

H - ochrana a kontrola mezinárodních investic

[Investice] Investice je vlastní užití nebo poskytnutí majetkových hodnot za účelem jejich využívání v hospodářství. Investice má přinést výnos. Investice jsou spojeny dle použitých právních instrumentů s různým stupněm rizika ztráty (ztráty v širším slova smyslu jako absence zisku i v úzkém slova smyslu jako ztráty jistiny).

[Národní regulace vnitrostátních investic] Investování v národním prostředí podléhá (s výhradou mezinárodních standardů lidských práv o vlastnictví) národnímu právnímu režimu, který může založit vyvlastnění investice za náhradu i bez (odnětí investice). Vnitrostátní právo (v širokém slova smyslu, též jako politika „neprávního“ státu) také může založit hospodářské, finanční, ekologické, bezpečnostní nebo další správní popř. jiné požadavky na provozování příslušné hospodářské činnosti, do níž je investováno, které mohou využitelnost investice omezit nebo ji dokonce zcela znehodnotit. Ve vyspělejších státech pro existuje určitý (nikdy však vše pokrývající) stupeň ústavní nebo zákonné ochrany. Mnohdy se ostatně majetková újma pro určité typy investorů řeší zvláštními předpisy. Investování může být ryze osobní, nebo komerční. Komerční investování ve prospěch klientů („institucionální investoři“) podléhá hospodářsko-správní regulaci.

[Investice mezinárodní] Mezinárodní investice jsou investice prováděné mezi subjekty v různých státech, popř. jedním subjektem příslušným k jednomu státu, který provádí hospodářskou činnost ve druhém státě. Žádná globální norma mezinárodního práva majetek – a tedy také investice – nechrání. Znárodňování nebo znemožnění užívání vlastnictví je tedy nepostižitelné jinak než protiopatřeními (retorze) vůči majetkovým zájmům znárodňujícího státu nebo jeho subjektů. Klasické mezinárodní právo předpokládalo takové zásahy např. během válek vůči nepřátelskému majetku. Důvody zahraničních investic: zabezpečení zdrojů, získání trhů a využití úspor z rozsahu.

[Zájem na ochraně investic] Vzhledem k rizikům vyplývajícím ze státních zásahů mají subjekty investující v zahraničí a z důvodů obecné ochrany a stejně tak – dílem díky lobby investorů - jejich domovské státy zájem na ochraně investic před škodlivými dopady uplatnění vnitrostátní moci ve státě investice. Většina států kvůli hospodářskému a sociálnímu rozvoji investice chce, proto na smlouvy o ochraně investic přistupují.

[Znárodňování a zestátňování] V minulosti mnoho zemí odmítalo poskytnout s poukazem na sociální, hospodářské a politické potřeby ochranu investicím včetně investic zahraničních. Zestátňování a znárodňování bez odpovídající náhrady bylo obvyklé. Nyní – vzhledem ke smlouvám o ochraně a podpoře investic a zájmům na přítomnosti investic ve většině států – zůstává poměrně vzácné.

[Smlouvy o ochraně investic] Ve světě dnes existuje rozsáhlá síť smluv o ochraně investic, které mají srovnatelný, tedy typový obsah. Tyto sítě smluv jsou zpravidla smlouvy dvoustranné, mezi státy, mezi kterými je velký nebo alespoň patrný pohyb investic. Smlouvy jsou samozřejmě vesměs formulovány jako obousměrné, fakticky ale je odlišný zájem státu investorů a zájem států investic. První smlouvy prosazují, druhé je chtě nechtě přijímají, chtějí-li. Vyspělé státy mají mezinárodní smlouvy o ochraně investic s desítkami států. Mezi smlouvami o ochraně a podpoře investic se dají jako zvláštní typ, poskytující vyšší stupeň ochrany investorům, vyzdvihnout smlouvy prosazované a sjednávané USA. Mnohé vyspělé státy s USA smlouvy o ochraně investic proto uzavřené nemají.

[Česká republika v této smluvní síti] Československo a Česká republika začaly uzavírat a uplatňovat smlouvy o ochraně (a podpoře) investic s evropskými a stále častěji také mimoevropskými státy až v 90. letech. Od roku 1990 do roku 2006 uzavřena ČSFR a ČR dle Sb.z. a Sb.m.s. okolo 80 mezinárodních smluv o ochraně a podpoře investic.

[Typový obsah smluv o ochraně investic] Mnoho smluv o ochraně investic se uzavírá podle již existujících smluv. Lze nicméně zjistit určité modifikace.

[Smluvní definice investice] Za investice se považují majetkové hodnoty poskytnuté k provozování hospodářských aktivit z jedné strany na druhou stranu. Často jsou ve smlouvách demonstrativní výčty právních forem. Jedná se především o dovoz nebo nabytí movitého majetku na území strany (dovoz – pozor – celní režimy), nabývání nemovitostí, nabývání jiných věcných práv mimo vlastnictví (zástavní práva atd.), nabytí podílů na obchodní společnosti (akcie apod., jsou investicí zřízení neziskových institucí?), pohledávky (úvěry a půjčky poskytnuté), reinvestované výnosy, nabytí práv duševního vlastnictví včetně know-how a good-will, koncese k výkonu určité činnosti (tady pak nastává problém s uplatňováním státního správního hospodářského apod. dozoru), leasingem poskytnuté zboží a další. Výnosem z investice se myslí zisk, dividenda, úrok atd., na což se *mutatis mutandis* vztahuje stejná právní ochrana. Ochrana se těší investice provedená v souladu s regulací zahraničního investování (viz níže – kontrola investic).

[Investor] Investory se myslí zpravidla občané smluvních stran (možná je nicméně také ochrana občanů jiných států s trvalým pobytem apod.) a dále právnické osoby zřízené podle práva smluvních stran (včetně použití cizího práva dle práva strany a investorů třetí strany), definice právnických osob bývá různě konkrétní nebo obecná. Uznává se přitom zpravidla postoupení investorských práv mezi subjekty investorsky strany. Práva postoupená na osoby z jiných států již ochraně podléhat nemusí (není-li ovšem smlouva s jejich státem, i tak však může být jiný režim povolení investice z takového třetího státu – otázka povolení).

[Prostor investice] V běžné smlouvě o ochraně investic bývá vymezen prostor, na kterém se investiční aktivita může realizovat, má-li být zabezpečená mezinárodní ochrana. Některé státy mají odchylky od běžného vymezení státního území.

[Podpora investic] Smlouvy pravidelně obsahují deklaratorní ustanovení o podpoře investování na území druhého státu. Jde spíše o politické deklarace, nezakládá to zpravidla - a s ohledem na jiné mezinárodní závazky často ani nesmí zakládat nějakou preferenci (omezení státních podpor v rámci WTO a ES). Běžná je ovšem doložka nejvyšších výhod pro zahraniční investory.

[Ochrana investic] Obecně se přiznává národní režim investování, je ale korigován objektivním režimem v podobě práva na zachování podstaty investice, možnost její repatriace atd., což jde běžně nad národní režim, kdy vnitrostátního podnikatele mohou státy vyvlastnit). Pravidelně se sjednává doložka nejvyšších výhod (nebudou zvýhodněny investice ze třetích států oproti investicím z investorské smluvní strany).

[Vyvlastňování a náhrady ztrát] Pro případ vyvlastnění se stanoví minimální standardy. Investice musí být vyvlastňována nediskriminačně, ve veřejném zájmu a za adekvátní a přiměřeně rychle poskytnutou náhradu. V případě vnitrostátních režimů náhrady ztrát neobchodními nebo dalšími vlivy se požaduje zpravidla národní režim, popř. režim aplikovaný na investory ze třetích stran, což může jít i nad rámec národního režimu.

[Repatriace výnosů] Mezinárodní smlouvy garantují převod výnosu (po zdanění, které nemůže být na základě smluv o ochraně investic nebo smluv o zamezení dvojího zdanění diskriminační). Garantuje se rovněž repatriace (stažení) investice ze státu investice do státu investora a to zpravidla ve volně směnitelných měnách (je třeba pamatovat na skutečnost, že ne všechny státy mají volně směnitelnou měnu). Při likvidaci investice nemá být prováděná selektivní diskriminace (včetně možného odrazování od nákupu atd.).

[Širší ochrana investic] Také další státní zásahy – včetně změn dosavadní investičně příznivé legislativy, zejména ve věcech hospodářsko-správní regulace (regulatory affairs), daní, pracovních podmínek a ochrany životního prostředí. Některé dvoustranné smlouvy o ochraně investic zaručují právo na nezměnitelnost uvedených předpisů, respektive předpokládají odpovědnost za jejich majetkové důsledky.

[Investiční spory – vnitrostátní ochrana má přednost] Národní režim nebo objektivně smluvně definovaný režim sebou implicitně nese možnost využívat k ochraně vnitrostátní

správní prostředky, popř. soudnictví podle druhu investice (obchodní soudnictví, správní soudnictví, nezahrnuje trestní postih poškozovatelů atd.).

[Cesta k mezinárodním orgánům a arbitrážím] Vnitrostátní právo se však může změnit, rovněž jeho prosazování může být problematické - pomalé, politicky ovlivňované soudy apod.. Po vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků - ne všechny smlouvy o ochraně investic však hovoří o vyčerpání opravných prostředků výslovně, je otázka, jestli mohou být nevyužity. Často se pamatuje na faktickou nepoužitelnost opravných prostředků (dlouhé soudní řízení, politický vliv na správní orgány apod.) zdůrazněním možnosti bez vyčerpání žádat opravné prostředky mezinárodní.

[Mezinárodní instituce pro rozhodování sporů z investic] Smlouvy o ochraně investic zakládají mezinárodní režimy ochrany investic. Jedná se o spory „nerovné“, mezi svrchovaným státem a soukromým subjektem. Možnosti jsou následující: *ad hoc* rozhodčí řízení rozhodčím orgánem (komisí se smíšeným složením apod.), prostřednictvím Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic, na půdě OSN – UNCITRAL, prostřednictvím rozhodčích soudů mezinárodních obchodních komor (Paříž, Amsterdam, Stockholm, Brusel, New York, Londýn atd. – pozor – nejde o mezinárodní organizace), na některých kontinentech existují podobná centra pro řešení sporů z investic jako je ICSID.

[ICSID] Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (*International Center for Settlement of Investment Disputes*) je speciální mezinárodní organizace založená mnohostrannou mezinárodní smlouvou. Je přidružená ke skupině světové banky (IBRD), okruh smluvních stran však nemusí být totožný. Založeno bylo v roce 1966. ICSID řeší spory teoreticky nerovné (investor proti státu – tj. zpravidla subjekt, jež není subjektem mezinárodního práva). Orgány ICSID jsou Správní rada (zástupci – členské státy, zastupované diplomaty stát, prezidentem je prezident IBRD, dále existuje generální tajemník a sekretariát. ICSID vytváří seznamy osob (na návrh smluvních stran a návrh IBRD), které mohou fungovat jako rozhodci, jsou stanoveny nároky na osoby (proklamace), osoby jsou zařazeny na dobu 6 let, možná obnova, možné ustavení více státy atd. Při sestavování soudů (panelů), jež musí mít lichý počet členů, se preferuje dohoda stran, jinak je předepsána procedura pro nominaci orgány ICSID. Je stanoven jednací řád, soud rozhoduje převážnou většinou hlasů, rozhodnutí se opírá o smlouvu ICSID, multi-, pluri- nebo bilaterální smlouvy (cca. 900 smluv předpokládá jako možnost řešení sporu u ICSID, existují i vícestranné dohody o obchodní liberalizaci (jako NAFTA a Mercosur), jež zakládají jurisdikci ICSID, další založení pravomoci je ve vnitrostátních právech některých států atd.), obecné zásady právní, judikaturu ICSID atd. Bez souhlasu stran se nález nezveřejňuje. Možné je požádání o dodatečný výklad, možná je obnova řízení a existuje nástroj revize (něco jako dovolání) pro zmatečnost, úplatky, překročení kompetence atd. Rozhodnutí je závazné pro odsouzený stát (investor nemůže o nic přijít, jen o vynaložené náklady). V případě porušení práva investic přijímajícím státem se stát odsuzuje k peněžní náhradě. Nález má být vymahatelný u vnitrostátních soudů. To ale samozřejmě není ve vztahu k mnoha státům zajištěno. ICSID má poměrně zajímavou a studovanou judikaturu, lze z ní zjistit trendy ve výkladu smluv, jednotný výklad však nelze vzhledem k množství smluv přeceňovat.

[Další liberalizační trendy a debata o nich] Na několika světových fórech se diskutuje možnost vytvoření mnohostranné úmluvy o ochraně investic. Na půdě OECD - kde nejsou rozvojové země - se dokonce v 90. letech připravil projekt mnohostranné úmluvy o investicích (Multilateral Investment Agreement). Proti projektu se však vzedmula vlna odporu včetně antiglobalizačního hnutí. Projekt proto ztroskotal pro odmítavý postoj zejména evropských zemí. Kritizována jsou zejména řešení, jež by rozšířila ochranu investic do oblasti daňové, do oblasti sociálních a pracovních standardů a na standardy ochrany životního prostředí.

[Ochrana investic v rámci Evropské unie] Investice z jiných členských států se zásadně těší stejnému zacházení jako investice domácího původu. Evropské standardy základních práv nadto fakticky vylučují znárodňování nebo konfiskace. Vysoká faktická ochrana investic

přínejmenším ve starších členských státech zatlačuje do pozadí smlouvy o ochraně a podpoře investic.

[Kontrola investic] Mnohé státy světa kontrolovaly a do určité míry nadále různými nástroji kontrolují příliv zahraničních investic z obav z faktického oslabení vlastní faktické svrchovanosti s bezpečnostními implikacemi. Kontrola bývala instrumentální (omezování používání určitých instrumentů investic – omezení nabývání nemovitostí zahraničními subjekty, omezení tvorby právnických osob a účasti na nich zahraničními investory) nebo odvětvová (zpravidla požadavek národní příslušnosti popř. požadavek národní kontroly investora, limity procent zahraniční účasti atd.). Jsou státy, které měly a nadále mají liberální kontrolu investic (Německo, USA). Jiné naopak prosazovaly kontroly přísnější (dříve Itálie, Francie, Indie nebo další rozvojové státy). Kontrola přílivu investic se ale mnohdy ocitá v napětí se zájmem států na přílivu investic a smlouvami o ochraně a podpoře investic. V rámci Evropské unie pak samozřejmě zdroj omezení představuje volný pohyb kapitálu.

[Demonopolizace a privatizace] Státy mají stále – z pohledu právního – poměrně volnou ruku pro rozhodnutí, zda budou demonopolizovat určitá odvětví hospodářství a zda budou privatizovat. V případě rozhodnutí pro demonopolizaci a privatizaci však mohou dvoustranné smlouvy o ochraně a podpoře investic vylučovat upřednostňování domácích subjektů.