Mezinárodní investice jako předmět ochrany poskytované mezinárodním právem investičním

ROMAN KALIŠ

Mgr. Roman Kališ, katedra mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, v současné době na Westminster International University v Taškentu (Uzbekistán)

Jak vyplývá již z názvu tohoto příspěvku, je předmětem ochrany, kterou poskytuje mezinárodní právo investiční, investice. Nikoliv však investice jakákoliv, nýbrž pouze investice mezinárodní. Pro správnou aplikaci norem mezinárodního práva investičního je proto nezbytné tento pojem vymezit, určitým způsobem ohraničit, a oddělit tak od kapitálových operací, na které se tato ochrana již nevztahuje. Jednotnou definici tohoto pojmu, použitelnou pro naše účely, bychom však hledali marně.[1] Jednotlivé mezinárodní instrumenty týkající se ochrany mezinárodních investic jej totiž definují pouze pro svoji potřebu, případně se definování úplně vzdávají[2], a jednotná definice tak stále chybí. Cílem tohoto příspěvku je pokusit se, i přes výše uvedenou definiční nejednotnost, o podrobnou analýzu tohoto klíčového pojmu a o vymezení mezinárodních operací spadajících pod jeho definiční rozsah, a způsobilých tak těžit z ochrany zajištěné normami mezinárodního práva investičního. První část příspěvku se stručně zabývá „investicí" coby termínem ekonomickým. V dalších částech jsou již předmětem analýzy definice právní obsažené zejména v platných a pro Českou republiku závazných mezinárodních instrumentech a současně definice vytvořené v rámci rozhodovací praxe Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID, dále také jen „Středisko").

1. Ekonomický pojem investice

Svým původem je pojem investice termínem ekonomickým, jako takový jej lze obecně vymezit jako „činnost ekonomického subjektu, jíž vkládá část svého důchodu do majetkových složek s předpokladem dosažení většího výnosu v budoucnosti".[3] Investicí se tedy označuje ta část důchodu, jež je vložena do kapitálu (např. strojů, přístrojů, know-how), které nepřinášejí okamžitý prospěch, ale umožní v budoucnu např. větší výrobu.[4] Mezinárodní investici[5] lze definovat též jako převod hmotného nebo nehmotného majetku z jedné země do země jiné, za účelem použití v této zemi k vytváření zisku, a to za úplné či částečné kontroly majitele tohoto majetku.[6]

Podrobnější ekonomickou definici tohoto stěžejního pojmu podává např. Farouk Yala,[7] který uvádí, že k tomu, aby určitá ekonomická operace mohla být považována za investici, je třeba **naplnění tří kumulativních znaků**: a) přínos zahraničního investora k ekonomickému rozvoji hostitelského státu, b) určitá doba trvání operace a c) riziko vyplývající z této operace nesené investorem. Obdobnou definici popisuje i Pavel Šturma.[8] Podle něj musí mít přínos hos-

nebo jiných operací (např. dodávka investičního celku[10]), při kterých dochází k platbě, případně k jiné okamžité či krátkodobé návratnosti.[11] Za investice lze tedy považovat pouze operace střednědobé (délka trvání alespoň tři roky) a operace dlouhodobé (alespoň sedm let), a nikoliv tedy operace krátkodobého charakteru. Co se týče rizika podnikání, vychází se z toho, že budoucí odměna investora závisí na hospodářském výsledku podniku. Investor tak nese (přinejmenším zčásti) riziko této operace. V případě dosažení pozitivních výsledků se bude podílet na zisku, nicméně v případě vzniku ztráty se bude podílet na jejím krytí.[12] Na tomto místě lze konstatovat, že ekonomická definice jako jediná (na rozdíl od definic právních) vychází z určitých objektivních znaků.

1.1 Přímé v. nepřímé zahraniční investice

Z ekonomického pohledu, ale i pro účely ochrany, je investice třeba dále rozlišit do dvou kategorií, a to na investice přímé[13] a tzv. portfolio investice (investice nepřímé).[14] Ochrana investic se totiž původně vztahovala výhradně na investice přímé.[15] Za ty jsou označovány takové investice, které zahraničnímu investorovi umožňují aktivní podílení se na kontrole a řízení podniku.[16] Za minimální výši podílu na základním kapitálu podniku umožňující investorovi výkon této kontroly a řízení se obvykle považuje 10 až 20 procent. OECD[17] a MMF[18] v této souvislosti navrhují považovat za přímou investici vlastnictví přinejmenším 10 procent akcií nebo hlasovacích práv.[19] Přímé zahraniční investování je pak zpravidla spojeno i s transferem hmotného majetku např. v podobě továren[20] a jejich vybavení, ale i majetku nehmotného v podobě např. technologií či know-how.

použití kapitálu při podnikání v zahraničí. Zagel, G. M. *Protection of Foreign Investment under Internatinal Law.* Tolley's International Protection of Foreign Investment, Tolley, Lexis Nexis, 2003 – 2004.

10) K dodávce investičního celku Rozehnalová, N. *Právo mezinárodního obchodu.* Brno : Masarykova univerzita, 2001, s. 334.

11) V této souvislosti je zajímavé rozhodnutí ve věci *Salini*, rozhodované Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic (ICSID), kdy bylo Středisko poprvé požádáno určit, zda smlouva o provedení stavby může být považována za investici spadající pod pravomoc Střediska. ICSID v tomto případě rozhodlo využít extenzivní definice a určilo, že pravomoc Střediska k řešení tohoto sporu dána je. Yala, F., op. cit.

12) Obdobně k ekonomické definici investice též Rozehnalo-

2. Právní pojem investice

Odborníci z řad ekonomů i právníků se při definování tohoto pojmu dělí v zásadě do dvou táborů. Jedna skupina prosazuje objektivní přístup k definici investice vycházející z jejích charakteristických rysů, druhá skupina upřednostňuje přístup subjektivní. Objektivní definice se kryje s definicí ekonomickou a bylo o ní pojednáno výše. Skupina prosazující přístup subjektivní vychází při označení určité ekonomické operace z úmyslu stran, a je tedy na těchto stranách, které operace se rozhodnou pro své potřeby za investice označit. Jak již bylo uvedeno výše, jednotná právní definice tohoto pojmu neexistuje. Nicméně i přes tuto skutečnost lze extrahováním společných znaků definic použitých v jednotlivých mezinárodních instrumentech k určitému zobecnění dojít.

Na počátku vývoje mezinárodního investičního práva se ochrana vztahovala pouze na hmotný majetek. Postupně se však rozšiřovala i na majetek nehmotný v podobě zejména práv kontraktuálních, nájemních a hypotečních. S rostoucím porušováním práv k duševnímu vlastnictví se rozšířila i na tato práva. Postupem času se ochrana rozrostla ještě na tzv. administrativní práva, tedy práva potřebná pro fungování investičního projektu.[21] V současnosti lze tedy konstatovat, že státy investice vyvážející za ně považují jak hmotný a nehmotný majetek, tak i administrativní práva nezbytná k provozování investice.

2.1 Definice investice na základě mnohostranných a regionálních smluv

Jelikož tyto smlouvy mají za cíl vytvářet obecný a pokud možno i univerzální režim ochrany mezinárod-

přednost použití abstraktnější definice investice. Tento fakt je dán samozřejmě zejména nesmírnou obtížností dosažení konsensu všech stran na multilaterální úrovni.

Investice dle Washingtonské úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (1965)

Přestože je Washingtonská úmluva nejvýznamnějším mnohostranným dokumentem týkajícím se řešení sporů z investic, který podepsalo již více než 150 států a jejímž členským státem je od roku 1993 i Česká republika, omezuje se na stanovení pravomoci na jakýkoliv spor mezi smluvním státem a občanem jiného smluvního státu vzniklý přímo z investice.[22] Samotné vymezení tohoto pojmu však ve smlouvě chybí.[23]

Již na počátku prací na této úmluvě si tvůrci uvědomovali, že je třeba zajistit, aby Středisku byly postupovány opravdu jen spory vzniklé z investic, a nikoliv jiných mezinárodních kapitálových operací. Z tohoto důvodu se vymezení pojmu investice stalo stěžejním tématem při navrhování textu úmluvy. Jedna z navržených definic zněla (článek 30): „pro účely této Kapitoly (i) investice znamená jakýkoliv peněžní nebo jiný majetkový příspěvek s ekonomickou hodnotou na neurčité časové období nebo, pokud bude toto období definováno, ne na dobu kratší než pět let." Proti všem návrhům tento pojem definující však zazněla vlna kritiky. Z důvodu nemožnosti stran dosáhnout shody byl nakonec přijat návrh britský, který definici investice opomíjí úplně.[24] Z důvodu chybějícího vymezení Středisko doporučuje, aby strany ve smlouvě uvedly mimo ustanovení o postoupení jejich případných sporů Středisku i označení konkrétní transakce jako investice ve smyslu Washingtonské úmluvy. Tím bude jednoznačně potvrzena pravomoc Střediska pro rozhodování tohoto sporu. Na tomto místě se nám může zdát, že při vymezení investice pro účely Washingtonské úmluvy je jednoznačně dominující subjektivní definiční přístup popsaný výše a že strany mají neomezenou

Střediska. Autonomie stran však není a ani nemůže být neomezená. Preambule úmluvy tak konstatuje roli soukromých mezinárodních investic v rámci mezinárodní spolupráce usilující o ekonomický rozvoj.[25] Toto konstatování může být určitým vodítkem potvrzujícím i existenci objektivních prvků nepsané definice pro účely Washingtonské úmluvy. Jak již bylo vysvětleno výše, požadavek ekonomického rozvoje hostitelského státu je jedním z prvků ekonomické definice investice, která je založena na objektivním přístupu k definování tohoto pojmu.[26]

Na tomto místě je ještě třeba zmínit existenci tzv. „*Additional Facility*" operující při Středisku (ICSID). Tato rozhodčí instituce má pravomoc řešit právní spory, které nepocházejí přímo z investic (a tudíž není dána pravomoc Střediska), nicméně stále je nelze považovat za spory z běžné obchodní transakce. Definování těchto sporů z investic již nepocházejících má ve svém důsledku interpretační význam pro samotné vymezení tohoto pojmu, protože určitým způsobem stanoví hranice mezi tím, co za investice ještě považovat lze, a co již nikoliv.

Pojem investice v rozhodovací praxi Střediska pro řešení sporů z investic (ICSID)

Nejvýznamnější úlohu při definování pojmu investice má samozřejmě samotná rozhodovací praxe Střediska, která vychází z kombinace subjektivního a objektivního přístupu k investici. Rozhodci tedy obecně berou v úvahu jak kapitálový přínos zahraničního investora vnesený na území hostitelského státu, tak i souhlas stran s považováním svého sporu za „pocházející přímo z investice" ve smyslu článku 25(1) Washingtonské úmluvy. Na konci 90. let vydalo Středisko dvě rozhodnutí, kterými fakticky nastoupilo cestu směrem k liberálnímu trendu při určování své pravomoci, a tedy i definování toho, co považuje za investice pro své účely. Ve věci *Fedax*[27] a ve věci *ČSOB v. Slovenská republika*[28] tak Středisko přijalo pravomoc k rozhodování sporů vzniklých z úvěro-

[25] První věta

vých smluv. Rozhodnutí ve věcech *Salini*,[29] *SGS v. Pakistan*[30] a *SGS v. Philippines*[31] v tomto trendu pokračují, nicméně tato rozhodnutí mohou být odlišena jiným metodologickým přístupem Střediska a váhou, kterou rozhodci přiznali objektivním a subjektivním znakům investice.

Ve věci *Salini* žádaly dvě italské společnosti Středisko o rozhodnutí sporu týkajícího se plnění smlouvy na výstavbu dálnice v Maroku. Italské společnosti tvrdily, že nezaplacením některých faktur došlo ze strany Maroka k porušení dvoustranné investiční smlouvy uzavřené mezi Marockým královstvím a Itálií v roce 1990. Maroko však vzneslo námitku proti pravomoci Střediska a prohlásilo, že spor nepochází z investice, tak jak to vyžaduje čl. 25(1) Washingtonské úmluvy a čl. 1 investiční smlouvy uzavřené mezi Itálií a Marokem. V tomto případě bylo Středisko poprvé postaveno před rozhodnutí, zda smlouva o výstavbě může být považována za investici ve smyslu pravomoci ICSID.[32] Středisko zde došlo k závěru, že to možné je a jednomyslně zamítlo námitky marocké strany vznesené proti jeho pravomoci. Tribunál Střediska prohlásil, že stavba dálnice byla investicí jak ve smyslu Washingtonské úmluvy, tak i ve smyslu výše uvedené bilaterální investiční smlouvy. Z praktického pohledu tedy toto rozhodnutí zůstává v souladu s liberálním trendem příznivým pro extenzivní výklad pravomoci Střediska na jakýkoliv druh ekonomického práva, dokonce i toho, které nenaplňuje objektivní znaky investice. Nicméně pokud se žalující strana rozhodne předložit svůj spor Středisku, musí prokázat existenci investice nejen na základě souhlasu státu s jejím vymezením, nýbrž i ve smyslu Washingtonské úmluvy. Pravomoc Střediska je totiž samozřejmě dána zejména Úmluvou jako takovou a teprve na druhém místě souhlasem stran.

Ve věci *Fedax* tribunál prohlásil, že základními znaky investice je: a) určitá doba trvání, b) pravidelný zisk, c) přijetí rizika a d) závazek rozvoje a význam pro rozvoj hostitelského státu. Toto rozhodnutí tak využívá objektivní ekonomické vymezení investice. Profesor Juillard v této souvislosti potvrdil, že v rozhodovací praxi Střediska značně novátorský. Naplnění definičních znaků je sice značně náročné, praktická implementace rozhodci se však již nese ve značně liberálním duchu.[34]

I tento liberální trend má však své limity, jak bylo Střediskem ilustrováno v rozhodnutí *Mihaly v. Sri Lanka*[35], ve kterém rozhodci odmítli zahrnout před-investiční výdaje pod termín investice, a vyloučili je tak ze své pravomoci. V této souvislosti je však přesto vhodné vzpomenout, že profesor Juillard vyjádřil již před dvaceti lety obavu, že dojde ke zlehčení pojmu investice, a tím tak k oslabení celého systému jejich ochrany. Podíváme-li se na definice investice obsažené v bilaterálních smlouvách zahrnující pod tento pojem půjčky, stavební smlouvy, obchod se službami, před-investiční výdaje a další, zdá se, že se jeho obavy naplňují.[36] Pokud by pokračoval liberalizační trend podporující rozšíření pravomoci Střediska i na další ekonomické operace nemající žádný reálný vztah k investici, může se stát, že se ze speciálního orgánu, kterým ICSID je, stane pouze další obecná rozhodčí instituce.

Investice dle Soulské úmluvy o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky (1985)[37]

K této úmluvě do dnešního dne přistoupilo již více než 160 států světa včetně České republiky (jako nástupnického státu ČSFR). Jak uvádí její preambule a následně potvrzuje i článek 2, vznikla Mnohostranná agentura pro investiční záruky (dále jen „Agentura") za účelem posílení mezinárodní spolupráce v oblasti hospodářského rozvoje a podpory přínosu mezinárodních investic k tomuto rozvoji. Ve snaze posílit tok zahraničních investic do rozvojových zemí nabízí agentura pojištění proti nekomerčním rizikům, kterým mohou být investice v hostitelské zemi vystaveny. Vymezení investice dle Soulské úmluvy nepůsobí žádné problémy, protože tento pojem, na rozdíl od Washingtonské úmluvy, sama explicitně a do jisté míry poněkud restriktivně definuje.[38] Je však třeba brát v potaz, že definice v ní obsažená slouží pouze

nekomerčním) rizikům, a vztahuje se tak jen na velmi omezenou oblast komplexního právního režimu mezinárodních investic. Úmluva v článku 12 tedy vymezuje pouze ty investice, na které je možné udělit záruky poskytované Agenturou. Článek 12 tak za způsobilé investice považuje podíly na akciích, střednědobé a dlouhodobé půjčky a všechny ostatní formy přímých investic, které stanoví Ředitelská rada. Ředitelská rada je navíc oprávněna prostřednictvím zvláštní většiny rozšířit působnost Soulské úmluvy i na další střednědobé či dlouhodobé formy investic.

Jak je možné si všimnout, uvedená definice se prioritně vztahuje na investice přímé, nicméně článek 12 bod b) dává Ředitelské radě Agentury právo kvalifikovanou většinou rozšířit garance i na další investice, tedy investice jiné než přímé. Obdobně jako obecná ekonomická definice investice a definice vyvozená z rozhodovací činnosti ICSID, operuje i Soulská úmluva s některými výše uvedenými prvky investice, kterými je „přínos pro rozvoj hostitelského státu" a „určitá doba trvání investiční operace" (medium-or long-term).[39]

Investice dle Dohody k Energetické chartě[40]

Energetická charta je jedinečným instrumentem zabývajícím se podporou mezinárodní spolupráce v energetickém sektoru. Charta sdružuje státy Evropské unie (tedy i Českou republiku), státy střední a východní Evropy, Ruskou federaci, státy střední Asie, Kavkazu a rovněž Japonsko, Austrálii a Mongolsko. Pro své účely definuje investici jako:

„jakýkoliv druh majetku, vlastněný nebo přímo či nepřímo kontrolovaný investorem a zahrnuje:

a) hmotný a nehmotný, movitý a nemovitý majetek a jakákoliv majetková práva jako nájemní práva, hypotéky, zástavní práva a záruční práva;

b) společnosti nebo obchodní podniky nebo cenné papíry, akcie nebo jiné formy majetkové účasti ve společnosti nebo obchodním podniku a obligace nebo jiné pohledávky společnosti nebo obchodního podniku;

udělených dle práva za účelem provádění ekonomické aktivity v energetickém sektoru."[41]

Jak můžeme vidět, Dohoda k energetické chartě nabízí širokou definici investice a ve svém demonstrativním výčtu pro své účely zahrnuje i investice z ekonomického pohledu charakterizované jako investice nepřímé (např. akcie). Obdobné definice se objevují i v dvoustranných dohodách o podpoře a ochraně investic, o kterých bude pojednáno níže.

Dalšími regionálními smlouvami, které stojí za zmínku a v nichž je možné hledat definici investice, patří např. Protokol o vzájemné podpoře a ochraně investic mezi státy MERCOSUR,[42] Severoamerická smlouva o volném obchodu (NAFTA)[43] či rámcová dohoda ASEAN o investicích[44]. Protože Česká republika není členským státem ani jedné z nich, nebudu se jimi dále zabývat, přesto však nelze říci, že by tyto smlouvy byly pro náš region bezvýznamné.[45]

2.2 Mnohostranná dohoda o investicích (MAI)

Přestože tato dohoda nikdy nenabyla platnosti, stojí její vymezení investice za zmínku. Návrh úmluvy[46] ji vymezuje jako:

„jakýkoliv majetek vlastněný nebo přímo či nepřímo kontrolovaný investorem, zahrnuje:

a) podnik (ať už jako právnickou osobu nebo jinou jednotku vytvořenou nebo uspořádanou podle použitelného práva smluvní strany bez ohledu na to, zda byla vytvořena za účelem zisku, a bez ohledu na to, zda je vlastněna soukromě nebo vlastněna či kontrolována vládou, a zahrnuje společnosti, trusty, spolupráce, univerzální vlastnictví, pobočky, joint venture, sdružení nebo organizace);

b) obchodní podíly, akcie nebo jiné formy majetkové účasti v podniku a práva z nich odvozená;

c) obligace, dluhopisy, úvěry a jiné formy pohledávek a práv z nich odvozených;

d) práva ze smluv zahrnujících dodávky na klíč, stavby, management, výrobu nebo smlouvy se sdíleným ziskem;

e) pohledávky na peněžní plnění nebo nároky na smluvní plnění;

f) práva duševního vlastnictví;

g) práva přiznaná právem nebo smlouvou jako koncese, licence, autorizace a povolení;

h) jakýkoliv jiný hmotný či nehmotný, movitý a nemovitý majetek a jakákoliv jiná majetková práva jako nájemní práva, hypotéky, práva zástavní a záruční."

Srovnáme-li tuto definici např. s vymezením investice ve výše uvedené Smlouvě o energetické chartě, případně i s těmi, které obsahují standardní bilaterální investiční smlouvy, dojdeme k závěru, že se všechny tyto definice více či méně shodují. Přesto, že MAI nikdy nenabyla platnosti, potvrdila tak opět zavedený trend v definování tohoto pojmu.

2.3 Definice investice na základě dvoustranných smluv o vzájemné podpoře a ochraně investic

Oproti obecnějším definicím, které můžeme nalézt v mnohostranných úmluvách, obsahují dvoustranné dohody o podpoře a ochraně investic zpravidla velmi široké a podrobné vymezení investic, na které se jejich ochrana vztahuje.[47] První část definice obsahuje její vymezení v obecných rysech, jako investici tak například označuje: „každý druh aktiv"(obsaženo např. v dohodě s Nizozemským královstvím[48]), „každou majetkovou hodnotu" (uvedené např. v dohodě s Rumunskem,[49] Bulharskem[50] či Chorvatskem[51]), „všechny, resp. veškeré majetkové hodnoty (dohoda s Rakouskem,[52] resp. se Spolkovou republikou Německo[53]), případně „jakýkoli druh investic" (nacházející se ve smlouvě s USA[54]). Ve druhé části pak následuje taxativní nebo demonstrativní výčet konkrétních transakcí, které jsou pro účely dané smlouvy za investici považovány. Tak například smlouva mezi ČSFR a Rakouskou republikou, řadící se mezi klasické evropské investiční dohody, uvádí v první části definice, že pojem „investice" zahrnuje všechny majetkové hodnoty, které jsou uskutečněny investorem jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany..., ve své druhé části pak uvádí v demonstrativním výčtu konkrétní transakce, které pro své účely považuje za investice. Jsou jimi zejména:

a) „movité a nemovité věci a všechna věcná práva;

b) podíly a jiné druhy účastí na podnicích;

c) pohledávky a nároky na peníze, které byly předány, aby vytvořily hospodářskou hodnotu, nebo nároky na plnění, které má hospodářskou hodnotu;

d) práva z oblasti duševního vlastnictví, včetně autorských práv, obchodní ochranná práva jako patenty a vynálezy, obchodní známky, obchodní vzory a modely, jakož i spotřební vzory, technické postupy, know-how, obchodní názvy a goodwill;

e) veřejnoprávní oprávnění týkající se vyhledávání, dobývání nebo využití přírodního bohatství."

Dohoda mezi USA a ČSFR z roku 1991 odpovídající tehdy prosazované americké „modelové" investiční dohodě[55] nabízí definici ještě o něco širší. Její obecná část investice vymezuje jako: „jakýkoliv druh investice na území jedné smluvní strany, která je vlastněna nebo je přímo či nepřímo kontrolována státními příslušníky nebo společnostmi druhé smluvní strany, jako je akcie, pohledávka, smlouva o službách a investiční smlouva". V následujícím taxativním výčtu uvádí konkrétní druhy majetku a majetkových práv, které považuje za investice. Jsou jimi:

a) „hmotné a nehmotné vlastnictví, včetně práv, jako jsou hypotéky, zástavy a ručení;

b) společnost nebo akcie či jiné podíly na společnosti, nebo podíly na jejích aktivech;

c) peněžní pohledávky nebo nároky na plnění,

[47] Tato skutečnost však obvykle neplatí pro historicky nejstarší dvoustranné investiční dohody, jejichž definice jsou o poznání stručnější. Důkazem této skutečnosti může být například historicky nejstarší dvoustranná dohoda o podpoře a ochraně investic uzavřená mezi Spolkovou republikou Německo a Pákistá-

– k literárním a uměleckým dílům, včetně zvukových nahrávek,

– k vynálezům ve všech oborech lidského úsilí,

– k průmyslovým vzorům,

– k uspořádání částí polovodičových integrovaných obvodů,

– k obchodním tajemstvím a důvěrným podnikatelským informacím, a

– k obchodním a servisním známkám a názvům výrobků,

e) jakékoliv právo vyplývající ze zákona nebo kontraktu, a jakékoliv oprávnění a povolení v souladu se zákonem včetně koncesí na vyhledávání, kultivaci, těžbu nebo využívání přírodních zdrojů."

Jak vidno, přestože se definice v jednotlivých smlouvách v detailech liší, je jim společná inklinace k co nejširšímu vymezení toho pojmu a soustředění se na co nejpřesnější výčet všech druhů majetkového vkladu, který má být chráněn.[56] Z teoretického hlediska se toto vymezení investice nejeví jako příliš šťastné, protože opomíjí objektivní ekonomické znaky, jakými je např. doba trvání (prvek dlouhodobosti investiční operace), přítomnost rizika nebo závislost výnosu na úspěchu podnikání. Do vymezení investice v dvoustranných dohodách se dokonce dostávají i majetkové hodnoty, které nelze považovat za investice přímé a které by ještě před dvaceti lety neměly na tuto ochranu reálnou šanci. Přestože např. portfolio investice v minulosti některé smlouvy z režimu své ochrany výslovně vylučovaly, dnes již rozšiřují svoji ochranu i na tyto prostředky např. v podobě akcií, směnek, dluhopisů a dalších.[57]

Za zmínku rovněž stojí rozšíření ochrany i na práva z duševního vlastnictví. Podrobný výčet těchto práv ve dvoustranných investičních smlouvách rozptyluje dlouhotrvající pochybnosti pocházející z dřívějších názorů vyplývajících z textů investičních smluv, že nehmotný majetek není hoden ochrany mezinárodním právem.[58] Současné dvoustranné dohody o vzájemné podpoře a ochraně investic však již nenechávají prostor k uvedeným pochybnostem a výslovně často daleko větší hodnotu než investorův majetek hmotný. Z tohoto důvodu pokračuje trend podřazovat pod režim ochrany i další nově vznikající instrumenty související s tvorbou investic.

2.3.1 Příčiny širokého vymezení investice v dvoustranných investičních smlouvách

Jak je možné si všimnout na výše uvedených příkladech investičních smluv, přestože se jejich definování investice v některý aspektech liší, je jim společná snaha o jejich co nejširší vymezení. Tato skutečnost je dána zejména snahou států investice vyvážejících o co nejširší režim ochrany kapitálových prostředků svých příslušníků (fyzických i právnických osob) vyvezených do zahraničí. Je třeba zmínit, že přesto, že všechny tyto smlouvy jako svůj účel uvádějí vzájemnou podporu a ochranu investic, vzájemná podpora zde zpravidla fakticky neexistuje.[59] Prohlášení o vzájemné podpoře a ochraně zakrývá skutečnost, že očekávaný tok investičních prostředků je ve skutečnosti tokem jednostranným,[60] a to z rozvinuté země do země rozvojové.[61] Již v samotném procesu tvorby smlouvy tedy existuje nerovnost mezi státem kapitál vyvážejícím a státem v pozici příjemce kapitálu,[62] kdy vyspělý stát (vývozce) má možnost využít své silné vyjednávací pozice, a dosáhnout tak přijetí víceméně jednostranně vytvořeného textu smlouvy (své „modelové" smlouvy).[63] V důsledku této faktické nerovnosti zde jistým způsobem dochází k zásahu do svrchovanosti jednoho státu (příjemce kapitálu), aniž by ve stejnou chvíli došlo i k recipročnímu zásahu do suverenity státu druhého (kapitál vyvážejícího). Vyspělé státy totiž zpravidla neuzavírají tyto smlouvy s cílem přilákat zahraniční investory, ale naopak s cílem zajistit vlastním investorům podnikajícím na území druhého státu vysoký, jasný a nezpo-

[59] Příkladem může být výše uvedená dohoda mezi ČSFR a USA, při jejímž vyjednávání zahájeném nedlouho po změně režimu vystupovala ČSFR v pozici potencionálního dovozce kapitálu, usilujícího o přilákání amerických investorů na naše území (pozn. autora).

[60] OSN v této souvislosti však uvádí, že koncem 80. a zejména

chybnitelný režim právní ochrany.[64] Z tohoto důvodu se pak na straně státu kapitál vyvážejícího projevuje snaha vložit do textu smlouvy co nejširší definici investice, a v konečném důsledku tak fakticky rozšířit smluvní ochranu na veškerý majetek investorů jedné strany na území strany druhé.

V současné době již není pochyb o tom, že široká definice investice v dvoustranných smlouvách je zavedeným standardem, jehož důkazem je koneckonců i česká smluvní praxe. Česká republika tak ve smlouvách uzavíraných se státy s transformující se ekonomikou a mimoevropskými rozvojovými státy rovněž prosazuje standardní evropský model dohody o vzájemné podpoře a ochraně investic s širokým vymezením investice.

Závěr

Právní ochrana mezinárodních investic prošla za posledních několik desetiletí znatelným vývojem. Skutečnost, že se dříve vztahovala jen na přímé zahraniční investice v podobě hmotného majetku, již dávno neplatí a tendence k rozšiřování rozsahu definice investice stále pokračuje. Existence tohoto liberálního trendu je patrná jak z definic obsažených zejména v dvoustranných dohodách o vzájemné podpoře a ochraně investic, tak i ze samotné rozhodovací praxe Střediska ICSID a dalších orgánů rozhodujících investiční spory. Přestože tento trend nezohledňuje objektivní ekonomické znaky investice, a není tak z teoretického hlediska příliš šťastný, vychází z autonomie vůle stran uzavírajících investiční dohodu a je třeba jej respektovat. V současnosti je tedy skutečností, že mezinárodní ochrana investic se nevztahuje jen na prostředky splňující objektivní ekonomické znaky investice, ale na všechny prostředky, které se smluvní strany rozhodnou pod pojem investice podřadit. Je tedy zejména na hostitelském státu, aby neustále sledoval aktuální vývojové trendy „investiční judikatury" a velmi pečlivě zvažoval jakýkoliv plánovaný zásah (ať už faktický, či legislativní) do majetkových práv mezinárodního investora. Cena za porušení režimu zacházení se zahraniční investicí je totiž zpravidla velmi vysoká.

[64] O opaku však může svědčit fakt, že v posledních letech jsou největším jak vývozcem, tak i dovozcem kapitálu Spojené státy americké, a tedy i USA se v současnosti snaží přivádět zahraniční investory na své území (pozn. autora).

SUMMARY

International Investment as the Object of Protection Provided by International Investment Law

The purpose of this article is to provide a comprehensive definition of the essential term „investment" which obviously lies in the heart of international protection of foreign investments. Good understanding of this term is absolutely necessary to distinguish between protected investments and other capital transactions (operations) which are not to enjoy this kind of protection.

NOVINKY NAKLADATELSTVÍ ASPI

Teorie a praxe tvorby práva

Aleš Gerloch, Jan Kysela, Jan Tryzna, Jan Wintr, Karel Beran, Pavel Maršálek, Zdeněk Kühn

Publikace přináší komplexní výklad základních mechanismů a východisek tvorby práva z hlediska teoretického i praktického, právně historického i právně komparativního, zabývá se také (v jiných