahuje i na ČNB, neboť vydává podzákonné předpisy ve formě vyhlášek a dále i metodické pokyny a *benchmarky* a kromě toho rozhoduje jako správní orgán ve správním řízení. S otázkou transparentnosti souvisí i konzistentnost, a to nejen rozhodování, ale i konzistentnost mezi jednáním jednotlivých složek státu.<sup>65</sup>

Ačkoliv se další element – odepření spravedlnosti, týká hlavně rozhodování soudů, některé investiční dohody rozšiřují jeho aplikaci i na správní rozhodování, například právě návrh Dohody TTIP<sup>66</sup> Zdroj pravidel spravedlivého procesu je směs principů mezinárodněprávních a pravidel domácího práva.<sup>67</sup> Například v rozhodnutí *Tecmed* tribunál dovodil povinnost státu „*jednat v souladu s právními nástroji státu, které upravují vztah k investorovi v souladu s funkcí, která je jim obvykle připsávána*“.<sup>68</sup> Soulad správního

<sup>59</sup> § 6 zákona o bankách.

<sup>60</sup> § 7a zákona o bankách.

<sup>61</sup> *Continental v. Argentina*, 258.

<sup>62</sup> *Metalclad v. Mexico*, 226–227.

<sup>63</sup> UNCTAD. *Transparency*. New York – Geneva: United Nations, 2012, s. 20.

<sup>64</sup> *MTD v. Chile*, 164.

<sup>65</sup> *Ibidem*, 163.

<sup>66</sup> Srov. čl. 3, odst. 2, písm. b) návrhu Dohody TTIP.

<sup>67</sup> KINGSBURY, Benedict – SCHILL, Stephan. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. ILLJ Working Paper*. 2009, No. 6, s. 14.

rozhodování s domácí právní úpravou tak byl v některých případech indikací toho, že tento standard porušen nebyl.<sup>69</sup> Nelze však bez dalšího standard slepě vnímat jen jako soulad s normami národního práva, což je zřejmé i z nálezu ve věci *Genin*, ve kterém se jednalo o odnětí bankovní licence. Arbitrážní tribunál nespatořoval v požadavku spravedlivého procesu objektivní odpovědnost státu.<sup>70</sup> Tribunál se sice zaměřil na posouzení legitimacy podle národního práva Estonska,<sup>71</sup> shledal však, že některé aspekty rozhodování národní banky byly v rozporu s obecně přijímanou bankovní a regulatorní praxí (například absence upozornění bance, že pokud neučiní patřičné kroky, bude jí odebrána licence, okamžitá účinnost ukončení licence atd.),<sup>72</sup> nakonec ale uzavřel, že s ohledem na veškerá fakta jednání nedosáhlo takové úrovně, aby porušilo mezinárodní právo vtělené do standardu spravedlivého a rovného zacházení v investiční dohodě.<sup>73</sup> Tribunál zde aplikoval poměrně vysoký standard, podle kterého by tyto procesní nesrovnalosti musely být způsobeny zlým úmyslem.<sup>74</sup> Ačkoliv se tento přístup zdá možná příliš striktní, je nutné si uvědomit, že správní rozhodování ze své podstaty vykazuje občasná pochybení a je neakceptovatelné, aby jakékoliv toto pochybení bylo automaticky porušením mezinárodního práva.

Posledním principem, který zde bude zmíněn, je zákaz diskriminace. Tribunál v případě *Saluka* stanovil, že stát se chová diskriminačně, pokud jsou „*obdobné případy posuzovány rozdílně bez dostatečného vysvětlení*“.<sup>75</sup> Princip tak prakticky klade požadavek na konzistentnost, která by měla ze strany ČNB panovat s ohledem na výkon dozoru. Klasickým příkladem diskriminace by mohlo být odepření udělení licence či jiného povolení, pokud by bylo za obdobné situace a bez důvodu rozlišovat jinému obdobnému subjektu příznáno. To samé se uplatní i pro řízení o správních deliktech a přestupcích dozorovaných osob. Je nutné opět připomenout, že soulad s právem České republiky není pro možné porušení investiční dohody rozhodující. Pro ilustraci si lze představit situaci, kdy podle § 7b zákona č. 21/1992 Sb., o bankách, ČNB udělí určité bance tzv. překlenovací licenci, přestože nesplňuje obecně stanovené požadavky, kdežto jiné bance ji neudělí. Ze znění ustanovení je zřejmé, že možnost překlenovací licence je nenároková, neboť zákon uvádí, že ČNB tuto licenci udělit *může*. Z pohledu českého práva by tak výše uvedený postup byl zřejmě v pořádku. Nutně tomu už tak ale nemusí být z pohledu práva mezinárodního, kdy bude záviset na tom, zda pro rozlišení existoval ospravedlnitelný důvod.

### 5.1.2 Vyvlastnění

Zásahy do licencí, konkrétně jejich odnětí nebo zamítnutí prodloužení jejich platnosti, mohou být jednou z typických forem vedoucích k nepřímému vyvlastnění.<sup>76</sup> Nechvalně

<sup>68</sup> *Tecmed v. Mexico*, 154.

<sup>69</sup> *Noble Ventures v. Romania*, 178, *Lauder v. Czech Republic*, 279.

<sup>70</sup> McLACHLAN, Campbell, op. cit., s. 241.

<sup>71</sup> *Genin v. Estonia*, 348–373.

<sup>72</sup> *Ibidem*, 364.

<sup>73</sup> *Ibidem*, 365.

<sup>74</sup> *Ibidem*, 371.

<sup>75</sup> *Saluka v. Czech Republic*, 313.

<sup>76</sup> UNCTAD. *Expropriation*. New York – Geneva: United Nations, 2012, s. 15.

známým řízením byl pro Českou republiku spor ve věci *CME*, ve kterém se jednalo o odnětí televizní licence Radou pro televizní a rozhlasové vysílání. Tribunál shledal, že došlo k vyvlastnění, neboť „*jednání a opomenutí rady způsobilo znemožnění provozu činnosti společnosti, které mělo za následek, že zanechalo společnost sice s majetkem, ale bez možnosti vyvíjet obchodní činnosti*“.<sup>77</sup> Výsledkem tak bylo „*vyvlastnění investice, jelikož v nejbližší budoucnosti neexistovala možnost, že bude obnovena pozice společnosti nutná k užití výhradní licence*“.<sup>78</sup> Při posuzování, zda došlo k vyvlastnění, tribunály opět zkoumají zejména proporcionalitu dopadu opatření oproti veřejnému zájmu, který jím má být chráněn.<sup>79</sup>

Závěrem této části je třeba připomenout, že ČNB nevykonává dohled pouze nad bankami, ale i nad dalšími subjekty na finančním trhu (pojišťovny, pojišťovací zprostředkovatelé, směnárny, subjekty kapitálového trhu a po implementaci příslušné směrnice spadne pod dozor ČNB tento rok nově i poskytování spotřebitelských úvěrů). Výše uvedené závěry však lze vztáhnout na všechny tyto subjekty.

### 5.1.3 Jurisdikce *ratione personae*

Specifikem subjektů finančního trhu je otázka případné personální jurisdikce arbitrážního tribunálu. Investiční dohody jsou totiž cíleny na to, aby poskytovaly ochranu investorům *zahraničním*. Vzhledem k tomu, že u některých subjektů finančního trhu je povinně vyžadováno sídlo v České republice, vyvstává otázka, zda se jedná o zahraniční investory, pakliže většina investičních dohod kvalifikuje investora – právnickou osobu – podle sídla a právního řádu, podle kterého je společnost založena. Ačkoliv by z pohledu státu byla možnost vyloučení těchto investorů z ochrany lákavá, rozhodovací praxe naznačuje opak. Je totiž pravidlem, že investiční dohody chrání i *nepřímé* vlastnictví nebo kontrolu investice.<sup>80</sup> Pokud je tedy poškozena investice české společnosti, nic nebrání jejím společníkům nebo její mateřské společnosti, jsou-li tyto osoby osobami zahraničními, poškození žalovat.

### 5.1.4 Porušení mezinárodního práva

Velká množina kroků ČNB při její dozorové činnosti je potenciálně schopná standardy investičních dohod porušit. Je však nevyhnutelné, aby každé porušení ve své podstatě správního charakteru bylo automaticky porušením mezinárodního práva se všemi jeho následky?

Zejména v případech prvoinstančních správních rozhodnutí jsou tribunály poněkud zdrženlivé automaticky vyvozovat porušení mezinárodního práva. Pro to, aby prvoinstanční správní rozhodnutí mohlo způsobit porušení některého mezinárodního standardu, jeho následky musí být pro investora dostatečně závažné.<sup>81</sup> V opačném případě by totiž „*jakékoliv drobné porušení práva kterýmkoliv státním úředníkem bylo s to založit*

<sup>77</sup> *CME v. Czech Republic*, 591.

<sup>78</sup> *CME v. Czech Republic*, 171.

<sup>79</sup> *Tecmed v. Mexico*, 122.

<sup>80</sup> První se vztahuje k definici investice, zatímco druhá možnost využívá definice investora.

<sup>81</sup> BOUTE, Anatole. Challenging the Re-Regulation of Liberalized Electricity Prices Under Investment Arbitration. *Energy Law Journal*. 2011, roč. 32, č. 2, s. 532.

*jurisdikci investičního tribunálu*“.<sup>82</sup> Ačkoliv je citovaný názor převzatý z disentního stanoviska profesora Wäldeho, považují s ohledem na charakter a důvody vzniku arbitrážního systému za pochopitelné, že porušení státu musí dosahovat určité hranice, aby bylo žalovatelné. V opačném případě by se státy skutečně při jakémkoliv minoritním porušení musely obávat mezinárodních následků. S tímto názorem souhlasí i profesor Paulsson, podle něhož „*správní pochybení, která nejsou dostatečně závažná, ve smyslu významnosti porušení, výše vzniklé škody nebo nedostatku dostupného opravného prostředku, neopravňují vyvolání složitého a nákladného procesu arbitráže*“.<sup>83</sup>

Česká národní banka rozhoduje ve věcech jako prvoinstanční orgán. Opravným prostředkem v rámci správního řízení je rozklad ke guvernérovi, případně mimořádné opravné prostředky podle správního řádu. Jako správní rozhodnutí podléhají nadto případné výsledky správního řízení soudnímu přezkumu v rámci jednoinstančního správního soudnictví s možností využití mimořádného opravného prostředku – kasační stížnosti. Z tohoto pohledu si tak lze jen těžko představit nedostupnost opravných prostředků. Investiční tribunály nicméně nezkušují pouze formální existenci těchto metod nápravy, ale dívají se i na charakteristiky možnosti využití opravných prostředků – například na skutečnou efektivitu, délku řízení nebo pravděpodobnost následného opakování zásahu do investice.<sup>84</sup> Na druhou stranu ovšem nelze uzavřít, že rozhodnutí prvoinstančního orgánu s dostatečným mechanismem opravných prostředků nemůže investiční dohodu porušit. Vždy totiž bude záviset na konkrétních dopadech daného rozhodnutí, viz názor profesora Paulssona výše.

## 5.2 Makroobezřetnostní, měnové a devizové pravomoci ČNB a možné dopady na ochranu investorů

K pravomocím uvedeným v nadpisu je třeba z pohledu investičního práva přistupovat odlišně než v případě dohledových pravomocí. Při výkonu dohledu totiž hrají nejzásadnější roli individuální právní akty adresované konkrétnímu subjektu, tj. investorovi. Při výkonu ostatních pravomocí budou opatření ČNB dopadat na neurčité množství subjektů, v některých případech dokonce prakticky na kohokoliv, pokud se bude jednat například o měnové intervence. Vhodným příkladem širší následků může být měnová intervence provedená národní bankou Švýcarska, která ze dne na den uvolnila několik let uměle nastavený kurz švýcarského franku.<sup>85</sup> Tato změna byla na trhu naprosto neočekávaná a měla zásadní dopady například na poli investičního bankovníctví. Bylo by možné jako zahraniční investor ztráty tímto způsobené žalovat pomocí investiční arbitráže? Tato otázka je aktuální i s ohledem na skutečnost, že v této době směnný kurs uměle udržuje i ČNB.

<sup>82</sup> *Thunderbird v. Mexico – Dissenting Opinion of Thomas Wälde*, 14.

<sup>83</sup> *Thunderbird v. Mexico – Dissenting Opinion of Thomas Wälde*, 14, citující PAULSSON, Jan. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 109. Dále srovnej *Generation Ukraine v. Ukraine*, 20, 30.

<sup>84</sup> AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. *Local Remedies in International Law*. 2. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 200–214.

<sup>85</sup> BAGHDJIAN, Alice – KOLTROWITZ Silke. Swiss central bank stuns market with policy U-turn [online]. *Reuters*. 15. 1. 2015 [12. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://www.reuters.com/article/us-swiss-snb-cap-idUSKBN0KO0XK20150115>>.

V úvahu opět přichází ochrana legitimního očekávání investorů. Ačkoliv dopady těchto změn mohou být dalekosáhlé, domnívám se, že za těchto situací často nebude existovat dostatečně pevný podklad pro vytvoření legitimního očekávání, že se kurz nezmění – naopak, z běžné praxe je patrné, že umělé kurzy jsou udržovány pouze pro určitou dobu, ve které je třeba oživit exportní sílu dotčené země. Navíc konkrétně v případě ČNB jsou pravidelně (byť neformálně) uveřejňovány informace o pravděpodobné době ukončení intervencí.<sup>86</sup> V případě kurzu české koruny se dokonce spekuluje nad tím, že k uvolnění nedojde ze dne na den, ale postupně,<sup>87</sup> což lze, přinejmenším z pohledu investičního práva, z důvodu obezřetnosti doporučit. Současně je pochopitelné, že změny v kurzech nejde dělat plánovaně s ohlášením, neboť by tím byla dána příležitost se směnným kurzem spekulovat. Vzhledem k tomu, že se jedná o jeden z běžných nástrojů měnové politiky, subjekt finančního trhu by si navíc měl být případných následků vědom. Závěry o nemožnosti napadat obdobná opatření by mohla dokládat i absence jakýchkoliv informací o tom, že se investoři chystají v případě uvolnění kurzu národní bankou Švýcarska uchýlit k obraně prostřednictvím investiční arbitráže. Nelze nicméně uzavřít, že jednání státu k založení legitimního očekávání nikdy nepovede. Je možné si například představit situaci, kdy se budou příslušné osoby, například guvernér, opakovaně a jasně vyjadřovat v tom smyslu, že kurz nebude určitou dobu měněn, přes takováto ubezpečení však náhle dojde k uvolnění kurzu. V takovém případě je možné, že na základě předchozích výroků legitimní očekávání o dočasné neměnnosti vyvstane, bude však záležet i na intenzitě a oficialitě takovýchto výroků a dalších okolnostech.

Uvolnění směnného kurzu franku však mělo i jiný dopad. Některé státy, zejména Polsko a Chorvatsko, povolovaly bankám uzavírat hypotéky a spotřebitelské úvěry znějící na švýcarský frank. Po uvolnění směnného kurzu tak došlo k tomu, že dlužníci zaznamenali drastický růst výše dluhu v přepočtu na měnu svého státu. Výše uvedené státy proto v reakci na vzniklou situaci zavedly zvláštní zákon, který dočasně přikazoval zmrazit u těchto instrumentů směnný kurz, Chorvatsko posléze novelizovalo zákon o spotřebitelském úvěru a zavedlo povinnou konverzi dluhů znějících na švýcarský frank z franku na euro, přičemž cenu konverze měly hradit banky.<sup>88</sup> Vzhledem k tomu, že tímto byla výrazně snížena výnosnost dotčených finančních instrumentů, naznačují minimálně chorvatské banky možnost přistoupit k investiční arbitráži.<sup>89</sup> Investiční ochrany se ale v tomto případě dotkla až legislativní regulatorika států, nikoliv měnové rozhodnutí samotné centrální banky, příklad ale slouží zejména k tomu, aby vykreslil rozsáhlost dopadů, které mohou tyto změn přinášet.

<sup>86</sup> Singer: ČNB bude kurz držet nad 27 korun za euro nejméně do druhé poloviny roku 2016 [online]. *Hospodářské noviny*. 6. 9. 2015 [12. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://byznys.ihned.cz/c1-64558960-singer-cnb-bude-kurz-drzet-nad-27-korun-za-euro-nejmene-do-druhe-poloviny-roku-2016>>.

<sup>87</sup> TRAXLER, Jan. Měny: Bilancování roku 2015 a výhledy do roku 2016 [online]. *Peníze.cz*. 27. 1. 2016 [12. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://www.penize.cz/forex/308132-meny-bilancovani-roku-2015-a-vyhledy-do-roku-2016>>.

<sup>88</sup> VASANI, Baiju a kol. International Remedies for Foreign Investors in Croatia and Poland: Mortgage and Consumer Loan Conversion Legislation [online]. *Jones Day Publications*. 2015 [12. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://www.jonesday.com/International-Remedies-for-Foreign-Investors-in-Croatia-and-Poland-Mortgage-and-Consumer-Loan-Conversion-Legislation-10-27-2015/?RSS=true>>.

<sup>89</sup> REUTERS. Croatian banks appeal against Swiss franc loan conversions [online]. *Reuters*. 7. 10. 2015 [12. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://www.reuters.com/article/croatia-banks-courts-idUSL8N1273AV20151007>>.

To, že některé další aspekty zásahů do směnných kurzů mohou mít investičně-právní důsledky, dokazuje dále příklad odstranění parity peso–dolar v Argentině a pesifikace dolarových depozit, které ve spojení s dalšími finančními opatřeními vyústily v několik desítek investičních arbitrází.<sup>90</sup> V Argentině byl kurs pesa a dolaru fixně stanoven na 1 : 1, na rozdíl od výše uvedeného byl však kurs stanoven zákonem, nikoliv pouze opatřením národní banky. V době ekonomické krize byl kurs, jenž byl důležitým faktorem mnoha zahraničních investorů při rozhodování o investování v Argentině, odstraněn pomocí nouzového zákona. I k této změně tak došlo opatřením legislativního charakteru.

Kromě spravedlivého a rovného zacházení mohou opatření ČNB v této oblasti zasahovat i do jiného práva založeného investičními dohodami, které obecně stojí spíše na okraji pozornosti, a tím jsou ustanovení týkající se volnosti převodů plateb souvisejících s investicí. Dohody totiž vznášejí požadavek, aby byly tyto převody uskutečněny ve volně směnitelné měně za směnného kurzu platného v den, kdy je transfer proveden. Například investiční dohoda mezi Českou republikou a Nizozemskem uvádí:

*„[k]aždá smluvní strana zajistí, aby platby související s investicí mohly být převáděny. Převody se uskuteční ve volně směnitelné měně bez nežádoucích omezení nebo prodloužení [...]“*<sup>91</sup>

Převody kapitálu zpět do země investora zejména v podobě výnosů bývá nejzásadnějším smyslem celé investice, přičemž se mnohdy může jednat i o značně vysoké měnové převody. Lze si představit situaci, kdy by stát zaznamenal náhlý příliv krátkodobého kapitálu, který by mohl vést k nestabilitě finančních trhů, a v souvislosti s tím by stát byl podle domácího práva oprávněn přijímat určitá ochranná opatření.<sup>92</sup> Tyto ochranné mechanismy však mohou narážet na povinnost umožnění volnosti převodů. To samé platí pro povinnosti investorů určitě kapitálové obnosy zmrazit, k čemuž se státy občas uchylují. I na závazek volnosti převodů proto bylo odkazováno ve sporech týkajících se argentinské ekonomické krize, za jejíhož trvání došlo k několikerému drastickému omezení převodů plateb do zahraničí.<sup>93</sup>

## 6. VÝLUKY Z OCHRANY

Ochrana investičními dohodami je relativně striktní, co se výjimek týče. Dohody mohou obsahovat ochrannou klauzuli obsahující výčet tzv. *non-precluded measures*, podle které jiná ustanovení dohody nebrání přijetí opatření nutných k plnění mezinárodních závazků, jako je zachování mezinárodního míru nebo případně k dosažení bezpečnosti smluvního státu. Druhým zdrojem výjimek je mezinárodní princip nezbytnosti (*necessity*), jehož aplikaci upravuje článek 25 Článků ILC, který však požaduje splnění velmi přísných podmínek. K využití jakékoliv z těchto možností tak samotné tribunály přistupují velmi opatrně. Dokonce v případě argentinské krize, která měla na stát a jeho

<sup>90</sup> VASANI, Baiju, op. cit.

<sup>91</sup> Čl. 4 česko-nizozemské dohody o ochraně investic.

<sup>92</sup> BURUMA, Houthoff. The Role of Bilateral Investment Treaties [online]. *Houthoff.com*. 2012 [12. 4. 2016]. Dostupné z: <[http://www.houthoff.com/uploads/tx\\_hhppublications/Brochure\\_Arbitration\\_2012.pdf](http://www.houthoff.com/uploads/tx_hhppublications/Brochure_Arbitration_2012.pdf)>, v případě České republiky obsažená v § 32 zákona č. 219/2005 Sb., devizový zákon.

<sup>93</sup> BURUMA, Houthoff, op. cit.



obyvatele nesmírné dopady, rozhodlo pouze několik tribunálů, že opatření Argentiny byla prostřednictvím výjimek ospravedlnitelná.

Právě argentinská krize na druhou stranu přispěla k trendu začít zahrnovat do investičních dohod nezbytné výjimky. Většina starších dohod uzavřených Českou republikou obsahuje pouze velice úzké výluky z ochrany. Z tohoto pohledu lze považovat za přínosné, že návrh Dohody TTIP je ve vztahu ke státům ve finanční oblasti mnohem vstřícnější, obsahuje například výjimku, podle které investiční ochrana transferů nebrání státu aplikovat spravedlivé a nediskriminační opatření vztahující se k obezřetnému dohledu nad finančním trhem. Ještě specifitější je například modelová dohoda o ochraně investic USA, která obsahuje výjimky pro případy nediskriminačních a obecně aplikovaných opatření mj. centrální banky za účelem měnové nebo související úvěrové politiky nebo politiky směnných kurzů.<sup>94</sup> Návrh dohody TTIP dále obsahuje výčet oblastí, kde je stát oprávněn vykonávat bez omezení regulatorní pravomoci, aniž by dohodu porušil, pokud je to nutné k dosažení určitých legitimních cílů.

## ZÁVĚR

Po obecném shrnutí principů fungování mezinárodního investičního práva první část článku představila cíle a nástroje vybraných pravomocí ČNB. Pro účely mezinárodního investičního práva je důležité zjištění, že při výkonu dohledu jsou opatření ČNB často individuálního a konkrétně adresovaného charakteru. V ostatních oblastech mohou být dopady výkonu pravomocí ČNB mnohdy značně rozsáhlé a mohou ovlivnit nejen subjekty finančního trhu.

Následně byly představeny v základních obrysech jednotlivé hmotněprávní standardy obsažené v investičních dohodách, přičemž v různých částech textu bylo poukázáno na vývoj změn v obsahu investičních dohod na příkladu návrhu Dohody TTIP. Ačkoliv někteří v souvislosti s návrhem Dohody TTIP upozorňují dokonce až na zmrazení pravomocí států v oblasti finanční regulatoriky,<sup>95</sup> poznatky obsažené v tomto článku spíše naznačují, že se režim podle návrhu naklání více ve prospěch států, na rozdíl od ustanovení některých dohod uzavřených Českou republikou v minulosti.

Stěžejní část analyzovala možné dopady činnosti ČNB na zahraniční investory. V dohledové činnosti je zásadní zejména problematika licencí (ať už bankovních nebo ve formě jiných povolení subjektům finančních trhů), neboť právě ty mohou být základem legitimního očekávání, jehož porušení bývá pravidelně v investičních sporech namítáno. Kromě toho může ve vztahu k licencím dojít až k nepřímému vyvlastnění, které je opět investičními dohodami zakázáno. Konečně v této oblasti ČNB vede správní řízení, na které investiční dohody kladou určité procesní požadavky.

Mnohem komplikovanější jsou dopady makrobezpečnosti, devizové a měnové politiky. Měnové zásahy mohou citelně zasáhnout celou řadu investorů, jak je zřejmé zejména z argentinských investičních sporů vyvstalých na základě tamní ekonomické krize. Aby

<sup>94</sup> Čl. 20, odst. 2, písm. a modelové dohody o ochraně investic USA [online]. Dostupné z: <<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>.

<sup>95</sup> SOMO. TTIP: Attack on financial regulation leaves citizens unprotected [online]. SOMO. 2015 [15. 4. 2016]. Dostupné z: <<https://we.riseup.net/assets/167853/TTIP+financial+services.pdf>>.

však mohly být tyto intervence v investiční arbitráži žalovatelné, musí být předešlý stav právního a obchodního prostředí schopen založit investorova legitimní očekávání o jeho neměnnosti. Je však možné, že opatřeními v této oblasti mohou být porušeny i jiné investiční standardy, jako je například volnost převodů plateb souvisejících s investicí.

Vzhledem k tomu, že investiční dohody uzavřené Českou republikou neobsahují výjimky vztahující se k regulatorice finančního a měnového trhu, je třeba při činnostech ČNB věnovat těmto mezinárodním instrumentům a z nich plynoucím omezením dostatečnou pozornost.

## Impacts of International Investment Agreements on Activities of the Czech National Bank

Martina Pohanková

*Abstract:* The concept of investment agreements is unique to international law. Although such agreements are concluded between states, the rights arising thereunder are granted to investors as individuals. If a breach of any standard guaranteed under the respective agreement occurs, the investor can resort to international arbitration initiated directly against the concerned state. Acts of the Czech National Bank as a state body are attributable to the Czech Republic under international law, therefore its conduct may result in a breach of investment protection and consequently in a breach of international law. The article examines areas of potential violations of the most important investment standards by activities of the Czech National Bank, especially their possible impacts on protection of legitimate expectations and prohibition of expropriation without compensation. On the basis of the analysis, the article points out possible risks which can arise with regards to measures adopted by central banks in the light of international investment law.

*Key words:* international investment agreements, Czech National Bank, central bank, TTIP, indirect expropriation, legitimate expectations, bank licence