

Mezinárodní investiční arbitráž a vláda práva v hostitelských státech

Zdeněk Nový*

Abstrakt: Článek nabízí pohled na mezinárodní investiční arbitráž jako na nástroj prosazování vlády práva v hostitelském státě. Současný převážně ideologický boj proti mezinárodní investiční arbitráži opomíjí pozitiva její existence. Zánik mezinárodní investiční arbitráže či její proměna ve zcela odlišný právní koncept, jako např. stálý investiční soud, umožní vyšší morální hazard států, sníží jejich motivaci plnit mezinárodní závazky a být obezřetnými při spravování věcí veřejných jak vůči investorům, tak vlastním občanům. Článek se zabývá pojmem vlády práva obecně a následně jej aplikuje na oblast mezinárodní ochrany investic. V rámci ní je vláda práva rozdělena do dvou větví. První se zaměřuje na substantivní ochranu investic. Konkrétně rozebírá dílčí požadavky standardu spravedlivého a rovného zacházení, jako např. konzistentnost jednání státních orgánů či stabilitu právního řádu. Druhá větev rozboru se dotýká mechanismu mezinárodní investiční arbitráže jako způsobu řešení sporů. Zejména se zaměřuje na soudní řízení jako alternativu vymáhání práv investora. Poukazuje přitom na nesnáze a nejasnosti, které se sebou soudní řízení nese. Rovněž je v této části demonstrována hypotetičnost odpovědnosti státu na příkladu českého práva. Článek nemá za cíl slepě adorovat mezinárodní ochranu investic, leč otevřít kritickou diskusi o jejich kladech i záporech, která jediná může být základem eventuální reformy tohoto způsobu řešení sporů.

Klíčová slova: investiční arbitráž, legitimní očekávání, odpovědnost státu, spravedlivé a rovné zacházení, vláda práva

Vstupní úvaha

V posledních letech můžeme sledovat značnou nevoli vůči mezinárodní investiční arbitráži (dále „MIA“).¹ Tento protiúder zasazený MIA je třeba vnímat zejména ve světle recentní deklarace členských států Evropské unie (dále „EU“) k rozsudku Soudního dvora EU (dále „SDEU“) ve věci *Achmea*.² Dle této deklarace tzv. intraunijní dohody o ochraně investic (BIT) mezi nimi použitelné.³ Komise pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) pak intenzivně vyjednává o tom, jak „napravit“ dysfunkční systém MIA na globální úrovni.⁴

MIA údajně neposkytuje ochranu veřejnému zájmu, leč pouze právům investorů.⁵ Bývá též předkládán argument, že částky přisuzované mezinárodními arbitry jsou enormní,

* Mgr. Zdeněk Nový, Ph.D., LL.M. (EUI), Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: zdenek.novy@law.muni.cz.

¹ Srov. obecně WAIBEL, Michael (ed). *Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Austin: Wolters Kluwer, 2010.

² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018 in Case C-284/18 *Slowakische Republic v Achmea BV* ECLI: EU: C: 2018:158. Dostupné z: <<http://www.curia.eu>>. Veškeré odkazy na elektronické zdroje v tomto článku platí k 14. 8. 2019.

³ *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*. Dostupné z: <www.ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>.

⁴ Srov. dokumenty připravené *Working Group III*, která se zabývá mezinárodní investiční arbitráží. Dostupné z: <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state>.

⁵ Srov. např. VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness and the Rule of Law*. *Osgoode Digital Commons*. Dostupné z: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/364/>.

a v konečném důsledku je uhradí daňoví poplatníci v arbitráži neúspěšného státu. MIA je nevýhodná také proto, že pouze investor, často ekonomicky prosperující korporace, může zahájit na základě mezinárodní dohody o ochraně investic jednostranně arbitráž, kterážto možnost není dána žalovanému státu. Rozhodci, motivovaní vlastním ekonomickým prospěchem, jsou zpravidla naklonění zájmům investora, a jejich rozhodování je proto tendenční. Rozhodování arbitrážních tribunálů pak zasahuje do oblastí, které mají spadat do výhradní působnosti jednotlivých států jako např. právo regulace v oblasti ochrany veřejného zdraví či životního prostředí.

Tento článek polemizuje s kritikou MIA jako způsobu řešení sporů mezi státem a investorem. Výchozí hypotézou článku je, že MIA může sloužit jako dílčí a doplňkový nástroj prosazování vlády práva v hostitelských státech. Volání po konci MIA je často důsledkem obavy některých států z odhalení protiprávních kroků státu či závažných nedostatků při jeho správě.⁶ Odstranění či inhibice MIA může být zdrojem zvýšení morálního hazardu na straně států a v konečném důsledku snížení úrovně zachovávání vlády práva nejen vůči investorům, ale všem subjektům vnitrostátního právního řádu.⁷

1. Prolegomenon: stav vlády práva v ČR

V hodnocení studie *Rule of Law Index* pro rok 2019 ČR zaujala 19 místo.⁸ Jediným indikátorem problému v řečené zprávě je stav korupce v naší zemi. Tam se umístila až na 34. místě.⁹ Pokud vezmeme v potaz, že bylo do zprávy zahrnuto 126 zemí, můžeme hovořit o úspěchu. Má tedy ČR vůbec nějaký problém s respektem k vládě práva?

Podle našeho názoru existují indicie vážných nedostatků fungování českého státu a nedodržování dílčích součástí vlády práva. V ČR absentuje koncepce ve strategických oblastech regulace. S tím se pojí náhlé a nepromyšlené změny právních předpisů. Zároveň si je třeba uvědomit, že právě ve strategických oblastech fungování států, jako např. energetika, se objevují významné zahraniční investice a investoři.¹⁰

Autoři Bakeš a Vojtěch upozorňují např. na notoricky (a již mezinárodně) známou nepřehlednost a nestabilitu českého daňového systému.¹¹ Předvídatelnost práva v této oblasti je přinejmenším problematická, a to i pro odborníky. Jestliže se v českém daňovém systému hůře orientují i domácí odborníci, je to o poznání složitější pro zahraniční investory.

⁶ Srov. BALAŠ, Vladimír – ŠTURMA Pavel. *Mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem*. Dostupné z: <<http://www.bulletin-advokacie.cz/mechanismus-reseni-sporu-mezi-investorem-a-statem-ids>>. Veřejnost se může dozvědět o probíhajících arbitrážích nejenom z činnosti médií, ale především z veřejně dostupných rozhodčích nálezů. Srov. např. ITALAW. Dostupné z: <<https://www.italaw.com/>>.

⁷ Vladimír Baláš hovoří o poskytnutí inspirace totalitním a nedemokratickým státům. Srov. BALAŠ, Vladimír. Jsou dvoustranné dohody o ochraně investic uzavřené mezi členskými státy stále platné, nebo došlo po přijetí rozhodnutí Soudního dvora k nějaké radikální změně? *Bulletin advokacie*. 2019, č. 4, s. 32.

⁸ Srov. World Justice Project. *Rule of Law Index*. 2019, s. 64. Dostupné z: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2019-Single%20Page%20View-Reduced_0.pdf>.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Srov. *China's long game to dominate nuclear power relies on the UK*. Dostupné z: <<https://www.theguardian.com/environment/2018/jul/26/chinas-long-game-to-dominate-nuclear-power-relies-on-the-uk>>.

¹¹ BAKEŠ, Milan – VOJTĚCH, Jakub. Czech Tax Law Instability in Times of Economic Prosperity. *The Lawyer Quarterly*. 2019, Vol. 9, No. 1, s. 1–12.

Druhou oblastí finančního práva jsou dnes již pověstné zajišťovací příkazy, které mohou vést až k insolvenčnímu zániku daňových subjektů.¹² Rozsudek správního soudu, který jim dá za několik let za pravdu, přichází jaksi *post festum*.

Třetí oblast hodná zmínky je regulace solárních elektráren. Česká republika, stejně jako Itálie a Španělsko, nyní čelí investičním arbitrážím v této oblasti.¹³ Důvodem je, *in nuce*, experiment českého zákonodárce, který „vsadil“ na zelenou energii, aby následně svoji strategii v této oblasti opustil, neboť zjistil její neúnosnost.

Zadávání veřejných zakázek v ČR je již evergreenem. Bezpečností informační služba pravidelně zařazuje tuto oblast mezi problematické ve svých výročních zprávách.¹⁴ Např. zpráva z roku 2016 nabízí zajímavý vhled, že některé státem ovládané subjekty se snažily právní předpisy v oblasti zakázek obcházet, zadávání nebylo transparentní, včetně snahy učinit vše pro to, aby nemusely být určité smlouvy zavedeny do registru smluv.¹⁵

Dalším případem je *ex post* zdanění církevních restitucí, které je důsledkem nedosta- tečně připravené a vyjednané dohody o navrácení církevního majetku ze strany státu, jež se ČR snaží kompenzovat tímto nanejvýš problematickým a arbitrárním legislativním opatřením.¹⁶

Nakonec je možné poukázat na případ těžby lithia, kdy jedna vláda přijala memoran- dum, které umožňovalo jeho těžbu zahraniční společnosti, aby krátce poté nová vláda toto memorandum zrušila.¹⁷ Podle názoru příchozí vlády memorandum nemělo právní závaznost, takže se vlastně nic nestalo. Z pohledu ochrany legitimních očekávání inves- tora v rámci mezinárodní ochrany investic však situace může mít mezinárodněprávní následky pro ČR (viz 4.2.2 níže).

Prozatím se neukazuje, že by se tyto problémy dařilo řešit zevnitř státu. Podle našeho názoru tedy stav v různých zemích může čas od času vyžadovat tlak z mezinárodního společenství, mezinárodních organizací atd. To platí ještě více pro státní příslušníky ji- ných států, včetně investorů, k jejichž ochraně je minimální motivace v rámci běžných zákonodárných a správních procedur, neboť se obecně nejedná o téma „zajímající“ majo- ritu voličů.

Jedním z nemnoha účinných nástrojů ochrany práv cizinců pak je MIA. Než si ukáže- me, v čem spočívají potenciální výhody MIA pro zlepšení některých aspektů vlády práva, vymezíme pojem samotné MIA.

¹² § 167 an. z. č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů. Výsledkem analýzy Ministerstva financí nicméně bylo, že k nadužívání zajišťovacích příkazů nedošlo. Dostupné z: <www.mfcr.cz>. K podobnému závěru dospěl také Úřad veřejného ochránce práv. Dostupné z: <<https://www.ochrance.cz/aktualne/tiskove-zpravy-2017/ombudsmanka-zverejnila-zpravu-o-setreni-zajistovacich-prikazu/>>.

¹³ Proti Itálii se vede sedm veřejně známých arbitrází v oblasti solárních elektráren. Dva případy již byly rozhodnuty, jeden ve prospěch státu, druhý ve prospěch investora. V případě Španělska se jedná o desítky probíhajících sporů. K oběma srov. údaje dostupné z: <<https://investmentpolicyhubold.unctad.org/ISDS/CountryCases/197?partyRole=2>>; proti ČR je vedeno dle dostupných informací pět arbitrází v oblasti solární energetiky. Dvě arbitráže byly již rozhodnuty ve prospěch ČR. Dostupné z: <<https://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitrazne/prehled-arbitraznich-sporu-vedenych-proti->>.

¹⁴ Výroční zpráva Bezpečnosti informační služby. Dostupné z: <<https://www.bis.cz/vyrocnizpravy/>>.

¹⁵ Srov. Výroční zpráva bezpečnosti informační služby za rok 2016, s. 4. Dostupné z: <<https://www.bis.cz/public/site/bis.cz/content/vyrocnizpravy/2016-vz-cz.pdf>>.

¹⁶ Novela zákona o majetkovém vyrovnání s církvemi. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/hlasy.sqw?g=69585&l=cz>>.

¹⁷ Srov. Memorandum o lithiu nebude. Česko od něj jednostranně odstupuje. Dostupné z: <https://www.lidovky.cz/domov/ministr-prumyslu-v-demisi-huner-poslal-emh-vypoved-memoranda-o-tezbe-lithia.A180301_171726_energetika_pev_>.

2. Mezinárodní investiční arbitráž a její odlišení od arbitráže obchodní

Arbitráž bývá obvykle vnímána jako způsob řešení mezinárodních obchodních sporů. Mezinárodní obchodní arbitráž spočívá na rozhodčí smlouvě mezi stranami, která stanoví, že jejich spory budou rozhodovány třetí nezávislou osobou, jejíž rozhodnutí (rozhodčí nález) bude strany zavazovat.¹⁸

Zatímco v mezinárodní obchodní arbitráži se řeší spory vzniklé ze smluv a jiných soukromoprávních jednání, MIA se dotýká suverénních jednání států jako mocenského subjektu vůči zahraničnímu investorovi.¹⁹ Účelem MIA je ochrana zahraničních investic příslušníků jiných států proti zásahům hostitelského států do jejich investice a umožnění řešení sporů mezi investory a státy na neutrální půdě arbitráže.²⁰

Použitelným právem je v mezinárodní obchodní arbitráži obvyklé vnitrostátní právo některého státu. V MIA jsou jím primárně mezinárodní smlouvy na ochranu investic a další prameny mezinárodního práva veřejného.²¹

Mezinárodní (obchodní i investiční) arbitráž spočívají na konsenzu stran sporu.²² Konsenzus však nabývá odlišné podoby. Jestliže je mezinárodní obchodní arbitráž založena na rozhodčí smlouvě mezi subjekty vnitrostátního (soukromého) práva, MIA vyvěrá ze souhlasu států jako smluvní strany mezinárodní dohody o ochraně investic.²³ Tento souhlas sestává:

- z nabídky státu v dohodě o ochraně investic podřídít se pravomoci investičního tribunálu,
- a přijetí této oferty zahájením investiční arbitráže.²⁴

Oba druhy arbitráže se shodují v tom, že jejich výsledkem je rozhodčí nález. Stejně tak sdílejí možnost uznání a výkonu rozhodčích nálezů na základě Newyorské úmluvy.²⁵

V dalším výkladu se tedy budeme věnovat MIA spočívající na dvou či mnohostranné dohodě o ochraně investic. Nejprve však musíme obrátit naši pozornost k metodologické diskusi nad tématem tohoto článku.

3. Metodologická východiska a diskuse

Metodologie tohoto článku je převážně doktrinární. Zdrojem nahlížení na problematiku tak bude právní úprava v oblasti mezinárodní ochrany investic, včetně reflexe některých

¹⁸ Srov. např. BERNARDINI, Piero. *International Commercial Arbitration and Investment Treaty Arbitration*. In: CARON, David D. – SCHILL, Stephan – COHEN SMUTNY, Abby – TRIANTAFILOU, Epaminontas E. (eds). *Practising Virtue. Inside International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 54.

¹⁹ K postavení státu v arbitráži srov. obecně BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. *State in International Arbitral Process*. *Arbitration International*. 1986, Vol. 2, No. 1, s. 22–32.

²⁰ Srov. DOLZER, Rudolf – SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 235.

²¹ K pramenům mezinárodního práva srov. čl. 38 odst. 1 Statutu Mezinárodního soudního dvora (dále „MSD“). Samozřejmě i vnitrostátní právo nepřestává sehrávat svoji úlohu v MIA, např. v podobě *legis loci arbitri*. Viz PAPARINSKIS, Martins – HO, Jean – LIM, C. L. *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and other Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 161.

²² Srov. STEINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 196–197.

²³ Srov. PAULSSON, Jan. *Arbitration Without Privity*. *ICSID Review*. 1995, Vol. 10, No. 2, s. 239–240.

²⁴ Např. CUNIBERTI, Gilles. *Rethinking International Commercial Arbitration. Towards Default Arbitration*. Cheltenham (UK) – Northampton (US): Edward Elgar, 2017, s. 47.

²⁵ Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. Publikováno jako vyhláška č. 74/1959 Sb.

rozhodčích náleží a odborných názorů. Metodologií článku je kriticky pozitivistické pojetí mezinárodního práva veřejného.²⁶ Předkládaný článek však nezastává výhradně tento „tradiční“ doktrinální přístup spočívající v deskripci a analýze právní úpravy, ale s ohledem na vládu práva jako ústřední pojem článku také hodnotící úvahy ohledně systému mezinárodní ochrany investic a MIA.

Z hlediska právněfilozofického se v tématu článku snoubí konflikt mezi vizí suverenity jako absolutizace, v krajním případě totality státu.²⁷ Oproti tomu lze vymezit pojetí suverenity, jejíž omezení představuje právní řád, specificky pak mezinárodní závazky státu.²⁸ Vláda práva vyžaduje, aby právní řád byl limitem politického rozhodování, (nejen) pokud se týká jednotlivců, *in concreto* investorů.

Vláda práva také implikuje normativní přístup. To znamená, že článek vychází z představy (ideálně) fungujícího státu a jeho právního řádu, k němuž by se měla přibližovat realita. Vláda práva je tedy aproximativní idea, jíž je žádoucí dosáhnout.

Paradigma mezinárodního práva akcentované v tomto článku je právní *antropocentrismus*, tzn., že mezinárodní právo není pouze a primárně právem mezistátním, ale jeho cílem je ochrana práv jednotlivců, mj. práv investorů.²⁹ Zároveň je článek založen na hypotéze, že vládu práva uvnitř státu lze prosazovat prostřednictvím institucí mezinárodního práva.³⁰

Tento článek přitom bude čelit několika metodologickým (epistemologickým) úskalím.

Zprv se jedná o samotnou definici pojmu „vláda práva“. Existuje řada koncepcí sahající až do antického myšlení. S ohledem na množství koncepcí vlády práva, jež nemohou být všechny pojaty do jediného článku, bude definice vlády práva pro účely tohoto článku do určité míry výsledkem arbitrární volby autora. Tento výběr však bude veden snahou destilovat z dostupných zdrojů esenciální znaky vlády práva.

Dále existuje celá řada kvantitativních výzkumů stran vztahu mezi fungováním státu a jeho závazky v oblasti mezinárodní ochrany investic. Jejich výsledky jsou smíšené a jejich výstupy je třeba akceptovat pouze s velkou opatrností. Pokud se týká otázky zachování vlády práva, studie Schultze a Duponta ukazuje, že toto mladé odvětví přešlo od původně neokoloniální povahy mezinárodní ochrany investic k recentnímu posílení její role právě jako nástroje vlády práva.³¹ Nicméně existují také výzkumy, které jsou spíše skeptické k vlivu MIA na vládu práva či dobré vládnutí v hostitelských státech.³²

Stát se bude snažit předcházet vzniku možných investičních sporů pečlivým a systematickým dodržováním pravidel vnitrostátního i mezinárodního práva, a to jak vůči

²⁶ Srov. BIANCHI, Andrea. *International Law Theories An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: Oxford University Press, 2016, kap. 2.1 (Kindle Edition).

²⁷ Srov. SCHMITT, Carl. *Politická theologie*. Praha: OIKOYMENH, 2012, s. 9 an.

²⁸ Viz čl. 1 odst. 2 Ústavy. Srov. také ADAMOVÁ, Karolína – KRÍŽKOVSKÝ, Ladislav. *Dějiny myšlení o státě*. Praha: Codex, 2000, s. 315.

²⁹ Pojem „antropocentrismus“ práva je převzat z MALENOVSKÝ, Jiří. *Mezinárodní právo veřejné. Obecná část a poměr k jiným právním systémům*. 6., upravené a doplněné vydání. Brno – Plzeň: Doplněk, 2014, s. 133.

³⁰ Tento názor samozřejmě nesdílejí všichni. Srov. obecně KRATOCHWIL, Friedrich. *The Status of Law in World Society*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2014.

³¹ Srov. SCHULTZ, Thomas – DUPONT, Cédric. Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study. *European Journal of International Law*, 2014, Vol. 25, No. 4, s. 1168.

³² Srov. např. SATTOROVA, Mavluda. The Impact of Investment Treaty Law on Host State Behavior. Some Doctrinal, Empirical and Interdisciplinary Insights. In: LALANI, Shaheez – POLANCO LAZO, Rodrigo (eds). *The Role of the State in Investor-State Arbitration*. Leiden-Boston: Brill-Nijhoff, 2015, s. 163–186. Sattorova nicméně v této publikaci otevřeně přiznává, že předkládá prozatímní výsledky svého výzkumu.

cizincům, tak vůči domácím subjektům.³³ Negativní motivací státu pak samozřejmě bude potenciální odsouzení k zaplacení kompenzace investorovi.

MIA představuje pouze doplňkový nástroj prosazování vlády práva, zejména tam, kde běžné vnitrostátní mechanismy selžou či selhávají. Je také zřejmé, že stát, který z principu nedodrží své mezinárodní závazky, tak nebude činit ani u dohod na ochranu investic. Vycházíme zde z premisy, že stát, v němž se víceméně dobře vládne, mnoha investičním arbitrážím nemusí čelit.³⁴ Pokud se tak stane, pak stát snadno prokáže, že k porušení standardů ochrany investic nedošlo. V situacích, kdy je stát odsouzen, tak právní úpravu, postup orgánů apod. upraví tak, aby investiční arbitráže z tohoto problému v budoucnu již nevznikaly.

MIA dále umožňuje v řadě případů holistický, vnější a nezávislý náhled na (ne)funkčnost určité oblasti státní správy, který nemůže být učiněn zevnitř státu. Např. soudy státu nemohou obvykle nabídnout obraz selhání vlastní soudní soustavy rezultující v odepření spravedlnosti vůči cizinci nebo situaci, kdy se exekutiva chová kontradiktorně vůči rozhodování soudů (viz 4.2.2 C níže).

Dalším nesamozřejmým předpokladem je, že „užitečnost“ systému mezinárodní ochrany investic nemá být posuzována výhradně z ekonomického pohledu, tj. zda existuje kauzální nexus mezi dohodami o ochraně investic a skutečnými investicemi v té které zemi. Spíše je třeba nazírat mezinárodní ochranu investic jako důležitý nástroj potenciálního vlivu na regulatorní prostředí v daném státě. Dá se tedy očekávat, že investor bude mít tendenci investovat ve státě, v němž je dostupná, relativně srozumitelná a trvalá legislativa a jenž není ovládán přebujelou byrokracií či enormní korupcí. To jsou předpoklady fungování státu, které nejsou pouze ve prospěch investorů, ale všech subjektů práva ve státě.

V této souvislosti se nicméně nabízí otázka, zda MIA nemůže mít negativní na regulatorní prostředí v hostitelském státě. Hovoří se v této souvislosti o tzv. *regulatory chill*, tzn., že stát upustí od přijetí nové legislativy z obavy před vznikem mezinárodněprávní odpovědnosti z porušení dohod o ochraně investic.³⁵ To se týká především těch předpisů, které sledují nějaký zvlášť důležitý veřejný zájem, např. ochranu zdraví. Několik nedávných arbitrážních nálezů však ukazuje, že rozhodci akceptují, že státy chrání legislativou své obyvatele, a tedy investoři nebývají s takovými nároky úspěšní.³⁶

³³ Někteří autoři zdůrazňují, že existence samotného ustanovení o řešení sporů v arbitráži může mít preventivní charakter v tom, že ke vzniku konfliktu mezi stranami vůbec nedojde. Stát může např. s investorem uzavřít dohodu o narovnání. Srov. LALIVE, Pierre. *Some Threats to International Investment Arbitration*. *ICSID Review*. 1986, Vol. 1, s. 26–27.

³⁴ Je přitom pozoruhodné, že kupř. Nizozemí či Švýcarsko nečelily dosud ani jedné mezinárodní investiční arbitráži. Francie, Rakousko a Velká Británie byly žalovanou stranou pouze jednou. Všechny tyto země jsou přitom atraktivní z pohledu zahraničních investic a můžeme je zařadit mezi země významné pro mezinárodní obchod. V Nizozemí se v četném počtu usazují zahraniční společnosti, potenciál pro spory investorů s tímto státem je tedy relativně vysoký. Přesto takové spory nevznikají. Vysvětlení může být, že právní systémy těchto států a postup jejich orgánů nedávají velký prostor pro vznik investičních nároků. Jak pak vysvětlit 38 investičních sporů proti České republice či 45 proti Španělsku? Údaje čerpané z *Investment Policy Hub*. Dostupné z: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByCountry>>.

³⁵ Plnohodnotné posouzení otázky *regulatory chill* vyžaduje nejenom znalosti práva, ale také politické vědy, která se zabývá chováním států a vlád a jejich reakcemi na určité hrozby (jakou je třeba arbitráž). Srov. TIENHAARA, Kyla. *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: a View from Political Science*. In: MILES, Kate – BROWN, Chester (eds). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 606–628.

³⁶ Srov. Nález ze dne 2. srpna 2010 ve věci *Chemtura Corporation proti Kanadě, ad hoc NAFTA/UNCITRAL arbitráž* (zákaz pesticidů) a Nález ze dne 8. 7. 2016, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. a Abal Hermanos S.A. proti Uruguayi*, případ ICSID č. ARB/10/7 (pokrytí velké části balení cigaret jednotnou barvou tak, že zakrývá ochrannou známku Philip Morris). Oba nálezy dostupné z: <<http://www.italaw.com>>.

Poslední presumpcí tohoto článku je, že mezinárodní investiční tribunály nemohou být nahrazeny ani vnitrostátními soudy, ani nějakým stálým mezinárodním investičním soudem (viz 5.3 níže).

4. Podstata vlády práva

Vláda práva znamená, že právo slouží jako omezení arbitrárního jednání státu, respektive arbitrárního užití veřejné moci státem proti jednotlivci.³⁷ Ostatně tuto skutečnost přílehavě vyložil Mezinárodní soudní dvůr (MSD) ve věci *Elettronica Sicula*: „*Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law.*“³⁸

Vláda práva se vylučuje s totalitními a autoritářskými režimy, kde přání vladaře, krále, prezidenta atd. je nadřazeno požadavkům právních předpisů (*rex est lex, nikoli lex est rex*).³⁹

Na základě studia odborné literatury můžeme schematizovat vládu práva:

- ve formálním a materiálním významu
- ve vnitrostátním a mezinárodním měřítku (*domestic versus international rule of law*).⁴⁰

Formální koncepce vlády práva, obecně řečeno, nehodnotí, zda je dané právo „dobré“. Důvod je takový, že zastánci formálního pojetí pochybují o tom, že lze dosáhnout shody na tom, co je „dobré“ právo.⁴¹ Jejich rozumění pojmu vlády práva pak obnáší splnění určitých formálních požadavků, jako např. že právo musí být jasné, srozumitelné či prosté pravé retroaktivity atd. Orgány by neměly při výkonu správního uvážení či obecněji diskrece popírat účel existujících právních pravidel. Dále musí existovat nezávisle soudnictví a přístup k němu.

Materiální koncepce vlády práva hledí na kvalitu obsahu právní úpravy, např., zda jsou chráněna základní práva a svobody, a specificky pak vlastnictví.⁴² Element ochrany vlastnictví jako součástí vlády práva je v rámci tématu důležitý, neboť většina dohod o ochraně investic chrání investora před protiprávním zbavením jeho vlastnického práva k investici.⁴³

Bingham ve svém klasickém pojednání o vládě práva mj. zmiňuje, že je nezbytné, aby právní úprava umožňovala plánovat životy a obchodní záležitosti subjektů práva.⁴⁴ Tato

³⁷ *Britannica Online Encyclopedia*, voce „Rule of Law“. Dostupné z: <<https://www.britannica.com/>>; *Stanford encyclopedia of Philosophy*, voce „rule of law“. Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/>>; CRAIG, Paul. Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. *Public Law*. 1997, s. 3. Dostupné z: <<http://weblaw.haifa.ac.il/en/JudgesAcademy/workshop3/Documents/A/A/PL-Craig.pdf>>; KUMM, Mattias. International Law in National Court: The International Rule of Law and the Limits of the Internationalist Model. *Virginia Journal of International Law*. 2003, Vol. 44, s. 24.

³⁸ *Elettronica Sicula S.p. A. (ELSI)*, Judgment, I. C. J. Reports, 1989, s. 15, odst. 128. Dostupné z: <<https://www.icj-cij.org/en/pcij>>.

³⁹ The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law and the Hague Institute for the Internationalisation of Law. *Rule of Law: A Guide for Politicians*. Lund – The Hague, 2012, s. 10.

⁴⁰ Anglický pojem *rule of law* používáme v tomto článku dvojím způsobem. Zprv, jako ekvivalent vlády práva, zadruhé jako termín, který používá anglicky psaná literatura vztahující se k tématu vlády práva.

⁴¹ Srov. CRAIG, Paul. Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. *Public Law*. 1997.

⁴² *Stanford encyclopedia of Philosophy*. Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/>>.

⁴³ Srov. např. BIT mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic. Publikována jako sdělení č. 569/2002 Sb.

⁴⁴ BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. London, Penguin Books, 2011: „[T]he successful conduct of trade, investment and business generally is promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations. No one would choose to do business, perhaps involving large sums of money, in a country where the parties' rights and obligations were vague or undecided.“

koncepte, jak níže ukážeme, nalézá svůj odraz v ochraně legitimních očekávání investora (viz 5.2.2 E níže). Součástí vlády práva je rovněž plánování ekonomické budoucnosti jednotlivce, tedy i investora. V této souvislosti je možno uvést Hayekovu koncepci *rule of law*:

„[S]tát je ve všech svých jednáních vázán pevnými a předem vyhlášenými pravidly, jež umožňují předvídat s rozumnou určitostí, jak autorita bude užívat její donucovací pravomoci za daných okolností, a plánovat vlastní záležitosti jednotlivce na základě této znalosti.“⁴⁵

V této práci se zaměříme především na formální význam vlády práva, a to jak v kontextu mezinárodního, tak vnitrostátního práva. Avšak s ohledem na skutečnost, že dichotomie „formální versus materiální“ koncepce vlády práva je velmi schematická, nevyhne se v dalším výkladu ani hodnotícím úvahám o obsahu práva.

Pojmem „vláda práva“ máme na mysli omezení suverénního státu v jeho jednání pravidly vnitrostátního i mezinárodního práva, které jej zavazují. Tato široká definice vychází do určité míry z klasického pojetí *rule of law* v díle A. V. Diceyho.⁴⁶

4.1 Vztah mezinárodní a vnitrostátní vlády práva

Mezinárodní *rule of law* plní ve vztahu k vnitrostátní vládě práva podobnou funkci jako mezinárodní právo (zejména ta jeho část chránící práva jednotlivců) vůči právu vnitrostátnímu. Mezinárodní právo (vláda práva) tedy představuje kontrolní mechanismus v případě, že domácí vláda práva nefunguje nebo je pouze deklarována.⁴⁷

Vnitrostátní a mezinárodní vláda práva se protíná v bodě, kdy se státy zavázaly na mezinárodní úrovni k ochraně práv jednotlivců, kteří byli dříve pouze subjekty vnitrostátního práva, na jehož právní úpravu také musely výhradně spoléhat. Dohody o ochraně investic přinesly významnou změnu v tomto ohledu. Zásada *pacta sunt servanda*, která je bezpochyby kvintesencí jakéhokoli systému *rule of law*, začala být naplňována vůči „novým“ subjektům mezinárodního práva – jednotlivcům. Zásada *pacta sunt servanda*, jsouc základním principem mezinárodního smluvního práva, není přítom v rozporu se suverenitou státu, ale jejím vyjádřením. Jak trefně poznamenal Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti již v roce 1923:

„Soud odmítá spatřovat v uzavření jakékoli Úmluvy, jíž se stát zavazuje plnit nebo zdržet se určitého jednání, opuštění suverenity. Bezpochyby každá úmluva vytvářející závazek tohoto druhu klade omezení výkonu suverénních práv státu, ve smyslu, že vyžaduje, aby byla vykonávána určitým způsobem. Leč právo vstupovat do mezinárodních závazků je atributem suverenity státu.“⁴⁸

⁴⁵ HAYEK, Friedrich August. *The Road to Serfdom. Text and Documents. The Definitive Edition. The Collected Works of F. A. Hayek edited by B. Caldwell.* Chicago: Chicago University Press, 2007, s. 112. Tento a veškeré další překlady provedl autor článku, pokud není řečeno jinak.

⁴⁶ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution.* Reprint of the 8th edition. Indianapolis: Liberty Classics, 1915, s. 107 an.

⁴⁷ Srov. PAULSSON, Jan. *Enclaves of Justice. Miami Law Research Papers Series.* 2010. Dostupné z: <<http://ssrn.com/abstract=1707504>>.

⁴⁸ *Permanent Court of International Justice Case of the S. S. Wimbledon*, 17. srpna 1923, s. 25. Dostupné z: <<https://www.icj-cij.org/en/pcij>>.

Paralelně se tato ochrana jednotlivců na mezinárodní úrovni začala prosazovat také prostřednictvím instrumentů ochrany lidských práv.⁴⁹ Uznávání internacionalisté Aust a Nolte v této souvislosti konstatují, že „jádro právního obsahu vlády práva se rozvinulo v tradiční oblasti mezinárodního práva, jež se dotýká standardů soudní ochrany [...]. Tyto standardy se původně rozvinuly s ohledem na zacházení s cizinci.“⁵⁰

Řešení autoři nicméně spatřují minimální standard ochrany již v mezinárodním obyčejovém právu, jež pochopitelně existovalo dávno před sjednáním dohod o ochraně investic a mezinárodních úmluv o ochraně lidských práv a svobod. Je zajímavé, že Aust s Noltem identifikují právě jako základní kámen mezinárodní vlády práva zákaz odepření spravedlnosti (*denial of justice*) vůči cizincům.⁵¹

Raoul Wallenbergův návod ohledně vlády práva pro politiky zmiňuje další důležitý moment pro vztah vnitrostátní a mezinárodní vlády práva, a to primát mezinárodního práva v případě kolize s právem vnitrostátním.⁵² Klíčovým důsledkem přitom je, že stát nemůže vznášet své vnitrostátní právo jako důvod neplnění svých mezinárodních závazků.⁵³

Druhým významným předpokladem mezinárodní vlády práva je existence mechanismu pokojného řešení sporů.⁵⁴ Mezi způsoby pokojného řešení sporů mezi státem a investorem patří také MIA.

4.2 Vláda práva v kontextu mezinárodní ochrany investic

Vláda práva v rámci mezinárodní ochrany investic zahrnuje dva základní aspekty, a to substantivní a procesní. Substantivní aspekt se zaměřuje na kvalitu právního rámce, chování orgánů státu, jasnost a předvídatelnost práva. Procesní aspekt zahrnuje přístup k soudům a jiným orgánům ochrany subjektivních práv.

Vztah mezi mezinárodní ochranou investic a vládou práva je obvykle vymezován následovně. Zaprvé, mezinárodní ochrana investic a MIA napomáhají vyplnit mezeru v ochraně práv tam, kde soudy a jiné orgány tuto úlohu neplní.⁵⁵ Zadruhé, hrozba konstatování porušení mezinárodního práva a rezultující kompenzace ve prospěch investora může sloužit jako nástroj zdokonalení fungování vlády práva v hostitelském státě.⁵⁶ Zatřetí, přínosem MIA je depolitizace mezinárodních sporů.⁵⁷ To, co se dříve řešilo pomocí tzv. *gunboat diplomacy*, se nyní řeší pokojným způsobem.⁵⁸

⁴⁹ Srov. obecně PAPARINSKIS, Martins. *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁵⁰ AUST, Helmut Phillip – NOLTE, Georg. International Law and the Rule of Law at the National Level. In: ZURN, Michael – NOLL-KAEMPER, Andre (eds). *Rule of Law Dynamics in an Era of International and Transnational Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 60.

⁵¹ *Ibidem*, s. 60–61.

⁵² Raoul Wallenberg. *Rule of Law: A Guide for Politicians*, s. 35.

⁵³ Srov. čl. 27 *Vídeňské úmluvy o smluvním právu*. Publikována jako 15/1988 Sb.

⁵⁴ ALLAIN, Jean. *A Century of International Adjudication: The Rule of Law and its Limits*. The Hague: T. M. C. Asser, 2000, s. 4.

⁵⁵ Viz HOWSE, Robert. *International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework*. *Institute for International Law and Justice Working Paper*. 2017/1 (Megareg Series), s. 34.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Srov. MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 27.

Rule of law sehrává nezastupitelnou úlohu v mezinárodním obchodování a mezinárodních ekonomických vztazích. V této souvislosti definuje sir Anthony Mason několik základních principů vlády práva v mezinárodním obchodu:

- právní řád nesmí působit retroaktivně a musí být transparentní;
- musí být zaručena právní jistota;
- musí existovat garance spravedlivého řízení;
- nezávislost soudů musí být zaručena;
- musí být zajištěn přístup k soudu;
- soudní rozhodnutí musejí být řádně odůvodněna.⁵⁹

Autor Živkovič, specializující se na vztah vlády práva a mezinárodní ochrany investic, pak identifikuje znaky vlády práva v rámci mezinárodní ochrany investic následovně:

- primát mezinárodního práva nad právem vnitrostátním;
- absence arbitrárního jednání;
- kvalita vnitrostátního práva a jeho aplikace – jasnost, koherence, předvídatelnost;
- rovnost subjektů před mezinárodním právem;
- spravedlivé řízení a zachování procesních záruk.⁶⁰

Výše uvedené aspekty vlády práva v rámci mezinárodní ochrany investic mohou být v podstatě redukovány na dvě obecné otázky. Zaprvé se jedná o substantivní požadavky kladené na obsah vnitrostátního práva. Zadruhé se jedná o kvalitu mechanismu ochrany práv.

4.2.1 Reflexe vlády práva v dohodách o ochraně investic

Mezinárodní ochrana investic je specifický režim mezinárodního práva veřejného, který je typický regulací zejména dvoustrannými a mnohostrannými mezinárodními smlouvami (tzv. BITs, respektive MITs). Prvotním účelem těchto dohod bylo, *in nuce*, přilákat zahraniční investory tím, že jimi bude zajištěn na vnitrostátním právu hostitelského státu a soudech nezávislý právní rámec ochrany jejich investic.

Velmi typickým znakem zejména starších dohod (z počátku 90. let 20. století) je relativní obecnost pravidel v nich obsažených. Řečí právní teorie tyto smlouvy obsahují obecně formulované standardy (oproti specifickým pravidlům),⁶¹ které nabízejí široké pole pro interpretaci. „Flexibilita“ standardů dohod o ochraně investic má svůj smysl. Nelze totiž dopředu předvídat všemožná jednání státu, která by mohla vést k poškození investice v hostitelském státě.⁶² Kandidátem číslo jedna je v tomto ohledu standard *fair and equitable treatment* neboli „spravedlivého a rovného zacházení“ (dále „SRZ“).⁶³

⁵⁹ MASON, Anthony. Rule of Law in International Economic Transactions. In: ZIFCAK, Spencer (ed). *Globalization and the Rule of Law*. Oxford: Routledge, 2005, s. 125.

⁶⁰ ŽIVKOVIČ, Velimir. Pursuing and Reimagining the Rule of Law Through International Investment Law. *Hague Journal on the Rule of Law*. 2019, oddíl 2.1. Publikováno online: <<https://doi.org/10.1007/s40803-018-00084-w>>.

⁶¹ Srov. např. ORTINO, Federico. Refining the Content and Role of Investment “Rules” and “Standards”: A New Approach to International Law Making. *ICSID Review*. 2013, Vol. 28, Iss. 1, s. 153–155.

⁶² Viz JANSEN CALAMITA, N. International Human Rights and the Interpretation of International Investment Treaties: Constitutional Considerations. In: BAETENS, Freya (ed.). *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 169.

Dohody o ochraně investic vykazují v mezinárodním právu dosti výjimečný způsob řešení sporů v tom, že v případě vzniku sporu, který se nepodaří vyřešit přátelsky, může pouze investor zahájit arbitráž proti hostitelské smluvní straně. Výjimečnost spočívá také v tom, že investor (jednotlivec) obecně nepožívá *locus standi* před mezinárodními soudy a tribunály.⁶⁴ Právo zahájit arbitráž je přitom pouze právem investora, nikoli právem jeho domovského státu či hostitelského státu. Cílem vytvoření arbitráže mez investorem a státem bylo umožnit tomuto nezávislému tribunálu „kontrolu nad jednáním státu“.⁶⁵

Jiným významným aspektem je skutečnost, že se v MIA obecně uplatňuje princip plné kompenzace vzniklé materiální újmy.⁶⁶ Pro srovnání připomeňme, že oběti porušení Evropské úmluvy o ochraně lidských práv (dále „EÚLP“) se nahrazuje pouze spravedlivé zadostiučinění v penězích, které nemusí reflektovat plnou náhradu vzniklé újmy.⁶⁷ Nadto investor může obecně zahájit MIA bez vyčerpání vnitrostátních prostředků ochrany jeho práv, což ji (v této izolované perspektivě) činí rovněž účinnější než ochranu práv na základě EÚLP.⁶⁸

S ohledem na českou (československou) historii je třeba poukázat na zajímavé propojení dohod o ochraně investic s vládou práva. Některé dvoustranné dohody o ochraně investic mezi ČSFR a např. Spojeným královstvím či Švýcarskou konfederací ve své preambuli odkazují na Závěrečný akt (dále „ZA“) Konference o bezpečnosti a spolupráci v Evropě (dále „KBSE“).⁶⁹

Do těchto dohod následně nastoupila ČR a „zdédila“ s nimi i jejich původní účel. Socialistické Československo se v ZA zavázalo dodržovat mezinárodněprávní pravidla, včetně ochrany základních práv, která byla respektována v tehdejší západní světě. V ZA se mimo jiné favorizuje arbitráž jako způsob řešení sporů.⁷⁰

Důsledkem odkazu k ZA KBSE v těchto dvoustranných smlouvách je, že by tribunály měly zohlednit při teleologickém výkladu⁷¹ příslušné dohody principy vyjádřené v ZA, které se úzce váží ke konceptu vlády práva.

Ve dvoustranných dohodách obvykle nenalezneme, byť i nepřímý, odkaz k dodržování vlády práva. Výjimkou však je nedávno zveřejněná nizozemská modelová dohoda na ochranu investic, jejíž článek 5 je nadepsán jako „vláda práva“ a zní:

⁶³ Srov. obecně Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. *OECD Working Papers on International Investment Law 2004/3*. Dostupné z: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf>.

⁶⁴ Srov. SHAW, Malcolm. N. *International Law*. 8th edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 205.

⁶⁵ SCHILL, Stephan W. *International Investment Law and the Rule of Law*. *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*. 2017, No. 2017–18, s. 11.

⁶⁶ DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 177. Srov. také čl. 36 odst. 2 Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts. Dostupné z: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>.

⁶⁷ Viz SADOWSKI, Wojciech. Protection of the Rule of Law in the European Union through Investment Treaty Arbitration: Is Judicial Monopolism the Right Response to Illiberal Tendencies in Europe? *Common Market Law Review*. 2018, Vol. 55, s. 1042.

⁶⁸ Srov. výklad *a contrario* čl. 26 Úmluvy ICSID. Publikováno jako Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států. Nicméně pokud bude dohoda o ochraně investic stanovit požadavek vyčerpání prostředků nápravy, a nestalo by se tak, pak by tribunál musel odmítnout investiční žalobu jako nepřípustnou. Příkladem dohody, která stanoví povinnost se nejprve obrátit na vnitrostátní soudy je např. čl. 10 odst. 3 písm. a) BIT mezi Německem a Argentinou. Dostupné z: <<https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/92>>.

⁶⁹ Texty dohod jsou dostupné z: <<https://www.mfcr.cz/cs/legislativa/dohody-o-podpore-a-ochrane-investic/prehled-platnych-dohod-o-podpore-a-ochra>>.

⁷⁰ *Conference on Security and Cooperation in Europe. Final Act*, s. 22. Dostupné z: <<https://www.osce.org/helsinki-final-act?download=true>>.

⁷¹ Čl. 31 odst. 1 Vídeňské úmluvy o smluvním právu výslovně zmiňuje jako jeden z prostředků výkladu „předmět a účel“ smlouvy.

„(1) Smluvní strany budou garantovat dodržování principů dobrého chování státní správy, jako koherence, nestrannost, nezávislost, otevřenost a transparentnost ve všech otázkách, které se vztahují k předmětu a účelu této Smlouvy

(2) Každá ze smluvních stran musí zaručit, že investoři mají přístup k efektivnímu mechanismu řešení sporů a vymáhání práva, jako soudní, kvazisoudní a správní tribunály nebo procedury za účelem urychleného přezkumu, kteréžto mechanismy musejí být spravedlivé, nestranné, nezávislé, transparentní a založené na vládě práva

(3) Jako součást ochrany proti porušování lidských práv ze strany obchodníků Smluvní strany musejí učinit vhodná opatření, aby zajistily prostřednictvím soudních, správních, legislativních nebo jiných vhodných opatření, že jakmile se taková porušení objeví na jejich území a/nebo v rámci jejich jurisdikce, ti, kdo jsou tímto jednáním ovlivněni, mají přístup k účinnému prostředku ochrany práv. Tyto mechanismy by měly být spravedlivé, nestranné, nezávislé, transparentní a založené na vládě práva.⁷²

Nizozemská BIT je novátorská v tom, že zdůrazňuje explicitně, že smluvní strany, tj. státy, musejí dodržovat vládu práva. Nadto však také státy musejí reagovat na eventuelní porušení lidských práv ze strany investorů.⁷³

4.2.2 Zachovávání standardu SRZ podporuje vládu práva

Standard SRZ se rozvinul nejprve jako obecná zásada sdílená mezi státy.⁷⁴ Tento standard historicky vyrůstá z potřeby „stanovit limity suverénní moci“ ve jménu zachování ekvity a spravedlnosti.⁷⁵ Příkladem takového ustanovení může být např. čl. 4 odst. 2 česko-švýcarské BIT, který stanoví, že: „Každá smluvní strana zajistí na svém území řádné a spravedlivé zacházení s investicemi investorů druhé smluvní strany.“⁷⁶

Perverzní kreativita států při porušování práv cizinců může nabýt značnou varietu podob. Takováto protiprávní jednání někdy nelze postihnout jinými ustanoveními těchto smluv (např. zákazem vyvlastnění či obdobného opatření bez kompenzace, který vyžaduje podstatný dopad na hodnotu investice).⁷⁷ V takové situaci je možné využít SRZ. Standard tedy nabyl širokého uplatnění v praxi investičních tribunálů.

Standard SRZ může porušit kterýkoli orgán státu, tj. především orgány moci zákonodárné, výkonné i soudní. Pokud se týká výkonu zákonodárné činnosti, bude se jednat zejména o otázku, zda a kdy přijetí, změna či zrušení určitého zákona (regulatorní aktivita) může porušit řečený standard. Moc výkonná zahrnuje mj. činnost správních orgánů. Soulad jejich jednání či opominutí se standardem SRZ bude spočívat typicky v udělení, neudělení či odejmutí určitého povolení či licence, obecněji pak ve využití (zneužití) správního uvážení. Soudy mohou porušit SRZ zpravidla tím, že odepřou spravedlnost.

⁷² *Netherlands model Investment Agreement*. Dostupné z: <<https://www.acerislaw.com/final-version-of-the-netherlands-model-bit-released/>>.

⁷³ K této problematice srov. např. MUIR-WATT, Horatia. The Contested Legitimacy of Investment Arbitration and the Human Rights Ordeal. In: MATTLI, Walter – DIETZ, Thomas (eds). *International Arbitration and Global Governance. Contending Theories and Evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 214–239.

⁷⁴ BLANDFORD, Andrew C. The History of Fair and Equitable Treatment. *ICSID Review*. 2017, Vol. 32, No. 2, s. 288.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 289.

⁷⁶ Viz Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 459/1991 Sb., o sjednání Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic.

⁷⁷ BONNITCHA, Jonathan – SKOOVGAARD POULSEN, Lauge N. – WAIBEL, Michael. *The Political Economy of Investment Treaty Regime*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 108.

To může spočívat např. v tom, že řízení podrobí neúměrné délce, zamezí investorovi účinnému přístupu k soudu nebo poruší pravidla spravedlivého řízení.

S ohledem na skutečnost, že standard SRZ je poměrně vágní, důležitým referenčním rámcem pro posouzení porušení budou vždy dva elementy – skutkový stav a vnitrostátní právo. Ve vztahu ke druhému zmíněnému bude důležité zkoumat, zda stát porušil své vlastní vnitrostátní právo.

A. Porušení vnitrostátního práva

V základním smyslu slova není možné hovořit o vládě práva, kde hostitelský stát porušuje vlastní právní řád, včetně závazků z mezinárodních smluv. Aby mohl být dodržen standard SRZ, je třeba respektovat požadavek vnitrostátní legality.

Schill s Jacobem pak rozlišují „negativní“ a „pozitivní“ legalitu.⁷⁸ Negativní legalitou rozumí, že stát dodržuje vnitrostátní právo. Pozitivní legalita znamená, že veřejná moc je uplatňována podle práva, přičemž stát musí mít pravomoc k určitému jednání vůči investorovi danou tímto vnitrostátním právem.

V případě *Nobel Ventures proti Rumunsku* rozhodci zaujali stanovisko, že jestliže insolvenční řízení probíhalo podle požadavků vnitrostátního práva, pak nedošlo k porušení SRZ.⁷⁹ V tomto případě tedy soulad s vnitrostátním právem byl klíčový pro posouzení vzniku mezinárodněprávní odpovědnosti státu za porušení SRZ.

Ve věci *Siag proti Egyptu* dva italské občany zamýšleli podnikat v tomto státě v oblasti turismu. Za tímto účelem koupili pozemek od egyptského státu. Řadou jednání a opominutí ze strany egyptských úřadů došlo k vyvlastnění majetku investorů na území Egypta. Soudy následně v několika rozhodnutích vyhověly investorům. Egyptská vláda však rozsudky nikdy nerespektovala. Arbitrážní tribunál shledal porušení mj. standardu SRZ tím, že vláda státu ignorovala rozsudky vlastních soudů.⁸⁰

B. Odepření spravedlnosti

Jak bylo naznačeno již výše (4.1), minimální standard zacházení podle mezinárodního obyčejového práva odedávna zahrnoval zákaz odepření spravedlnosti.⁸¹ Jestliže SRZ je standardem, který je autonomní na tomto obyčejovém minimálním standardu, pak vzniká otázka, co je obsahem SRZ.⁸²

Některé znaky odepření spravedlnosti v kontextu SRZ byly definovány např. v případě *Azinian a další proti Mexiku*.⁸³ Tento případ vznikl jako důsledek sporu mezi mexickou municipalitou a americkým investorem ohledně tvrzeného porušení koncesní smlouvy první jmenovanou. Tribunál v této věci poznamenal, že: „odepření spravedlnosti by mohlo být namítáno, pokud by soudy odmítly projednat žalobu, nebo její projednání podrobily

⁷⁸ SCHILL, Stephan W. – JACOB, Marc. Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method. In: BUNGENBERGER, Marc – GRIEBEL, Jorn – HOBE, Stephan – REINISCH, August (eds). *International Investment Law*. Munchen: C. H. Beck, 2015, s. 719.

⁷⁹ *Nobel Venutres, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005.

⁸⁰ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, odst. 454. Dostupné z: <<http://www.italaw.com>>.

⁸¹ Viz např. FRANCIONI, Francesco. Access to Justice. Denial of Justice and International Investment Law. *The European Journal of International Law*. 2009, Vol. 20, No. 3, s. 731.

⁸² Vztah mezi minimálním standardem a SRZ je nicméně stále předmětem určité kontroverze. Srov. DOLZER, Rudolf – SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, s. 134–135.

⁸³ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca (Claimants) and the United Mexican States (Respondent)*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award, s. 29, odst. 102. Dostupné z: <<http://www.italaw.com>>.

*nepřiměřené délce řízení, nebo pokud by se jednalo o výkon spravedlnosti, který je zjevně neadekvátní.*⁸⁴

Posouzení těchto znaků však bude vždy záležet na skutkovém stavu a také na tom, zda soudy hostitelského státu jednaly v souladu s vnitrostátním právem (v širším slova smyslu včetně mezinárodních lidskoprávních závazků). Pokud se tak stalo, bude pro investora nanejvýš obtížné prokázat odepření spravedlnosti. Podle některých názorů navíc nestačí běžné, „technické“ porušení vnitrostátního práva pro shledání odepření spravedlnosti jako porušení SRZ.⁸⁵

Na recentním případě *Dan Căteșești proti Maďarsku* můžeme ilustrovat problematiku pochybení soudu vedoucího k odepření spravedlnosti.⁸⁶ Investor založil v Maďarsku dceřinou společnost *Danesita*. Společnost se ocitla ve finančních obtížích. Její věřitelé žádali, aby na ni byl prohlášen konkurz. *Danesita* se obrátila na insolvenční soud, aby tento svolal jednání o vyrovnání s věřiteli (čímž chtěla předejít prodeji svého majetku v dražbě a definitivní likvidaci jako subjektu práva). Maďarské právo přiznávalo právo na svolání takového jednání. Namísto jednání s věřiteli nařídil soud insolvenčnímu správci provedení nedobrovolné veřejné dražby majetku *Danesity*. Proti rozhodnutí insolvenčního soudu neexistovalo dle maďarského práva odvolání.

Arbitrážní tribunál shledal, že:

*„[M]etropolitní soud v Budapešti svým rozhodnutím zbavil Danesitu šance – ať již velké či malé – vyhnout se prodeji jejího majetku a vymizení jako právnické osoby. Maďarské právo umožňuje dohodu mezi dlužníkem a věřiteli. Danesita měla právo na svolání jednání o vyrovnání za určitých podmínek, jež splnila. Metropolitní soud tak odmítl učinit [...], [č]ímž učinil nevyhnutelným prodej majetku Danesity a její konec jako právnické osoby. To je jasným porušením závazku Maďarska zacházet s portugalskými investory spravedlivým a rovným způsobem.*⁸⁷

Načež tribunál konstatoval, že *„[p]orušení závazku SRZ nabylo podoby odepření spravedlnosti. Rozhodnutí Metropolitního soudu šokuje vnímání, jak se soudy mají správně chovat.*⁸⁸

Maďarský insolvenční soud tedy bez zjevného důvodu nepostupoval v souladu s vnitrostátním právem, ačkoli by zřejmě v jiných, vnitrostátních situacích takto postupoval, respektive postupovat musel. Soud se tedy nevyhnul při použití vnitrostátního práva určité arbitrárnosti, která vedla k fatálním ekonomickým důsledkům pro investici zahraničního investora. Nepřímým podnětem pro vnitrostátní orgány (nejen) v Maďarsku je, že orgány musejí dodržovat vlastní právní řád, zejména s ohledem na důsledky na straně investora a jeho investice.

C. Protikladná jednání orgánů státu

Existuje několik nálezů investičních tribunálů, které vyžadují, aby státy jednaly konzistentně a koherentně. Jednak je třeba, aby např. orgány finanční správy jednaly tímto

⁸⁴ Ibidem, s. 29, odst. 102.

⁸⁵ Srov. HEPBURN, Jarrod. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 13–40.

⁸⁶ *Dan Căteșești S. A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/9, *Decision on Jurisdiction and Liability*. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁸⁷ Ibidem, odst. 145.

⁸⁸ Ibidem, odst. 146.

způsobem navzájem (rovina vertikální), jednak tak musejí jednat i orgány různých složek státní moci, např. správní orgány a soudy (rovina horizontální).

V případě *Arif proti Moldávii* tribunál konstatoval, že:

„Existuje přímočará nekonzistentnost mezi postojem různých orgánů státu. Zatímco státní letištní společnost a úřad pro civilní letectví uznaly a podporovaly investici do prostor letiště, soudy seznaly, že investice je protiprávní. Tento druh nekonzistentnosti je sám o sobě porušením standardu ochrany investic. Soudní přezkum jednání správních orgánů je běžná záležitost v kterémkoli státě, a samozřejmě, že správní orgány Moldávie [...] musejí soudní rozhodnutí respektovat a naplňovat. Nicméně na poli mezinárodního práva má stát unitární povahu, a protiřečení si v jednáních státu nemůže být řešeno na poli mezinárodního práva odkazem k jeho vnitrostátnímu právu. Je obecně přijímáno, že stát nemůže trvat na svém vnitrostátním právu, aby ospravedlnil porušení mezinárodního práva.“⁸⁹

V případě *Tecmed proti Mexiku* byl konstatován jeden z typických požadavků na jednání státu:

„Investor očekává, že hostitelský stát bude jednat konzistentně, bez význačností a zcela transparentně ve vztahu k investorovi tak, aby dopředu mohl znát všechna pravidla a regulace, kterými se bude řídit jeho investice, stejně tak jako cíle relevantních politik a správních praktik nebo direktiv, aby byl schopen plánovat svoji investici a dodržet takové regulace [...]“⁹⁰

Ve věci *MTD pro Chile* se jednalo o situaci, kdy Chilská komise pro zahraniční investice schválila developerský projekt, a to navzdory tomu, že to odporovalo zásadám územního plánování. Poté, co developer nainvestoval značné částky do odkupu pozemků, včetně souvisejících nákladů, pochopitelně nezískal nezbytná stavební povolení. Tribunál seznal, že: *„Chile není pasivní stranou a koherentní jednání různých zástupců státu, jimiž Chile jedná, je věcí odpovědností Chile, nikoli investora.“⁹¹*

Úkolem státu bylo zajistit koordinaci jednotlivých správních orgánů. Chile byla tedy shledána odpovědnou za porušení standardu SRZ.

Co tribunály naznačují je, že porušení standardu SRZ nastává v případě chybějící synergie na straně různých státních orgánů. Tyto rozhodčí nálezy tak dávají nepřímý podnět k větší koordinaci a profesionalitě jednotlivých institucí státu. Zároveň je však zřejmé, že požadavek vyjádřený v *Tecmed* je definice ideálního stavu v ideálních podmínkách ideálního právního státu.⁹² Na druhé straně záleží, jak tento rozsudek čteme. Podle našeho názoru nebylo Mexiko shledáno mezinárodně odpovědným za porušení BIT z důvodu, že by nenaplňovalo tento ideální stav, leč proto, že jednání jeho orgánů mu bylo přespříliš vzdáleno.

⁸⁹ *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, odst. 547. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁹⁰ *Tecnicas medioambientales Tecmed S. A. and Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, odst. 154. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁹¹ *MTD Equity Sdn Bhd. And MTD Chile S. A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7. v. Chile, odst. 164. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁹² Srov. kriticky DOUGLAS, Zachary. Nothing if not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex. *Arbitration International*. 2006, Vol. 22, No. 1, s. 28.

D. (Ne)dodržení principů dobré správy

Na úvod je třeba připomenout, že investor obecně nemusí napadnout rozhodnutí správního orgánu před vnitrostátními (správními) soudy, aby mohl zahájit investiční arbitráž. Investiční tribunály tak mohou být první instancí, která se zabývá souladem správního rozhodnutí s principy správního řízení (např. ochrana dobré víry).⁹³

V této subkategorii SRZ se kladou určité požadavky především na udělování licencí a povolení ze strany hostitelských států.

Např. v případě *Genin proti Estonsku*, který se dotýkal privatizace v oblasti bankovního sektoru, tribunál konstatoval, že jednání v rozporu se standardem SRZ zahrnuje „svévolné opominutí plnění povinnosti, absenci jednání, která nenaplní mezinárodní standardy, nebo dokonce subjektivní zlou víru.“⁹⁴

Tento případ poukazuje na skutečnost, že SRZ bude samozřejmě porušen, pokud stát jedná úmyslně arbitrárně či zlovolně. Je zjevné, že tribunály by měly zohlednit skutečnost, že stát chtěl úmyslně porušit právo či poškodit investora.

V případě *Saluka proti ČR* tribunál připomenul, že:

*„Investor [...] může očekávat, že ČR implementuje své politiky v dobré víře, a to jednáním [...] rozumně ospravedlnitelným veřejnými politikami, a že takové chování zjevně neporušuje požadavky konzistentnosti, transparentnosti, nestrannosti a nediskriminace. Zvláště pak jakékoli rozdílné zacházení musí být odůvodněno tím, že bude ukázáno, že má rozumný vztah k racionálním politikám, které nejsou motivovány preferencí jiných investic oproti těm zahraničně vlastněným.“*⁹⁵

Kromě již výše uvedené konzistentnosti stát musí prokázat, že jeho jednání, které mělo dopad na investici investora, není vedeno jinou snahou než uplatňovat určitou rozumnou veřejnou politikou. Zároveň je v nálezu uveden důležitý aspekt transparentnosti. To se dotýká např. komunikace s investorem.⁹⁶ Dodejme, že transparentnost se nedotýká jenom konkrétních kroků státu, ale celkově právního rámce, do něž investor vstupuje a v němž působí. Na tuto otázku navazuje ochrana legitimních očekávání, jíž se věnujeme v následujícím oddíle.

E. Právní jistota, stabilita vnitrostátního práva a ochrana legitimních očekávání

Zajištění stability právních vztahů je nepochybně úkolem kteréhokoli právního systému.⁹⁷

Kupř. čl. 10 (1) Dohody k Energetické chartě stanoví, že smluvní strany „musejí [...] vytvořit stabilní, spravedlivé, příznivé a průhledné podmínky pro investory.“⁹⁸

Toto ustanovení zakotvuje ochranu očekávání rozumné míry stability právního rámce hostitelského státu.

Koncept legitimních očekávání v kontextu standardu SRZ je kontroverzní.⁹⁹ Je tomu tak mj. proto, že z „technického“ hlediska tato ochrana očekávání nebývá výslovně zako-

⁹³ Např. ust. § 2 odst. 3 zák. č. 200/2004 Sb., Správní řád, v účinném znění.

⁹⁴ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A. S. Baltoh and the Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, odst. 367. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁹⁵ *Saluka Investments BV (Netherlands) Claimant v. the Czech Republic Respondent*, Partial Award, odst. 307. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁹⁶ *Ibidem*, odst. 420–425.

⁹⁷ Srov. VIRALLY, Michel. *La pensée juridique*. Paris: L. G. D. J., 1960, s. 188.

⁹⁸ *The Energy Charter Treaty*. Dostupné z: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_ECT.pdf>.

tvena v dohodách o ochraně investic. Jak pak s použitím prostředků výkladu, které nám přikazuje použít Vídeňská úmluva o smluvním právu,¹⁰⁰ dokážeme „izolovat“ ze SRZ klauzule, že zahrnuje právě legitimní očekávání?

Nicméně z hlediska výše přijaté metodologie se zdá, že určitý vztah mezi vládou práva, zprostředkovanou v oblasti mezinárodní ochrany investic standardem SRZ, a legitimními očekáváním investora bude existovat.

Ochrana legitimních očekávání musí být zaručena v činnosti správních orgánů i v zákonodárné aktivitě. Pokud se týká činnosti správních orgánů, je možné zmínit případ *Total proti Argentíně*, v němž tribunál seznal, že:

„[D]oktrína legitimních očekávání, kterážto odráží význam principu právní jistoty (vláda práva) se zdá být použitelná převážně s ohledem na správní akty a chrání jednotlivce před nekoherentním užitím správního uvážení nebo zneužitím oprávnění správních orgánů.“¹⁰¹

Stav poznání ohledně legitimních očekávání a stability právního rámce recentně shrnul také tribunál ve věci *Antaris proti ČR* následovně:

- porušení SRZ nastává tehdy, pokud byl právní rámec změněn do té míry, že zmařil legitimní očekávání investora nebo státem poskytnuté záruky stability právního prostředí;
- zdroj legitimního očekávání musí být jasně identifikován;
- investor musí prokázat, že stát podnítil investici určitými ujištěními a investor na ně rozumně spoléhal, přičemž tato ujištění byla státem následně negována;
- očekávání může vzniknout na základě specifických záruk v legislativě hostujícího státu;
- zvláštní ujištění nejsou nezbytná pro vznik nároku z legitimních očekávání, nicméně mohou sehrávat důležitou úlohu při posuzování tohoto standardu;
- ustanovení zákonů použitelných obecně vůči více či mnoha osobám nevytvářejí legitimní očekávání, že se právní rámec existující v době učinění investice nemůže změnit. Investor se přitom musí zajímat dopředu, zda existují indicie ohledně změny ekonomických a sociálních podmínek;
- pokud stát vykonává standardním způsobem zákonodárnou moc ve veřejném zájmu a nemění právní rámec v době učinění investice nad přijatelnou míru, pak nedojde k porušení SRZ;
- požadavky legitimních očekávání a právní stability nemají vliv na výkon zákonodárné moci, která reaguje na měnící se podmínky ve státě;
- stát nemusí vyvažovat zájmy investora nad ostatní relevantní zájmy a standard SRZ umožňuje vyvažovat tyto zájmy;
- pokud stát neposkytl specifická ujištění investorovi, tento nemůže používat dohodu o ochraně investic jako svého druhu pojištění proti obchodním rizikům;

⁹⁹ Pro kritickou analýzu srov. OSTŘANSKÝ, Josef. *An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard*. Forthcoming in: GATTINI, Andrea – TANZI, Attila – FONTANELLI, Filippo (eds). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Brill, 2017, s. 1–33. Dostupné z: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075791>.

¹⁰⁰ Čl. 31–33 Vídeňské úmluvy o smluvním právu. Publikováno jako vyhláška č. 15/1988 Sb.

¹⁰¹ *Total S. A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, odst. 129. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

- ochrana proti arbitrárnímu a/nebo nerozumnému jednání spadá do rámce standardu SRZ. Stát nesmí jednat zjevně nekonzistentním nebo nerozumným způsobem, jinak poruší standard SRZ.¹⁰²

Arbitrážní tribunály jsou tedy připraveny chránit legitimní očekávání investora, byť požadavky na jejich existenci a porušení se mohou podstatně lišit. Ochrana legitimních očekávání a spoléhání se na stabilitu právního rámce jsou téměř jisté, pokud investor obdrží specifické ujištění od státu nebo s ním uzavře investiční kontrakt obsahující stabilizační klauzuli.¹⁰³ Stát bude mít mnohem lepší pozici, pokud pouze změnil právní předpis(y), bez specifického závazku vůči investorovi, což je běžná součást obchodního rizika.

Na druhé straně, např. v případě *Eiser proti Španělsku*, jednom z řady sporů v oblasti solárních elektráren, tribunál konstatoval, že Španělsko porušilo standard SRZ tím, že neposkytlo „*fundamentální stabilitu v základních charakteristikách právního režimu* [...]“.¹⁰⁴ Tribunál měl za to, že žádný svých práv dbalý investor nemůže čekat, že se v delším horizontu právní úprava nezmění. Avšak nesmí se tak stát „*drastickým způsobem a neočekávaně*“.¹⁰⁵

S tímto posledně zmíněným přístupem se ztotožňujeme. Stát založený na vládě práva by měl zachovávat kontinuitu a stabilitu práva. Nicméně zůstává otázkou, kdy je legislativa očekávaná? Jestliže se o ní vedou diskuze v parlamentu? Anebo až ve chvíli existence návrhu zákona?

5. Procesní mechanismy vymáhání práv investora

Spory mezi investory a státy je možné projednat a rozhodnout na vnitrostátní nebo mezinárodní úrovni. V prvním případě je tyto spory možné řešit před soudy (nebo eventuálně v obchodní arbitráži). Ve druhém případě se nabízí řešení sporu na úrovni mezistátní, v podobě diplomatické ochrany nebo případně specifických ustanovení o řešení sporů ohledně interpretace a použití dohody o ochraně investic v nich obsažených, případně dalšími způsoby.

Investor sám má v zásadě dvě možnosti. Zaprvé, investoři mohou chránit svoji investici prostřednictvím MIA. Zadruhé, v rámci regionu Rady Evropy, se mohou obrátit na ESLP.

S ohledem na dosavadní výjimečnost řešení těchto sporů na mezistátní úrovni se v následujícím výkladu budeme věnovat pouze situaci, kdy investor a stát řeší spor před vnitrostátními soudy a v MIA.¹⁰⁶ Mimo náš záběr leží také problematika ochrany majetku před ESLP, která by vyžadovala samostatné pojednání.¹⁰⁷

¹⁰² PCA Case No 2014-01 in the matter of an arbitration pursuant to the Energy Charter Treaty and the Agreement between the Federal Republic of Germany and the Czech and Slovak Federal Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment signed on October 2,1990, in force as of October 2,1993 between (1) Antaris GMBH (Germany) and (2) Dr Michael Göde (the „Claimants“) and the Czech Republic (the „Respondent“, and together with the Claimants, the „Parties“), Award, 2 May 2018. Dostupné z: <<https://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitraze/prehled-rozhodcich-nalezu>>.

¹⁰³ Srov. obecně DOLZER, Rudolf – SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, s. 82–85.

¹⁰⁴ *Eiser Infrastructure Limited a Energia Sioar Luxembourg SARL v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award (English), odst. 382. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

¹⁰⁵ *Ibidem*, odst. 387.

¹⁰⁶ Známou výjimkou je Konečný rozhodčí nález v arbitráži *ad hoc* mezi Italskou republikou a Republikou Kuba, odst. 2–3. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0435_0.pdf>.

¹⁰⁷ Srov. čl. 1 Protokolu 1 k EÚLP.

5.1 Uplatnění investičních nároků u soudu hostitelského státu podle vnitrostátního práva

Rule of law vyžaduje možnost jednotlivce obrátit se na orgán ochrany práva.¹⁰⁸ Všeobecně je přijímána představa, že takovým orgánem by měl být nezávislý a nestranný soud. V této souvislosti bývalý předseda italského ústavního soudu *Onida* zmiňuje příběh odehrávající se pravděpodobně v Prusku. Vojáci sdělí zemědělci, že na příkaz císaře mu musejí konfiskovat půdu. Zemědělec tváří v tvář nemožnosti odporovat provedení tohoto příkazu zvolá: „*Ale stále jsou tu soudci v Berlíně.*“¹⁰⁹

Axiómem toho příběhu je, že soudy skutečně poskytnou ochranu proti porušení práv jednáním či opominutím exekutivy. Ponechat vymáhání práv jednotlivce na národních soudech je sice lákavé, ale stejně tak fragilní. Současná situace v polském soudním systému, který vzbuzuje obavy o nezávislost rozhodování, to potvrzuje.¹¹⁰ V odborné literatuře pak vyvstala otázka, zda existuje „vzájemná důvěra“ mezi soudy členských států vůči rozsudkům polských soudů, a v konečném důsledku tedy, zda se mají uznávat právní účinky polských rozhodnutí.¹¹¹

Kdo však poskytne ochranu proti arbitrárnímu jednání soudů či odepření spravedlnosti z jejich strany, neboli „*sed quis custodiet ipsos custodes*“?¹¹² Mezinárodní právo veřejné ostatně uznává delikt odepření spravedlnosti (viz 4.2.2 B výše), který je činěn právě a typicky soudy.¹¹³

Měl by si investor zvolit cestu arbitráže, anebo požadovat před vnitrostátními soudy náhradu škody, která vznikla na základě porušení práva vzniklého výkonem veřejné moci?

Vnitrostátní soudnictví může být vhodnou, či dokonce výhradní cestou zejména pro menší investory, kteří jen stěží budou mít možnost financovat MIA, přinejmenším bez použití financování třetí stranou.¹¹⁴

Investor však může vést řízení proti státu jak v MIA, tak ve vnitrostátním soudním řízení.¹¹⁵ Takový postup ovšem znamená dvojí náklady pro investora a nejeví se tedy jako ekonomicky optimální.

Rovněž hostitelský stát může (nezávisle na existenci MIA) uplatňovat trestní i správní odpovědnost i civilní nároky vůči investorovi před národními soudy.¹¹⁶ Asymetrie (*sic*)

¹⁰⁸ Srov. také dikci § 1 zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁹ ONIDA, Valerio. *La Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 2017, s. 43.

¹¹⁰ *Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law* COM (2017) 835 final (20. 12. 2017). Zajímavým údajem může také být, že dle veřejně dostupných informací probíhá 7 mezinárodních investičních arbitráží proti Polské republice. Dostupné z: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/168?partyRole=2>>.

¹¹¹ HAZELHORST, Monique. Mutual Trust under Pressure: Civil Justice Cooperation in the EU and the Rule of Law. *Netherlands International Law Review*. 2018, Vol. 65, Iss. 2, s. 103–130.

¹¹² IUVENALIS, D. I. *Juvenal Satiren: Lateinisch – deutsch Herausgegeben, übersetzt und mit Anmerkungen versehen von Joachim Adamietz*. München – Zürich: Artemis und Winkler, 1993, s. 118 (O 31–32). Na tento problém dohledu nad činností soudů v kontextu jejich odpovědnosti poukazuje z perspektivy civilního práva procesního CAPPELLETTI, Mauro. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989, s. 57 an.

¹¹³ Srov. např. FRANCIANI, Francesco. Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law. *European Journal of International Law*. 2009, Vol. 20, No. 3, s. 729–747.

¹¹⁴ Srov. RUIZ FABRI, Héléne. Regulating Trade, Investment and Money. In: CRAWFORD, James – KOSKENNIEMI, Martti (eds). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 360.

¹¹⁵ Nejedná se totiž o situaci litispendence. Srov. NOVÝ, Zdeněk. Lis pendens between International Investment Tribunals and National Courts. *Czech Yearbook of Public and Private International Law*. 2017, Vol. 8, s. 520–521.

¹¹⁶ Srov. ISHIKAWA, Tomoko. Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration. *AJIL Unbound*, s. 34. Dostupné z: doi: 10.1017/aju.2018.96.

mezi státem a investorem ve prospěch druhého zmíněného v tom, že pouze investor může zahájit MIA a vymáhat nároky vůči státu, je touto skutečností vyrovnávána.¹¹⁷

Kromě „psychologického“ aspektu, kdy soudce obecného soudu má přiznat cizinci náhradu škody (např. ve výši desítek miliard korun) proti vlastnímu státu, jsou tady i zjevné nevýhody v oblasti vnitrostátní regulace odpovědnosti jednotlivých států (k tomu viz také následující oddíl).¹¹⁸

Prvotní otázkou je, jak se soud vypořádá s nároky vůči státu, které vyvěrají z kritiky nesouladu ustanovení vnitrostátních zákonů se standardy mezinárodního práva.¹¹⁹ Jinými slovy, bude někdy složité vyloučit účinky zjevně excesivního a exorbitantního ustanovení právně účinného zákona. V konečném důsledku tuto otázku může rozhodnout až ústavní soud daného státu, což však bude obvykle vyžadovat vyčerpání opravných prostředků v rámci soustavy obecných soudů.

V mnoha zemích se investor nebude schopen dovolávat dohod o ochraně investic před vnitrostátními soudy proto, že tyto dohody nebudou považovány za přímo použitelné podle stanoviska příslušného právního řádu.¹²⁰ V takovém případě nezůstává než prosazovat nárok na základě vnitrostátních zákonů o odpovědnosti státu.¹²¹

5.1.1 Úskalí vymáhání odpovědnosti státu před českými soudy

Koncepce odpovědnosti státu v ČR je značně problematická. Zjednodušeně řečeno investor musí nejprve dosáhnout zrušení vadného správního či soudního rozhodnutí, které by porušovalo jeho práva. Následně investor musí uplatnit nárok na náhradu škody způsobené vadným rozhodnutím u příslušného státního orgánu.¹²² Pokud mu nebude vyhověno, nezůstává než vznést nárok na náhradu škody proti státu v občanském soudním řízení. Ve zkratce tedy, aby investor mohl obdržet kompenzaci vzniklé škody, musí využít dvou větví vnitrostátního soudnictví.¹²³ Nelze pak vyloučit dobu deseti i více let, než se žalobce dočká pravomocného rozsudku proti státu.

Dalším problémem je, že dle převažujícího výkladu zákona o odpovědnosti státu ČR nenese odpovědnost např. za jednání insolvenčních správců.¹²⁴ Tito v rámci výkonu některých zákonem svěřených pravomocí mohou způsobit investorovi významnou škodu.¹²⁵

¹¹⁷ K tvrzené asymetrii srov. ARCURI, Alessandra. *The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration*, s. 5. Dostupné z: <<https://ssrn.com/>>.

¹¹⁸ Srov. různé způsoby limitace náhrady škody vůči státu v komparativním přehledu v BELL, John S. *Comparative Administrative Law*. In: REIMANN, Mathias – ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. Publikováno online. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0040.

¹¹⁹ Autor Carvalho používá v této souvislosti trefný pojem „misregulate“. Viz CARVALHO, Patrick. *Investor-State Arbitration and the Rule of Law: Debunking the Myths*. Research Snapshot. The Centre for Independent Studies. Dostupné z: <<https://www.cis.org.au/app/uploads/2016/04/rr13-snapshot.pdf>>.

¹²⁰ Srov. PEREZCANO, Hugo. Risks of a Selective Approach to Investor-State Arbitration. In: DE MESTRAL, Armand (ed.). *Second Thoughts: Investor-State Arbitration between Developed Democracies* Waterloo (Canada), Centre for International Governance, 2017, s. 487–488.

¹²¹ V případě ČR se jedná o zák. č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů (dále „z. o. s.“).

¹²² § 6 z. o. s.

¹²³ Srov. kritiku od PÍTROVÁ, Lenka. Několik poznámek k náhradě škody způsobené výkonem veřejné moci. *Právní rozhledy*, 2017, sv. 22, s. 785 an. Dostupné z: <<http://www.beck-online.cz>>.

¹²⁴ Srov. VOJTEK, Petr – BIČÁK, Vít. *Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci. Komentář*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 15.

Nadto stát vnitrostátně neodpovídá za vznik školy jednotlivce (ne)činností zákonodárného sboru.¹²⁶

V souhrnu tedy postup před českými soudy na základě tohoto zákona neposkytuje účinný prostředek ochrany práv investora (poškozeného). Jestliže pak nepanuje rozumná jistota o tom, že dohody o ochraně investic jsou přímo použitelné před českými soudy, můžeme dospět k závěru, že z procesního a částečně též z hmotněprávního hlediska je cesta k vymožení práva pomocí českých soudů prakticky vyloučena.

5.2 Arbitráž jako mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem

Arbitráž jako způsob řešení sporů v oblasti mezinárodní ochrany investic má své výhody i nevýhody. Často záleží pouze na úhlu pohledu, zda určitá charakteristika MIA je „pozitivem“ či „negativem“. Zároveň je třeba dodat, že arbitráž (ať již obchodní nebo investiční) nebude nikdy náhradou obecného soudnictví, ale pouze dalším prostředkem ochrany subjektivních práv.¹²⁷

Hlavní výhodou MIA je efektivita vymáhání práv zahraničního investora. Alternativou byly politické způsoby řešení sporů na mezistátní úrovni, což činilo vymáhání nároků investora závislým na dobrodiní jeho vlastního státu.¹²⁸

Zahraniční investoři (vyjma velkých nadnárodních společností) navíc nemají možnost lobbovat v rámci vnitrostátního legislativního procesu. Nemají ostatně ani právo volit v hostitelském státě. V některých státech, např. Německu, navíc právnické osoby nepoživají základních práv, včetně práva na ochranu vlastnictví.¹²⁹ MIA tak vyplňuje mezeru ve vnitrostátním právu, pokud se týká ochrany práv cizinců.

Nadto je třeba si uvědomit, že arbitráž je výrazem autonomie vůle (potažmo svobody) jednotlivců. V současné době existuje právo jednotlivce na arbitrážní řízení.¹³⁰ Tím samým se říká, že neexistuje obecný monopol soudů na ochranu práv.¹³¹

Mezinárodní dohody o ochraně investic přiznávají investorovi právo vybrat si rozhodce.¹³² Franck v této souvislosti uvádí, že investor tak získává „možnost nepřímého vlivu na výsledek sporu, což je obvykle chybějící článek při řešení sporu v rámci soudnictví a je typicky vnímáno jako pozitivní aspekt arbitráže.“¹³³

¹²⁵ Srov. obecně NOVÝ, Zdeněk. State Responsibility for Breaches of Standards of Investment Protection Committed by Bankruptcy Courts and Trustees. *Transnational Dispute Management*. 2019, April 2019, s. 1–23. Dostupné z: <<https://www.transnational-dispute-management.com/journal-browse-issues.asp>>.

¹²⁶ Srov. VOJTEK, Petr – BIČÁK, Vít. *Odpovědnost za škodu*. Komentář k § 3, marg. č. 6.

¹²⁷ SADOWSKI, Wojciech. Protection of the Rule of Law in the European Union through Investment Treaty Arbitration: Is Judicial Monopolism the Right Response to Illiberal Tendencies in Europe? *Common Market Law Review*. 2018, Vol. 55, s. 1034.

¹²⁸ Srov. FRANCK, Susan D. Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law. *Global Business and Development Law Journal*. 2007, Vol. 19, s. 444.

¹²⁹ Srov. TIETJE, Christian. *Investor-State Arbitration as Part of the International Rule of Law*. *Völkerrechtblog*, 4 July 2016. Dostupné z: doi: 10.171716/20180220-231424.

¹³⁰ To platí minimálně pro smluvní strany EÚLP. Usnesení ESPL (třetí sekce), stížnost č. 31069/2012 ve věci *Noueredinne Tabbane proti Švýcarsku*, odst. 36. Dostupné z: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D>>. Tento případ se sice dotýká mezinárodní obchodní arbitráže, nicméně jeho závěry mohou podle našeho názoru být vztaženy také na MIA. Důvodem je, že i v MIA jednatelce vykonává právo na arbitráž zakotvené v dohodě o ochraně investic. K diskusi o povaze práv investora v těchto dohodách SMIT DUIJZENKUNST, Bart L. Treaty Rights as Tradable Assets: Can Investor Waive Investment Treaty Protection? *ICSID Review*. 2010, Vol. 25, 409–420.

¹³¹ Viz TIETJE, Christian. *Investor-State Arbitration*.

¹³² Srov. např. čl. 10 odst. 3 Dohody o vzájemné podpoře investic mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Francouzskou republikou. Publikována jako Sdělení FMZV č. 453/1991 Sb.

¹³³ FRANCK, Susan D. *Foreign Direct Investment*, s. 372.

Možnost vybrat si pro řešení sporu kompetentního profesionála může být oproti využití soudů celé řady států výhodou. Rovnost zbraní je pak zaručena tím, že i stát si může zvolit rozhodce.¹³⁴ Rozhodci jmenovaní stranami následně vyberou předsedu tribunálu.

Na rozdíl od vnitrostátních soudců mohou být členy tribunálu osoby s rozdílnými profesními dráhami, např. advokát, akademik a bývalý kariéerní diplomat. Tito mohou, za splnění dalších podmínek, poskytnout velmi různorodý pohled na skutkové a právní okolnosti případu, což může být pro případ prospěšné. Pokud nejsou týmž státem či investorem nominováni opakovaně, jsou navíc prosti jakéhokoli politického vlivu hostitelského státu či obchodního vlivu investora. Na druhé straně arbitři nebudou obvykle tak znalí vnitrostátního práva, které je důležitým komponentem sporů z investic, jako soudci hostitelského státu.

Nadto vymahatelnost rozhodčích nálezů na mezinárodní úrovni je upravena dvěma významnými instrumenty: jednak úmluvou ICSID, jednak Newyorskou úmluvou.¹³⁵ Srovnatelný režim pro uznání a výkon rozsudků vnitrostátních soudů ve světovém měřítku dosud nefunguje.¹³⁶ Podobné platí i pro obecné mezinárodní právo, které je čas od času kritizováno právě kvůli absenci mechanismů vymáhání práva.¹³⁷

Možnosti vynucení nálezu proti majetku státu může být dílčím podnětem, proč by stát měl plnit mezinárodní závazky.¹³⁸ Primárním popudem k dodržování rozhodčího nálezu by však měla být především zásada *pacta sunt servanda*.¹³⁹

5.3 Mezinárodní investiční soud a odvolací mechanismus

Již výše jsme upozornili na nespokojenost s fungováním MIA. Rozhodování v MIA je vytýkáno nedostatek transparentnosti, jednotnosti a nezávislosti.

V zásadě se nabízejí dvě možnosti reakce na tuto situaci, a to institucionální a neinstitucionální. První máme na mysli vytvoření instituce(i), která(é) by pomohly zlepšit fungování MIA. Zatímco neinstitucionální podpora zahrnuje spíše zavedení „měkkých technik“, jako např. *mediace*.¹⁴⁰

V rámci institucionální reakce vznikla iniciativa vytvořit mezinárodní investiční soud (dále „MIS“), který by těmito neduhů netrpěl.¹⁴¹ Čilým aktérem reforem MIA jsou přede-

¹³⁴ Srov. čl. 10 (3) česko-francouzské BIT výše.

¹³⁵ Srov. Čl. 54–55 *Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of other States*. Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států; Newyorská úmluva.

¹³⁶ Bude zajímavé sledovat, zda na tomto konstatování něčeho změni *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* (k 14.8. 2019 podepsala pouze Uruguay). Dostupné z: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>>.

¹³⁷ Srov. např. HATHAWAY, Oona – SHAPIRO, Scott J. *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law*. *The Yale Law Journal*. 2011, s. 256. Dostupné z: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=4846&context=fss_papers>.

¹³⁸ Jsme si nicméně vědomi existence exekuční imunity státu. Této překážce standardně nebude investor čelit, pokud zahájí soudní řízení proti hostitelskému státu před jeho vlastními soudy. V tomto aspektu je tedy vnitrostátní soudní řízení výhodnější. K exekuční imunitě srov. SHAW, Malcolm N. *International Law*, s. 562–567.

¹³⁹ Srov. SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo – LAWRY-WHITE, Merryl. *State Responsibility and the Enforcement of Arbitral Awards*. *Arbitration International*. 2017, 33, s. 36. Dostupné z: doi: 10.1093/arbint/aiw006.

¹⁴⁰ Srov. např. *International Energy Charter Guide on Investment Mediation*. Dostupné z: <<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>>.

¹⁴¹ Srov. Doporučení Evropské komise o zmocnění rady k zahájení jednání o úmluvě o zřízení mnohostranného soudu pro urovnání sporů z investic. COM (2017) 493 final, 13. 9. 2017. Dostupné z: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri="](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=)

vším EU a UNCITRAL.¹⁴² EU předložila konkrétní model MIS v dohodách se třetími státy, jako např. s Kanadou (CETA), USA (TTIP) nebo Vietnamem.¹⁴³ Dodejme, že SDEU posvětil sjednání dohody CETA jako souladné s právem EU.¹⁴⁴

MIS lze charakterizovat tak, že se jedná o dvoustupňový mechanismus, v jehož rámci rozhodují erudovaní soudci vybraní společnou komisí, kterou ustanoví EU a druhá strana dohody.¹⁴⁵ V případě, že tvrzený standard ochrany investic poruší členský stát EU, posledně jmenovaná rozhodne, zda bude žalovaným v takovém investičním sporu stát, nebo EU.¹⁴⁶

Zda bude model MIS navržený ze strany EU funkční, nelze zcela předjímat. Nicméně je třeba poukázat na několik úskalí tohoto modelu MIS.

Zprvce, MIS není arbitráží. Definičním znakem arbitráže je možnost stran zvolit si rozhodce či obecněji mít alespoň možnost ovlivnit jeho výběr.¹⁴⁷ V modelu navrženém EU a zakotveném např. v CETA však investor není oprávněn zvolit rozhodce.¹⁴⁸

Pokud se tedy nejedná o arbitráž, pak lze považovat za velmi nejisté, zda bude rozhodnutí (formálně označené jako „nález“) možné uznat a vykonat na základě Newyorské úmluvy.¹⁴⁹ Odpověď na tuto otázku bude záležet mj. na interpretaci pojmu „*nález vydané stálými rozhodčími orgány*“,¹⁵⁰ jimž se strany podrobily“ užitého v čl. I odst. 2 Newyorské úmluvy ze strany soudů státu, v němž je žádáno o uznání nálezu.¹⁵¹

Zadruhé, vyvstává otázka nezávislosti rozhodování členů MIS a zachování rovnosti zbraní.¹⁵² Jestliže jsou členové soudu vybíráni a nominováni *pouze* státy, pak jsou posled-

CELEX:52017PC0493&from=EN>; srov. také European Parliament Legislative Train 07.2019. Multilateral Investment Court (MIC) Multilateral and Plurilateral Trade Agreements within and outside the WTO.

¹⁴² K EU srov. např. *A New System for Resolving Disputes Between Foreign Investors and States in a Fair and Efficient Way*. Dostupné z: <trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf>; K UNCITRAL srov. Dokumenty Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform. Dostupné z: <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state>.

¹⁴³ Komplexní hospodářská a obchodní dohoda (CETA) mezi Kanadou na jedné straně a Evropskou unií a jejími členskými státy na straně druhé. Úřední věstník EU L 11/23, 14. 1. 2017. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=EN>; Transatlantic Trade and Investment Partnership Trade in Services, Investment and E-commerce Chapter II Investment. Dostupné z: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf>; Rozhodnutí Rady o uzavření Dohody o volném obchodu mezi Evropskou unií a Vietnamskou socialistickou republikou COM (2018) 691 final, 17. 10. 2018 (dále „Dohoda s Vietnamem“). Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0691&from=EN>.

¹⁴⁴ Posudek SDEU (pléna) ze dne 30. dubna 2019 ve věci C 1/17. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-1/17>.

¹⁴⁵ Čl. 26.1 ve spojení s čl. 8.23.2 CETA a čl. 9 TTIP.

¹⁴⁶ Srov. čl. 8.21.3 CETA. Jedná se pravděpodobně o jediný mechanismus řešení sporů, v němž žalobce dopředu nezná žalovaného.

¹⁴⁷ HAPP, Richard – WUTSCHKA, Sebastian. From the Jay Treaty Commissions towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma. *Indian Journal of Arbitration Law*. 2017, sv. 6, č. 1, s. 126. Dostupné z: <http://ijal.in/sites/default/files/IJAL%20Volume%206_Issue%201_Richard%20Happ%20&%20Sebastian%20Wuschka.pdf>.

¹⁴⁸ Ačkoli odlišnou úpravu obsahuje Dohoda s Vietnamem, která počítá s tím, že strany navrhnou rozhodce z existujícího seznamu (vytvořeného EU a Vietnamem). Srov. Čl. 15.7.3 Dohody s Vietnamem.

¹⁴⁹ Vyhláška č. 74/1959 Sb. ze dne 6. listopadu 1959 o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. Zde vycházíme z předpokladu, že vymahatelnost rozhodnutí je důležitou součástí každého právního systému.

¹⁵⁰ Zatímco anglická verze používá slovo „*bodies*“, francouzské a španělské autentické znění úmluvy používají pojem „*orgány*“ (*organes*, respektive *órganos*), podobně jako český překlad ve Sbírce zákonů. Tyto pojmy přitom nemusejí nést stejný význam, což může mít vliv na kvalifikaci MIS a právní povahu jeho rozhodnutí. Viz původní znění úmluvy dostupné z: <http://www.newyorkconvention.org/new+york+convention+texts>.

¹⁵¹ Je zde rozumný předpoklad, že to bude právě Newyorská úmluva, která by sehrávala úlohu při uznání a výkonu nálezů proti státům. Důvodem je, že je jí vázána drtivá většina států světa. Seznam smluvních států je dostupný z: <http://www.newyorkconvention.org/countries>.

¹⁵² GALINDO, Alvaro – ATTANASION, David L. – DURÁN, Ana Maria. Chapter 27: The New York Convention's Concept of Arbitration and the Enforcement of Multilateral Investment Court Decisions. In: FACH GOMÉZ, Katia – LOPEZ-RODRIGUEZ, Ana M. (eds). *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019, s. 465.

ně zmíněné pravidelnými „chlebdárci“ členů MIS, vytvářejíce tak s nimi dlouhodobé ekonomické pouto.¹⁵³

Zatřetí, MIS přináší ztížení přístupu investora ke spravedlnosti. Menší investoři si nebudou moci finančně dovolit vést dvoustupňovou „bitvu“ se státem (či EU).¹⁵⁴ Pokud vyloučíme financování třetí stranou jako neetické (*sic*),¹⁵⁵ nezbude investorovi než žalovat před vnitrostátními soudy hostitelského státu (viz 5.1 výše). K tomu se připíná ještě otázka imunity EU jako mezinárodní organizace, která automaticky nezaniká tím, že se podřídí arbitráži.¹⁵⁶

Pesimistický scénář tedy je, že právní konstrukce MIA, jak je předvídána EU, zcela odradí investory od domáhání se ochrany investic.

„Měkčí“ alternativou k MIS je vytvoření jakéhosi odvolacího mechanismu, v jehož rámci by mohlo dojít k meritornímu přezkumu investičních rozhodčích nálezů.¹⁵⁷ Tím by se napravila pochybení (*sic*) rozhodců učiněná v rozhodčím nálezu. Myšlenka přezkumu ostatně již dříve nalezla své zakotvení v mezinárodní investiční i obchodní arbitráži.¹⁵⁸

Nicméně v souvislosti s vytvořením odvolacího mechanismu vyvstávají dvě otázky. Za prvé, kudy vede hranice mezi pochybením předchozích arbitrážů a odlišným názorem (právním a skutkovým hodnocením věci)? Za druhé, kdo ochrání strany před nesprávným rozhodnutím arbitrážů v rámci odvolacího mechanismu?¹⁵⁹ Zatímco před vnitrostátními soudy existují i mimořádné opravné prostředky, odvolací mechanismus je nenabízí.

Závěr

V tomto článku jsme se snažili poukázat na skutečnost, že bychom neměli bez kritické (tj. nikoli ideologické a oportunistické) diskuse opouštět MIA. Tato může být jednou z dílčích záruk zachování vlády práva ve státech, bez ohledu na „(ne)dokonalost“ fungování právního řádu a prostředí v daném státě.

Tento článek neprokázal existenci kauzálního vztahu mezi MIA a vládou práva v určitém státě. Nabídl však úvahy, které by mohly vést naši intuici tímto směrem. Nepochybně lze v dalším výzkumu zapojit politologické úvahy o motivacích chování státu, včetně dobrého vládnutí, aby se podařilo prokázat eventuální korelaci mezi MIA a vládou práva.

¹⁵³ Investor tedy vystupuje ve sporu se státem obvykle jako „one-shot player“, zatímco stát nebo EU jako „repeat player“. K tomu srov. klasickou studii GALANTER, Marc. Why the „Haves“ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society*. 1974, podzim, s. 98 an.

¹⁵⁴ Americký autor Perry S. Bechky se dlouhodobě zajímá o postavení středních a malých investorů a investic v MIA, které se liší od nadnárodních korporací. Srov. např. BECHKY, Perry S. *Microinvestment Disputes*. Dostupné z: <<https://www.vanderbilt.edu/wp-content/uploads/sites/78/Bechky-Camera-Ready-FINAL.pdf>>.

¹⁵⁵ Srov. např. SANTASUOSSO, Tara – SCARLETT, Randall. Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance. *Boston College Law Review*. 2019, Vol. 60, s. 1–9. Dostupné z: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=ljwawp>>.

¹⁵⁶ K tématu imunit mezinárodních organizací a arbitráží srov. GAILLARD, Emmanuel. Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales. *ASA Bulletin*. 2000, Vol. 18, s. 472.

¹⁵⁷ Srov. United Nations Commission on International Trade Law. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-eight Session, Vienna, 14–18 October 2019. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Note by Secretariat, s. 6–7. Dostupné z: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp166.pdf>>.

¹⁵⁸ Srov. k MIA čl. 50–52 Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států; ve vnitrostátní arbitráži pak srov. § 27 zák. č. 216/1994 Sb., zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, v účinném znění.

¹⁵⁹ Stát se může bránit pomocí imunity, investor však takovou obranu proti nesprávnému rozhodnutí nemá.

V článku jsme identifikovali dva aspekty MIA, které mohou být významnými pro vládu práva. Zaprvé se jedná o standardy ochrany investic, zejména FET. Zadruhé je to samotný mechanismus řešení sporů, který MIA nabízí.

Podle našeho názoru je nejvíce efektivní a schůdnou cestou úprava konfigurace současného systému MIA. Nejedná se o systém dokonalý a jistě bychom mohli některé nálezy investičních tribunálů považovat za nesprávné. Existence nesprávných rozhodnutí však nemůže být důvodem pro zrušení celého mechanismu řešení sporů. Jestliže v každém systému rozhodování o právech a povinnostech subjektů statisticky nalezneme chybná rozhodnutí, pak bychom museli zavrhnout nejen myšlenku arbitráže, ale např. i obecného soudnictví.

Výše uvedená analýza ukázala, že MIA v současné podobě zůstává z pohledu investorů nejučinnějším způsobem domáhání se ochrany svých investic. Uplatňování práv investorů před českými soudy není přijatelnou alternativou. Je tomu tak mj. z důvodu komplikovanosti systému odpovědnosti státu za škodu způsobenou výkonem veřejné moci. Vnitrostátní úprava odpovědnosti státu je možná až příliš restriktivní, pokud se týká osobní a věcné působnosti. Je třeba také počítat s nejistým postavením dohod o ochraně investic, pokud se týká jejich přímé vnitrostátní aplikace.

O fungování MIS toho zatím mnoho nevíme. Zdá se však podle slov mezinárodních dohod EU s třetími státy, že MIS není arbitráž. Tato skutečnost není sama o sobě tolik problematická jako vymahatelnost rozhodnutí vydaného v MIS. Takové rozhodnutí s velkou pravděpodobností nebude moci být uznáno na základě Newyorské úmluvy. Nadto státy mají dle navrženého modelu MIS monopol na určení osob, které budou spory rozhodovat, což se jeví být v rozporu s principem rovnosti zbraní.

International Investment Arbitration and the Rule of Law in Host States

Zdeněk Nový

Abstract: This paper puts forward an alternative view on international investment law and arbitration. It offers a number of ideas why investment law and arbitration may be a valuable, albeit complementary, mechanism how to enhance the rule of law in host states. The rule of law refers to observance of internal and international legal obligations by the state, which is beneficial not only to investors, but also to citizens of the host state. After elaborating on the concepts of investment arbitration and the rule of law, the paper focuses on two aspects of investment protection, in which the rule of law finds its expression. First, observance of the standard of fair and equitable treatment as detailed by investment arbitral tribunals in their decisions is the cornerstone of the rule of law. Second, international investment arbitration as a dispute resolution mechanism provides not only a procedural mechanism whereby an investor may enforce its rights, but it serves as a sword of Damocles hanging over the states that do not obey the rule of law. The paper aims at opening a critical discussion, without attempting to contain the entire discourse on the rule of law in relation to investment law and arbitration or pursuing blankly a point of view of investors or states.

Key words: fair and equitable treatment, investment arbitration, investment protection, legitimate expectations, rule of law, state responsibility