

**PROJEVY AUTONOMIE VŮLE INVESTORA
V INVESTIČNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ JAKO
URČUJÍCÍ FAKTOR POVAHY INVESTIČNÍHO
NÁROKU/ DEMONSTRATION OF THE INVESTOR'S
AUTONOMY IN INVESTMENT ARBITRATION AS A
DETERMINING FACTOR OF THE NATURE OF THE
INVESTMENT CLAIM**

FILIP ČERNÝ

AK Bělohávek, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, Česká
republika (katedra obchodního práva-externí doktorand)

Abstract in original language

Autor se zabývá projevy autonomie vůle investora z pohledu jejich určujícího významu pro povahu investičního nároku, přičemž konfrontuje východiska klasické teorie odvozených práv vycházející ze zásad principů diplomatické ochrany s konceptem teorie přímo svěřených práv a na základě rozboru otázek funkční kontroly nároku, způsobů řešení investičních sporů, doložek o volbě fóra a použitelného procesního práva z pohledu obou teorií předkládá důkazy o soukromoprávní povaze investičního nároku.

Key words in original language

Investor; ochrana investic; dohody o podpoře a ochraně investic; diplomatická ochrana; teorie přímých práv; teorie odvozených práv; pravidlo Mavrommatis; autonomie vůle investora; funkční kontrola nároku; povaha investičního nároku; použitelné procesní právo.

Abstract

The author deals with the demonstrations of the investor autonomy of will from the perspective of its determining importance for the nature of the investment claim, whereas he confronts the basis of the classical theory of the derived rights stemming from the principles of the diplomatic protection with the concept of the directly vested rights. Based on the analysis of the issues of the functional control over the claim, dispute resolution mechanisms, choice of forum clauses and applicable procedural law from the perspective of both of the aforementioned theories provide an evidence on the private nature of the investment claim.

Key words

Investor; Investment Protection; BIT; Diplomatic Protection; Directly Vested Rights Theory; Derived Rights Theory; Mavrommatis Formula; Investor's Autonomy; Functional Control over the investment Claim; Nature of the Investment Claim; Applicable Procedural Law.

Nastínění problému

Otázka autonomie vůle stran je v rámci investičního rozhodčího řízení silně omezena samotnými normativními základy vytvářejícími rámec ochrany investic, čímž se tato specifická oblast rozhodčího řízení značně odlišuje od „klasického“ vnitrostátního rozhodčího řízení. Ochrana investic je totiž tvořena specifickým, víceúrovňovým právním rámcem zahrnujícím jak prameny mezinárodního práva veřejného (především pak dvoustranné mezinárodní dohody o ochraně a podpoře investic)¹, které obsahují jak hmotně-právní ustanovení týkající se standardů ochrany investic, tak procesní pravidla pro řešení sporů z investic, dále pak vnitrostátní právo² stejně jako rozhodčí pravidla a rozhodčí řády jednotlivých rozhodčí institucí.

Komplikovanost tohoto systému vyplývá především ze skutečnosti, že právní vztahy vznikající a existující v tomto právním rámci jsou založeny na diagonálních vztazích³ zúčastněných subjektů, přičemž podstata dané diagonality spočívá především v samotném konceptu právního rámce ochrany investic, neboť tento je primárně vytvářen Dohodami uzavíranými mezi suverénními entitami, přičemž práva z toho vztahu plynou jak smluvním stranám (státům) tak i jejich státním příslušníkům (subjektům soukromoprávní povahy), jež se ochrany poskytované těmito právními nástroji dožadují. Autor tohoto příspěvku se pak rozhodl zkoumat otázku autonomie vůle investora z pohledu právního rámce investic, přičemž pojímá otázku autonomie investora z širšího hlediska než je tomu z hlediska klasické koncepce rozhodčího řízení, neboť reflektuje především nerovnost zúčastněných stran a zaměřuje se na otázky nezávislosti a svobody investora jak na vůli svého domácího státu, tak na vůli státu hostitelského, přičemž projevy této autonomie zkoumá s ohledem na povahu investičního nároku samotného, neboť tato otázka je klíčová z pohledu možnosti investora daným nárokem volně disponovat. Volná dispozice nárokem je však závislá na povaze nároku samotného, přičemž tato otázka není doposud v rozhodovací praxi investičních rozhodčích tribunálů zcela vyjasněna. Povaha nároku je totiž silně ovlivněna výše zmiňovaným diagonálním aspektem vztahů plynoucích z povahy ochrany investic, neboť nárok může být považován za nárok veřejnoprávní, tj. vznikající primárně z porušení, resp. nedodržení standardů zakotvených v Dohodě, která je smluvním

¹ Dále v tomto příspěvku jen označovány jako „Dohoda“ či „Dohody“.

² A to jak právo hostitelského státu, tj. právo státu, kde investor svou investici umístil, tak právo domovského státu investora, které je rozhodující především s ohledem na zkoumání otázek definičních znaků investora tj. otázek, zda subjekt dovolávající se ochrany dle příslušné Dohody je schopen se pro účely takové Dohody kvalifikovat jako investor. Jde tedy především o hodnocení nacionality investora v intencích příslušné Dohody.

³ Obecně k otázkám diagonality a diagonálních vztahů srovnej RŮŽIČKA, K.: *Diagonální smlouvy v procesu socialistické ekonomické integrace*, Praha: Karlova Univerzita, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica Monographia, 1988

instrumentem podléhajícím mezinárodnímu právu veřejnému, kdy nárok z porušení předmětné Dohody, i když de facto vzniká ze zásahu do práv soukromého subjektu (investora) je založen na porušení vnitrostátního práva hostitelského státu, ovšem jako takový má primárně povahu porušení mezinárodního práva veřejného a jedná se tedy o nárok, který vzniká primárně domovskému státu investora, který takový zásah strpěl, a tento investor tedy v případě uplatnění svých práv primárně uplatňuje nárok svého domovského státu, nebo je právní povaha tohoto nároku primárně soukromoprávní, neboť souvisí se zásahem do práv soukromoprávního subjektu, i když jsou tyto práva garantována mezinárodně- právním instrumentem? Pokud by byla správně první hypotéza, tedy že investor uplatňuje nárok domovského státu z porušení mezinárodní smlouvy, jež však bylo způsobeno zásahem do jeho práv, bylo by logické, že by v rámci daného řízení nebyl investor oprávněn s nárokem samostatně disponovat a vystupoval by v rámci řízení jako zmocněnec státu samotného při uplatňování nároku z porušení.

Pokud má však investiční nárok povahu soukromoprávní, tedy že primárním účelem uplatnění předmětného nároku je náhrada škody soukromoprávnímu subjektu, resp. odškodnění investora za odnětí, poškození či jiné znehodnocení jeho soukromých práv, bez ohledu na nárok domovského státu investora z porušení mezinárodního smluvního instrumentu, lze pak předpokládat, že nárok investora z porušení jeho práv je v plné dispozici investora, který s ním může nakládat.

Autor se tedy dále zabývá projevy autonomie vůle investora jakožto prvky určujícími soukromoprávní povahu nároku a v tomto příspěvku předkládá analýzu těchto prvků s cílem potvrdit soukromoprávní povahu nároku a to skrze vyvrácení klasické teorie odvozených práv jakožto východiska modelu veřejnoprávní povahy nároku. Jako výchozí rámec pro tuto analýzu bylo zvoleno (ad hoc) rozhodčí řízení dle pravidel UNCIRAL, v rámci kterého lze nejlépe vysledovat námi zkoumané otázky projevů autonomie vůle investora.

K povaze Dohod

Dohody jsou svojí povahou smlouvami mezi dvěma suverénními státy, a jsou tedy pramenem mezinárodního práva veřejného.⁴ Z tohoto pohledu, pozitivně právně vzato, je obsahem Dohod pouze to, na čem se Vysoké smluvní strany (rozuměj „smluvní státy“) vzájemně dohodly. Tento konsensus je zakotven v textu samotné Dohody, přičemž někteří vědci

⁴ srovnej čl. 38 odst. 1 Státu mezinárodního soudního dvora, dostupný na:
<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>

zabývající se touto otázkou dokonce odmítají teleologický výklad mezinárodních smluv obecně, neboť takovýmto výkladem je vykládána vůle Vysokých smluvních stran, suverénních států, za hranice vzájemně uznaného konsensu, což je v důsledku vzato, zásahem do jejich suverénní vůle.⁵

S tímto názorem jde jistě nesouhlasit, zvláště v případě, kdy se tyto suverénní státy zaváží v rámci předmětné Dohody předložit svůj spor, respektive spor se soukromoprávním subjektem majícím státní příslušnost jedné smluvní strany, nezávislé rozhodčí entitě k posouzení. I pokud budou dodrženy stávající konvence interpretace mezinárodních smluv, jak jsou zakotveny ve Vídeňské úmluvě o smluvním právu, v jistý okamžik však právě začleněním tohoto třetího subjektu, příslušníka jedné z Vysokých smluvních stran, subjekt,⁶ jenž bude příslušnou Dohodu vykládat, narazí na obtíže plynoucí z účasti osoby, nemající suverénní charakter. Právě toto je rovina, kde se mezinárodní a soukromé právo protíná a vzájemně prolíná. Zde již nelze vycházet z klasických koncepcí založených na povaze soukromoprávních subjektů jakožto objektů mezinárodních vztahů, neboť v tomto případě se investor stává přímým účastníkem těchto vztahů a de facto část svých soukromoprávních práv a povinností vnáší spolu se svojí osobou do tohoto vztahu, aniž by nabýval jakýchkoliv suverénních práv svého domovského státu⁷. Pozice, práva a povinnosti poškozeného investora jsou pak v případě rozhodčího řízení týkajícího se ochrany investice takového subjektu samotným těžištěm diagonálního vztahu mezi hostitelským státem a investorem a povaha investičního nároku pak tvoří jádro tohoto těžiště. Jak je z výše uvedeného jistě patrné, odpovědi na otázky, se kterými se musí potýkat osoba, jež danou otázku interpretuje v případě posuzování sporu, v rámci kterého takováto otázka vyvstane, velice pravděpodobně nenalezne odpovědi v klasické teorii mezinárodního práva. Při analýze předložených teoretických problémů se autor rozhodl

⁵ Z tohoto důvodu je tedy upřednostňován gramatický výklad, neboť pouze na jeho základě je možné dospět k objektivnímu obsahu práv a závazkům, plynoucích z konsensu Vysokých smluvních stran - srovnej pak především argumentaci soudce Simona v rozhodnutí o zrušení rozhodnutí o příslušnosti rozhodčího tribunálu ze dne 15. května 2007 ve věci *European Media Ventures SA v. Czech Republic* z 5. prosince 2007, především bod 16. rozhodnutí. Rozhodnutí dostupné na <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-313-2007.pdf>

⁶ Ať již se jedná o soudce Mezinárodního soudního dvora, rozhodce mezinárodního investičního tribunálu či tribunálu ad hoc nebo soudce hostitelského státu.

⁷ Tato otázka je však komplikovaná, i když se na první pohled jeví naprosto jasně. Detaily však budou přiblíženy v následujících statích, na tomto místě se autor rozhodl zobecnit tuto otázku pouze v rozsahu nezbytně nutném pro obecné uchopení a uvedení problému.

prozkoumat moderní doktrínu, byť dosud patřičně neustálenou a neověřenou rozhodčí praxí (alespoň v oblasti námi zkoumané problematiky rozhodčích pravidel UNCITRAL), týkající se povahy investičního nároku a možných východisek pro postupitelnost investičního nároku, jež zasahuje za klasické hranice mezinárodního práva veřejného a přináší nový náhled na tuto problematiku, jenž byl nutný právě zahrnutím nového subjektu mezi stávající subjekty mezinárodního práva veřejného, kterým je soukromoprávní osoba investora, i když pouze pro partikulární oblast investičních sporů, resp. investičního práva jako takového.

Teoretické východiska

Koncept „pevně daných pravidel“ mezi suverény neumožňuje aplikaci soukromoprávních zásad, jež by mohly svým způsobem otázku postupitelnosti či vůbec povahy investičního nároku vyřešit. Současně však absentují uspokojivé teoretické východiska či principy, na kterých by bylo možné povahu nároku uspokojivě odvodit, neboť mezinárodní právo veřejné je v tomto ohledu značně fragmentární. Jelikož tedy v rámci vztahů vyplývajících z mezinárodní úmluvy není možné použít soukromoprávní maximy „je dovoleno vše, co není zakázáno“, postupitelnost nároku na zahájení investičního arbitrážního řízení, potažmo dispozice s investičním nárokem je v případě absence výslovné úpravy zakotvené v Dohodě sporná sama o sobě, což je navíc komplikováno smíšenou povahou těchto nároků, neboť Dohody totiž výslovně svěřují určité práva samotným investorům. Z tohoto pohledu se tedy jeví jako stěžejní zodpovězení obecné prvotní otázky, zda nárok na zahájení rozhodčího řízení je spíše povahy soukromoprávní či veřejnoprávní, respektive a zda se ve vztahu k investorovi jedná o nárok přímý (teorie přímých práv), tedy jsoucí plně v dispozici investora, či zda je nárok investora odvozován od nároku Vysoké smluvní strany, k níž přináleží, a jejíž práva z Dohody byla jednáním druhé Vysoké smluvní strany porušena (teorie odvozených práv).⁸

Pakliže bychom se přiklonili k první variantě, znamenalo by to, že nárok je v dispozici investora, jenž je oprávněn s ním nakládat. Pokud bychom se však přiklonili k druhé možnosti, tj. že nárok má veřejnoprávní povahu, a je tedy v dispozici suveréna tj. Vysoké smluvní strany příslušné Dohody, byl by logicky v dispozici tohoto subjektu mezinárodního práva a investor by v rámci investičního řízení vystupoval pouze jako jeho zmocněnec, tj. osoba, jež je dle Dohody oprávněna nárok pouze vymáhat, ovšem žádné další dispozice by mu takto svěřeny nebyly, neboť toto právo by bylo

⁸ S tímto rozdělením přichází Zachary Douglas na základě studia analýzy problematiky smíšené povahy investičních sporů, DOUGLAS, Z.: Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex, *Arbitration International*, roč. 22, 2006. s. 27-51 na s. 36 pozn. č. 47.

odvozováno od prvotního nároku státu z porušení Dohody, jenž jeho specifickou část (právo vymáhat tento nárok plynoucí z porušení mezinárodního závazku danou formou) na základě Dohody uzavřené s druhým suverénem svěřil do rukou soukromoprávního subjektu (osoby soukromého práva-investora).

Pro obě výše uvedené teorie existují v mezinárodním právu opodstatnění a je třeba předem poznamenat, že nelze s určitostí říci, že správná je ve své celistvosti pouze jedna z nich. Jak již to obecně v mezinárodním právu v případě absence ustálené doktríny a praxe, jež by tuto doktrínu potvrzovala, bývá, nelze s určitostí konstatovat, že jen a pouze jedna z těchto teorií je platná. Každá z předkládaných teorií se skládá z více prvků, jež se ne vždy vzájemně v obou teoriích vylučují, a je tedy možné s nimi pracovat v jejich vzájemných kombinacích. Jak však rozhodčí praxe z nedávné doby naznačuje, situace není již zcela nejednoznačná.⁹

Dvě teorie

Úvodem k této části výkladu je třeba čtenáře obecně seznámit s předmětnými doktrínami, neboť každá z nich vychází z jiných premis a v důsledku je každá z těchto teorií opakem té druhé.

První teorií, kterou se v této stati budeme zabývat, je teorie odvozených práv, která je historicky starší a vychází z klasické koncepce mezinárodního práva, pro niž je jedinec pouze objektem, kterému nepřísluší žádná přímá práva plynoucí přímo z mezinárodního práva veřejného. Z hlediska této doktríny je to smluvní stát, jemuž přísluší nárok z porušení mezinárodního práva veřejného (předmětné Dohody) a investor je pouze subjektem, jež tento nárok „za a jménem státu“ takto uplatňuje. I když tedy byla porušena dle Dohody práva investora, dle této doktríny došlo vlastně k porušení mezinárodního práva veřejného (internacionalizaci soukromoprávního nároku), neboť takovéto porušení práv soukromého subjektu kvalifikujícího se jako investora dle předmětné Dohody současně porušuje závazek hostitelského státu vůči státu domácímu ohledně zacházení s investorem a jeho investicí. Investor zde pak pouze vystupuje jako prostředník, který

⁹ V případě *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/15), Award of 1. June 2009, kde rozhodčí tribunál jednoznačně odmítl doktrínu continuous nationality, jež je primárně spojena s teorií odvozených práv, respektive s s principy diplomatické ochrany (viz bod 499 nálezu), (zkoumáním problematiky continuous nationality se však s ohledem na zaměření tohoto příspěvku autor zde blíže nezabývá). Nález dostupný v el. podobě na: http://ita.law.uvic.ca/documents/WaguihElieGeorgeSiag-AwardandDissentingOpinion_001.pdf.

uplatňujíc svůj nárok vlastně uplatňuje nárok státu z porušení mezinárodní smlouvy, resp. mezinárodního práva. Jelikož zde však investor vystupuje jen a pouze jako prostředník, není oprávněn s nárokem disponovat jakýmkoliv jiným způsobem, než mu umožňuje Dohoda, a ta mu povětšinou umožňuje uplatnit nárok pouze v mezích a způsobem daných v souhlasu státu podrobit se rozhodčímu řízení.¹⁰

Druhá teorie je o poznání mladší a reflektuje realitu mezinárodního práva v tom smyslu, že pokládá investora za přímý subjekt partikulárního mezinárodního práva (ve smyslu předmětných Dohod), kterému jsou svěřeny práva přímo v rámci matice práv a povinností plynoucích z porušení předmětné Dohody (tzv. Teorie přímo svěřených práv či teorie přímá).¹¹ V tomto modelu Vysoké smluvní strany sice uzavírají dohodu ohledně ochrany a podpory investic (a investorů) ovšem porušení takové Dohody nezakládá přímé porušení mezinárodního práva veřejného v tom smyslu, že by druhá smluvní strana, jež by se porušením Dohody cítila být dotčená, mohla podniknout kroky vedoucí k nápravě rovnovážného stavu v rámci mezinárodního práva ve smyslu maximy „pacta sunt servanda“, ale strany se zde výslovně dohodly, že nárok vymáhat toto porušení se sublimuje v nárok soukromoprávního subjektu splňujícímu definiční filtr Dohody (definice investora) a že je pouze na tomto subjektu, aby své nároky uplatnil.¹²

Rozdíl mezi těmito dvěma koncepcemi bude nastíněn na následujících stránkách, přičemž z důvodu co nejvyšší názornosti se autor rozhodl, že nejdříve seznámí podrobně čtenáře s teorií odvozených práv, jež je historicky a myšlenkově starší a která vychází z práva diplomatické ochrany (je s ní spjata nejen historicky, ale i s ohledem na užití některých instrumentů, které jsou vlastní právě právu diplomatické ochrany)¹³ a tuto

¹⁰ DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74. s.163.

¹¹ tamtéž.

¹² Jedná se zde o zřejmý odklon od klasické koncepce Vatelianského pojetí mezinárodního práva, kde byla újma způsobená státnímu příslušníku toho kterého státu považována za škodu způsobenou státu samotnému.

¹³ názorně lze tuto skutečnost demonstrovat například srovnáním doložky nejvyšších výhod, jež je jakožto instrument možné najít i v Dohodách o ochraně investic v dnešní době, na základě které je hostitelský stát povinen poskytnout investorovi z druhého státu zacházení neméně příznivé, než ke kterému se zavázal v jakékoliv Dohodě se třetím státem a například ustanovení čl. II Smlouvy č.137/1931 Sb. z.a n., O přátelství mezi republikou Československou a císařstvím Perským:

Vysoké smluvní strany se shodují na zřízení diplomatických styků mezi oběma státy podle obecných zásad mezinárodního práva.

Jsou zajedno, že diplomatičtí zástupci každé z nich budou požívati na území

konfrontuje s odlišnostmi režimu ochrany investic, jak vyplývá ze současné rozhodčí praxe.

I. Teorie odvozených práv

První z teorií, jež lze nazvat teorií odvozených práv, je starším modelem, jenž je historicky spjat se vznikem práva ochrany investic jako takových, neboť má své institucionální základy v právu diplomatické ochrany, ze kterého se de facto ochrana investic vyčlenila jako specifická kategorie, respektive, jež sloužila jako ideová předloha pro model ochrany investic.¹⁴ Tento model je založen na předpokladu, že investiční nárok je nárokem, jenž primárně svědčí domovskému státu investora, který je smluvní stranou předmětné Dohody, jež byla porušena ze strany hostitelského státu, tudíž nárok, vznikající z tohoto porušení je nárokem vznikajícím z porušení mezinárodní smlouvy a má dle této teorie povahu veřejnoprávní. Investor, jenž byl jednáním hostitelského státu přímo poškozen pak při uplatňování nároku domovského státu „vstupuje do pozice domovského státu.“ Jeho nárok v tomto teoretickém modelu pak nelze považovat za nárok, kterým by mohl volně disponovat, neboť de facto uplatňuje své práva v rámci modelu vztahů zavazujících a zmocňujících domovský stát, přičemž absolutní dispozice s tímto nárokem spočívá v rukou poškozené Vysoké smluvní strany.¹⁵ Z výše uvedeného vyplývá, že dle tohoto modelu není investor oprávněn se „svým“ nárokem nakládat jinak, než jak mu umožňuje Dohoda, tedy uplatnit jej v rámci investičního rozhodčího řízení na základě „nabídky rozhodčího řízení“¹⁶ zakotvené v Dohodě pro ten který případ porušení dohody ze strany hostitelského státu.

druhé, pod podmínkou vzájemnosti, zacházení posvěceného zásadami obecného práva mezinárodního a které v žádném případě a stejně pod podmínkou vzájemnosti nebude moci býti méně příznivé než zacházení poskytované diplomatickým zástupcům státu požívajícího nejvyšších výhod.

¹⁴ SORNARAJAH, M.: *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 522.s. 139.

¹⁵ viz SORNARAJAH, M.: State Responsibility and Bilateral Investment Treaties, *Journal of World Trade Law*, roč. 20, 1986. s. 93, jak citováno v DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74.s. 164.

¹⁶ V originále „offer to arbitrate“. Jedná se tedy o rozhodčí metadoložku, či rozhodčí doložku *sui generis*, která sice obsahuje všechny náležitosti rozhodčí doložky jako takové, ovšem ve vztahu k neurčitému počtu osob, jež se budou schopny kvalifikovat jako investor dle předmětné Dohody. Za rozhodčí doložku je ji pak třeba dle názoru autora této práce považovat až okamžikem, kdy je podán návrh na zahájení rozhodčího řízení ze strany investora, neboť teprve

Jádrem teorie odvozených práv je premisa, že investiční Dohody institucionalizují a posilují systém diplomatické ochrany.¹⁷ Na základě tohoto modelu tedy závazky minimálního standardu zacházení, jež mají státy povinnost dodržovat vůči zahraničním investorům, jsou svěřeny Vysokým smluvním stranám, ovšem nároky z porušení těchto závazků ze strany jednoho smluvního státu jsou druhým smluvním státem svěřeny či postoupeny na investora, jenž je takto oprávněn daný nárok vymáhat vůči hostitelskému státu u mezinárodní rozhodčí instituce. Je to tedy investor, kdo z procesně- právního hlediska vstupuje do pozice domovského státu při uplatňování nároku z porušení mezinárodně-právního závazku, přitom se však investor sám o sobě tímto procesním uplatněním nestává účastníkem smluvního vztahu, jež existuje mezi smluvními státy.¹⁸ Investor tedy uplatněním nároku svého domovského státu nenabývá jakéhokoli postavení v rámci Dohody mezi smluvními státy, pouze uplatňuje v omezeném rozsahu nároky státu v mezích vymezených domovským státem.¹⁹ Z tohoto pohledu je jistě zřejmé, že tato teoretická koncepce je velmi oblíbená mezi hostitelskými státy, neboť dispozice ze strany investora je úzce propojena s právy plynoucími z Dohody domovskému státu, kdy investor zde vlastně nemá s hostitelským státem žádný přímý vztah, protože jeho vztah má subsidiární povahu, jenž se odvozuje od vztahu mezi Vysokými smluvními stranami Dohody. Nárok investora je tedy nepřímou odvozován od nároku domácího státu investora z porušení mezinárodního závazku ze strany hostitelského státu.²⁰ Z tohoto pohledu pak tedy není dán ani přímý vztah mezi investorem a hostitelským státem, neboť nárok investora není odvozován od zásahu hostitelského státu do jeho Dohodou garantovaných práv a standardů ochrany, ale tento nárok je odvozován od porušení mezinárodního závazku z Dohody, jedná se tedy o mezinárodně-právní odpovědnost státu vůči druhé Vysoké smluvní straně. Tou však, jak již bylo řečeno, není investor, ale jeho domovský stát. Z tohoto pohledu se pak diagonalita vztahů investičních sporů poněkud vytrácí, neboť investor zde nehraje pivotní soukromoprávní roli, nýbrž uplatňuje v omezeném

v tomto okamžiku dochází k její faktické materializaci ve vztahu ke skutečným subjektům- z nabídky rozhodčího řízení se stává rozhodčí doložka.

¹⁷ DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74.s. 163.

¹⁸ Tamtéž.

¹⁹ Loewen Group Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF) 98/03), Award of June 26, 2003, čl. 233, v el. formě dostupné na: <http://www.state.gov/s/l/c3755.htm> .

²⁰ DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74. s. 164.

rozsahu (v takovém, jaký mu Dohoda umožní v rámci mezinárodního rozhodčího řízení uplatňovat- tj. žalovat hostitelský stát z porušení mezinárodních standardů ochrany ovšem s tím, že žalovat lze v mnoha případech pouze náhradu škody v soukromoprávním smyslu).²¹

Autor se dále rozhodl analyzovat a srovnat vybrané premisy a prvky teorie odvozených práv s jednotlivými elementy režimů zakotvených, respektive nastolených na základě investičních Dohod a potvrzených rozhodčí, potažmo soudní praxí s cílem vyvrátit klasickou koncepci pojmání investičního nároku jako nároku příslušejícího hostitelskému státu. Prvně se však zaměříme na rozhodovací praxi týkající se případů diplomatické ochrany jakožto východiska teorie odvozených práv. Při zohlednění této judikatury nás musí zaujmout případ *Mavrommatis*, jež tvoří páteř teorie odvozených práv.

Pravidlo *Mavrommatis*

Princip diplomatické ochrany je založen na předpokladu, že jednotlivec není schopen uplatnit právo plynoucí z porušení obyčejového či mezinárodně-smluvního práva vůči státu, jenž se svým jednáním porušení práv jednotlivce dopustil. Důvod je zřejmý: jednotlivec není na úrovni mezinárodního práva veřejného (bráno z tradičního vatteliánského hlediska) subjektem, jež by takovéto práva vůči státu z mezinárodního práva mohl nabýt. Takovýmto právem disponuje pouze domovský stát poškozeného jednotlivce, neboť jednání, kterým hostitelský stát²² poškodil jednotlivce, se tento stát dopustil mezinárodního protiprávního jednání, ze kterého ovšem vzniká v mezinárodním právu nárok pouze domovskému státu poškozené osoby. Soukromá osoba se tak zde nedostává z hlediska mezinárodního práva do jakéhokoliv vztahu k hostitelskému státu- z hlediska odpovědnostního se jedná čistě o objekt.

V této souvislosti ovšem není možné opomenout skutečnost, že ve sféře vnitrostátního práva hostitelského státu je investor samozřejmě oprávněn uplatnit svůj nárok v souladu s vnitrostátními předpisy hostitelského státu, kde je na předmětný nárok nahlíženo jako na nárok soukromoprávní plynoucí z porušení z vnitrostátního práva ze strany orgánů hostitelského

²¹k náhradě škody blíže např. RIPINSKY, S., WILLIAMS, K.: *Damages in International Law*, London: British Institute of International and Comparative Law, 2008, s. 19-53 nebo KANTOR, M.: *Valuation for Arbitration, Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, den Haag: Kluwer Law International, 2008..

²² v tomto smyslu je hostitelským státem označován jakýkoliv stát, jenž je odlišný od státu, jehož je soukromá osoba státním příslušníkem a v intencích ochrany investic stát, na jehož území je investice zahraničního investora umístěna.

státu. V tomto případě je však možné, že vnitrostátní právo nereflektuje povahu jednání svých orgánů jako jednání protiprávní, neboť prostě neexistuje legislativa, jež by dané jednání kvalifikovala jako protiprávní, respektive investorovi poskytovala účinné právní prostředky k obraně proti takovému jednání ve sféře vnitrostátního práva hostitelského státu.²³ Z tohoto důvodu investiční Dohody zakotvují minimální standardy ochrany, které plynou ze zásad právního státu resp. z minimálních standardů zacházení s cizinci dle obyčejového mezinárodního práva a mají univerzální povahu, ovšem v některých méně rozvinutých zemích, ve kterých úroveň demokratického zřízení nedosáhla takového stupně vývoje, v rámci kterého by tyto zásady byly buď výslovně zakotveny v právním řádu, anebo byly důsledně dodržovány, neposkytují investorům z druhých zemí dostatečnou záruku, že jejich práva ve vztahu k investicím budou dodržována. Z tohoto důvodu byly Dohody uzavírány primárně k zajištění práv investorů v zemích, jejichž právní prostředí bylo z pohledu domovského státu méně rozvinuté či zřetelně odlišné. Tím, že zabezpečení práv investorů bylo provedeno na základě mezinárodní smlouvy, však dochází k situaci, kdy povinnosti hostitelského státu jsou zakotveny ve sféře mezinárodního práva²⁴ a i když byly sjednány ve prospěch soukromoprávních subjektů, zavazují přímo pouze subjekty mezinárodního práva, jimiž jsou v tomto případě smluvní státy, kterým stanoví práva a povinnosti, přičemž nárok z jejich porušení přináleží opět státům, jakožto subjektům mezinárodního práva. Takovýto nárok pak tedy může, i když se týká objektu daného vztahu,²⁵ uplatnit pouze účastník daného právního vztahu, tedy stát.

Do nastíněného rámce fungování Dohod je možné promítnout základní premisu diplomatického práva, jež byla poprvé judikována Stálým dvorem mezinárodní spravedlnosti ve svém rozhodnutí ve věci *Mavrommatis Palestine Concessions Case*²⁶:

²³ Příkladem lze uvést například požadavek, aby vyvlastnění bylo možné provést jen ve veřejném zájmu, na základě zákona a za náhradu, jak stanoví v českém právním řádu čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod.

²⁴ odhlédněme nyní na okamžik od otázek propojení, respektive vztahů mezinárodního práva a práva vnitrostátního, především optikou doktrín dualismu a monismu, jež ve své povaze upravují otázky promítání mezinárodních závazků do vnitrostátního práva a jejich privatizaci s ohledem na nároky investora.

²⁵ tedy investice investora pocházejícího z druhého smluvního státu předmětné Dohody.

²⁶ rozhodnutí Stálého soudu mezinárodní spravedlnosti ve věci *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgement of August 30th, 1924, Series A, no. 02, dostupné v el. verzi na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf

„Jest základním principem mezinárodního práva, že stát je oprávněn chránit své příslušníky, v případě, kdy jsou poškozeni jednáním, které je v rozporu s mezinárodním právem spáchaným jiným státem, od kterého nebyly tyto osoby schopné získat zadostiučinění běžnými prostředky. Převzetím věci týkající se jeho státního příslušníka a uchýlením se k diplomatickému jednání nebo mezinárodnímu soudnímu řízení za daného příslušníka, stát vlastně uplatňuje svá vlastní práva-své právo zajistit, zastupující své příslušníky, respekt k dodržování pravidel mezinárodního práva.“²⁷

Toto tzv. pravidlo Mavrommatis bylo následně použito v několika dalších případech jak před Stálým dvorem mezinárodní spravedlnosti,²⁸ tak před Mezinárodním soudním dvorem.²⁹ Z tohoto pohledu je tedy platnost tohoto

²⁷ v originále: „*It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by reporting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.*“ viz str. 12 citovaného rozsudku.

²⁸ především případy: „*Serbian Loans*“ (Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France), Judgement of July 12 1929, Series A, no. 20/21, dostupné na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/62_Emprunts_Serbes_Arret.pdf

Rozsudek ve věci „*Panevezys-Saldutiskis Railway*“ Case, Judgement of February 28, 1939, Series A/B, no. 76, dostupné na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_76/01_Panevezys-Saldutiskis_Arret.pdf

Rozsudek ve věci „*Chorzow Factory*“ (Claim for Indemnity), (Merits), Judgement of September 13, 1928, Series A, no. 17, dostupné na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf

²⁹ Rozsudek ve věci „*Nottebohm*“ (Liechtenstein v. Guatemala) (Second Phase), rozsudek z 6. dubna 1955, dostupný na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>

Rozsudek ve věci „*Barcelona Traction*“ (Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited) (Belgium v. Spain, Second Phase), Judgement of February 5, 1970, dostupný na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>

pravidla neoddiskutovatelná. Otázkou ovšem je, zda pravidlo, jež je východiskem práva diplomatické ochrany a jež bylo poprvé artikulováno v roce 1924, ob stojí i v současné době, která masivním rozvojem oblasti lidských práv posunula člověka, respektive nestátní entity v mezinárodním právu z pozice objektu do role subjektu.

Z hermeneutického hlediska je samozřejmě vliv pramenů práva diplomatické ochrany na vývoj práva ochrany a podpory investic neoddiskutovatelný, stejně tak jako na přístup k ochraně investic odvíjející se od těchto dogmatických základů. Kritika doktríny odvozených práv ve vztahu k ochraně investic je ovšem na místě pouze z jednoho úhlu pohledu, který reflektuje diplomatickou ochranu z hlediska způsobu ochrany zájmů a práv jednotlivců z dob, kdy nemohli svá práva uplatnit jinak (přímo) na základě smluvních instrumentů, jež by je k tomu opravňovaly.³⁰

Je třeba si totiž uvědomit, že i když v době relativně nedávné došlo k posunu v nahlížení na subjekty nesuverénní povahy v mezinárodním právu právě vytvořením smluvních režimů garantujících jim omezené práva na půdě práva mezinárodního, vytvořením těchto specifických režimů nedošlo zcela k nahrazení obecných tradičních obyčejových pravidel ve vztahu k účelu ochrany těchto nových režimů, neboť tyto jsou jakousi nástavbou fungující ve sféře mantinelů vytyčených obecnějšími pravidly, jež nebyly derogovány zvláštními ustanoveními těchto nových smluvních režimů.

Jako příklad může sloužit právě pravidlo *Mavrommatis*, které se na jednu stranu sice může jevit ve srovnání s pravidly obsaženými v Dohodách jako zastaralá fikce neodrážející dostatečně realitu, avšak tento úhel pohledu je nesprávný, neboť právě pravidlo „přetavující škodu způsobenou příslušníku státu na škodu způsobenou státu samotnému“ je fundamentální operací umožňující propojit právo diplomatické ochrany s tradičním modelem odpovědnosti státu za mezinárodní protiprávní jednání.³¹ Tento odlišný úhel pohledu nás vede k závěru, že při uplatňování nároku dle pravidel diplomatické ochrany tedy domovský stát nevznáší vůči hostitelskému státu

Posudek ve věci „*Reparation for Injuries*“ (Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations), Advisory Opinion of April 11, 1949, dostupný na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf>

³⁰ SORNARAJAH, M.: *The Settlement of the Foreign Investment Disputes*, den Haag: Kluwer Law International, 2000. s.131.

³¹ DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74. s. 167.

nárok svého investora, nevystupuje jako jeho zástupce, ale uplatňuje nárok svůj, plynoucí z porušení mezinárodního práva druhým smluvním státem.

II. Odlišnosti režimu ochrany dle Dohod a dle práva diplomatické ochrany (teorie přímá)

Jak již bylo dříve zdůrazněno, základní premisou při hodnocení přímé a odvozené teorie je skutečnost, že mezinárodní právo de facto umožňuje existenci obou modelů. Je možné, aby stát porušení práv svého státního příslušníka uplatňoval sám, a to i na pozadí existujících Dohod. Na druhou stranu zde neexistuje žádná překážka, jež by bránila státům ve vytvoření smluvního rámce, který by vytvářel práva přímo soukromým subjektům bez toho, aby takováto práva byla označena za a nebo spadala do kategorie lidských práv,³² neboť takováto kategorizace zjevně nemá efekt na účinek dané normy.

Existuje několik oblastí, na nichž se dá demonstrovat odlišnost režimů ochrany investic dle pravidel zakotvených v Dohodách a pravidel vlastních režimu diplomatické ochrany, jež zde suplují teorii odvozených práv. Právě tyto rozdíly představují jádro teorie přímých práv. S ohledem na projevy autonomie vůle investora jakožto určujícího prvku pro soukromoprávní povahu investičního nároku lze považovat za klíčové následující okruhy otázek:

funkční kontrola nároku

způsoby řešení sporů

doložky o volbě fóra

použitelné procesní právo

Ad 1. Funkční kontrola nároku

První z naznačených kritérií se zabývá otázkou, kdo disponuje s investičním nárokem. V případě uplatnění nároku na základě pravidel diplomatické ochrany je to od prvního okamžiku stát, kdo vykonává funkční kontrolu. Je to stát, kdo se rozhodne, zda uplatní svůj nárok z porušení práv svého příslušníka vůči státu, jenž zasáhl do těchto práv, přičemž okamžikem převzetí daného nároku státního příslušníka je stát subjektem uplatňujícím nárok:

³² Tamtéž, s.168.

„V rámci mezi stanovených mezinárodním právem, stát může vykonávat diplomatickou ochranu jakýmkoliv způsobem a v rozsahu, jež je dle jeho uvážení vhodný, neboť se jedná o právo toho státu, jež jej takto uplatňuje. Pokud se fyzické nebo právnické osoby, za které stát jedná, domnívají, že jejich práva nejsou tímto způsobem dostatečně chráněna, nemají na půdě mezinárodního práva proti jednání státu vykonávajícího diplomatickou ochranu jakýmkoliv opravný prostředek.“³³

Domovský stát je tedy tím, kdo s předmětným nárokem plně disponuje.³⁴ Řešení daného nároku tedy bude primárně podléhat diplomatickému vyjednávání, přičemž stát uplatňující nárok není ve vztahu k poškozené soukromoprávní osobě jakkoliv omezen s ohledem na uplatnění, respektive konzumaci nároku soudní cestou či formou protiopatření. Skutečností zůstává, že domovský stát má naprostou volnost, co se týče způsobu a rozsahu uplatnění daného nároku, stejně jako vzdání se nároku.³⁵ Taktéž v případě, že dojde k jakémukoliv plnění ze strany státu-porušitele mezinárodní normy, toto plnění je plněním ve vztahu ke státu vykonávajícímu diplomatickou ochranu svého poškozeného příslušníka. Vztah mezi příslušníkem a domovským státem, jemuž bylo ve vztahu k poškozenému příslušníkovi poskytnuto jakékoliv plnění ze strany státu, jenž způsobil škodu, není jakkoliv upraven a domovský stát poškozeného nemá povinnost jakkoliv poskytnuté plnění dále postoupit na subjekt soukromého práva. Jak je z výše uvedeného tedy patrné, nárok plynoucí z poškození soukromého subjektu je zde uplatňován státem jakožto suverénem na mezinárodní úrovni, přičemž poškozená osoba zde hraje pouze roli národně identifikačního objektu³⁶ z hlediska možnosti uplatnění nároku tj. že v případě poškození státního příslušníka určitého státu, je na tomto státu, zda se bude mezinárodně protiprávním jednáním druhého státu zabývat.

Na druhou stranu při uplatnění nároku na základě, respektive z porušení Dohody, je to investor, jakožto osoba naplňující znaky investora, tj. osoba

³³ odst. 78 Rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora ve věci Barcelona Traction (jak citováno v pozn. č. 36 výše).

³⁴ viz odst. 79 v Barcelona Traction obdobně SHAW, N.M.: *International law*, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008., s. 810 a násl.

³⁵ viz argumentace v odst. 77 rozhodnutí Barcelona Traction: „The Canadian Government has nonetheless retained its capacity to exercise diplomatic protection; no legal impediment has prevented it from doing so; no fact has arisen to render this protection impossible. *It has discontinued its action of its own free will.*“

³⁶ K principům nacionality a uplatnění nároku skrze mechanismy diplomatické ochrany srovnej BROWNLEE, I.: *Principles of Public International Law*, 6th ed., New York: Oxford University Press, 2003. s. 395-406.

soukromého práva, kdo uplatňuje svůj nárok z porušení mezinárodní smlouvy přímo vůči hostitelskému státu, dle ustanovení Dohody samotné - tedy povětšinou formou předložení nároku zástupcům státu a po vypršení doby stanovené ke smírnému řešení sporu možností předložit spor příslušné rozhodčí instituci, dle ustanovení příslušné Dohody. Toto vše bez nutnosti intervence svého domovského státu. Taktéž náklady uplatnění nároku jdou přímo k tíži investora, stejně jako případná finanční kompenzace, jež by mu připadla v případě úspěchu ve sporu s hostitelským státem. Jak patrně, v případě uplatnění nároku dle Dohody je to investor, kdo má plnou funkční kontrolu nad uplatněním nároku - tedy je to investor, komu je dáno právo rozhodnout, zda nárok skrze investiční rozhodčí řízení (či cestou před vnitrostátními soudy hostitelského státu) uplatní či nikoliv. Pokud by tedy nárok z investiční Dohody byl skutečně nárokem odvozeným od nároku domovského státu svědčící investorovi, byla by zde jistě nutná nějaká kooperace, respektive zpětná vazba mezi investorem a domovským státem ohledně uplatněného nároku. Tato povinnost zde však není, neboť investor je z hlediska uplatnění nároku plně autonomní.

Ad 2. Způsoby řešení sporů

Způsoby řešení sporů, alespoň tak, jak jsou formálně zakotveny v Dohodách, nám mohou značně napovědět i co do ohledu povahy daného nároku. Vysoké smluvní strany se totiž v rámci smluvního konsensu při dodržení běžné struktury Dohody většinou dohodnou na dvou způsobech řešení sporů vzniklých z Dohody. Tím prvním je způsob řešení sporů mezi smluvními stranami ohledně výkladu a aplikace předmětné Dohody, přičemž tento způsob se aplikuje pouze mezi Vysokými smluvními stranami, zatímco pro případy řešení sporu vzniklých z porušení smlouvy ze strany jednoho ze smluvních států vůči investorovi ze státu druhého Dohody zakotvují odlišný způsob řešení sporu. Ilustrativně lze uvést rozdíl v těchto doložkách, jak se nachází např. v Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic, kde článek 8³⁷ upravuje způsob řešení sporů mezi jednou

³⁷ Čl.8

(1) Všechny spory mezi jednou smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany, týkající se jeho investice, budou pokud možno, vyřešeny přátelsky.

(2) Každá smluvní strana tímto souhlasí, že podřídí spor uvedený v odstavci (1) tohoto článku rozhodčímu soudu, jestliže se spor nepodařilo vyřešit přátelsky ve lhůtě šesti měsíců od doby, kdy jedna strana ve sporu o takové řešení sporu požádala.

(3) Rozhodčí soud uvedený v odstavci (2) tohoto článku bude pro každý jednotlivý případ ustaven takto: každá strana ve sporu určí jednoho rozhodce a tyto dva rozhodci určení tímto způsobem vyberou předsedu, který bude občanem třetího státu. Každá strana ve sporu určí svého rozhodce ve lhůtě dvou měsíců a

smluvní stranou (státem) a investorem druhé smluvní strany, přičemž čl. 10³⁸ je určen pro řešení sporů mezi smluvními stranami (státy) ohledně výkladu a použití Dohody.

předseda bude jmenován ve lhůtě tří měsíců od doby, kdy investor oznámil smluvní straně své rozhodnutí předat spor rozhodčímu soudu.

(4) Nebylo-li uskutečněno jmenování ve shora uvedené době, každá strana ve sporu může požádat předsedu rozhodčího soudu obchodní komory ve Stockholmu, aby provedl potřebná jmenování. Je-li předseda občanem jedné smluvní strany nebo brání-li mu nějaká překážka ve splnění tohoto úkolu, bude požádán místopředseda, aby provedl potřebná jmenování. Je-li místopředseda občanem jedné smluvní strany nebo brání-li také jemu nějaká překážka ve splnění tohoto úkolu, bude požádán o provedení potřebného jmenování služebně nejstarší člen rozhodčího soudu, který není občanem žádné smluvní strany.

(5) Rozhodčí soud stanoví svá procesní pravidla za použití rozhodčích pravidel Komise OSN pro mezinárodní právo obchodní (UNCITRAL).

(6) Rozhodčí soud bude rozhodovat na základě zákona a přihlédne zejména, nikoliv však výlučně:

- k platnému právu smluvní strany o kterou se jedná;*
- k ustanovením této Dohody a jiných příslušných dohod uzavřených mezi smluvními stranami;*
- k ustanovením zvláštních dohod, které se týkají investic;*
- k obecným zásadám mezinárodního práva.*

(7) Rozhodčí soud rozhoduje většinou hlasů; takové rozhodnutí bude pro strany ve sporu konečné a závazné.

³⁸ Čl.10

(1) Spory mezi smluvními stranami o výklad nebo použití této Dohody budou pokud možno řešeny přátelsky.

(2) Nemůže-li být spor mezi smluvními stranami takto řešen, bude předložen na žádost jedné smluvní strany rozhodčímu soudu.

(3) Takový rozhodčí soud bude pro každý jednotlivý případ ustanoven takto: každá smluvní strana určí ve lhůtě dvou měsíců od přijetí žádosti o rozhodčí řízení jednoho rozhodce. Tito dva rozhodci pak vyberou předsedu, který bude občanem třetího státu. Předseda bude určen ve lhůtě dvou měsíců od určení dalších dvou rozhodců.

(4) Nebylo-li uskutečněno potřebné jmenování ve lhůtách uvedených v odstavci (3) tohoto článku, může každá smluvní strana požádat předsedu Mezinárodního soudního dvora, aby provedl potřebná jmenování. Je-li předseda občanem jedné ze smluvních stran nebo brání-li mu nějaká překážka ve splnění tohoto úkolu, bude požádán místopředseda, aby provedl potřebná jmenování. Je-li

Zajímavé především pak je, že pro případné porušení Dohody je výslovně zmocněn investor k uplatnění svého nároku a nikoliv domovský stát poškozeného investora. Znamená to snad tedy, že domovský stát poškozeného investora nemá zájem na nápravě porušení předmětné Dohody (a dodržení maximy „pacta sunt servanda“) a odstranění závadného stavu? Spíše lze tento stav vykládat tak, že Vysoké smluvní strany dospěly ke konsensu ohledně skutečnosti, že individuální porušení předmětné Dohody, tedy otázka zasahující do problematiky mezinárodně-právní odpovědnosti, bude řešena v rámci rozhodčího řízení mezi soukromoprávním subjektem a státem. Předmětný zásah hostitelského státu do práv soukromoprávního subjektu je totiž zásahem soukromoprávní povahy, i když je mu dán veřejnoprávní punc z hlediska jednajícího subjektu (orgán vykonávající státní moc). Jedná se de facto o vnitrostátní vztah (spor), který byl na základě Dohod, resp. naplněním enumerativních znaků zakotvených v Dohodě internacionalizován, tedy vtažen do sféry mezinárodního práva veřejného a to nejen způsobem řešení sporu, ale i způsobem ochrany (minimální standardy ochrany cizinců, etc.) přitom se ale jedná stále o vnitrostátní spor. Zde je patrná dvojakost investičního sporu: na jednu stranu se jedná o spor založený na vnitrostátním právu a specifických skutečnostech případu (vyvlastnění, etc.) přičemž současně předmětný spor představuje porušení mezinárodní smlouvy (Dohody). Paradoxně tedy

místopředseda občanem jedné ze smluvních stran nebo brání-li také jemu nějaká překážka ve splnění tohoto úkolu, bude požádán o provedení potřebného jmenování služebně nejstarší člen Mezinárodního soudního dvora, který není občanem žádné smluvní strany.

(5) Rozhodčí soud stanoví svá procesní pravidla. Rozhodnutí rozhodčího soudu je pro obě smluvní strany konečné a závazné.

(6) Rozhodčí soud může před svým rozhodnutím v každém stadiu řízení navrhnout smluvním stranám, aby spor byl vyřešen přátelsky.

*(7) Rozhodčí soud bude rozhodovat na základě této Dohody a jiných příslušných dohod, uzavřených mezi oběma smluvními stranami, obecných zásad mezinárodního práva, jakož i takových všeobecných právních zásad, které bude rozhodčí soud považovat za použitelné. Předchozí ustanovení nebudou bránit rozhodčímu soudu učinit rozhodnutí podle zásady *ex aequo et bono*, pokud s tím smluvní strany souhlasí.*

(8) Každá smluvní strana bude nést výlohy svého zastoupení v rozhodčím řízení; výlohy předsedy a ostatní výlohy ponese smluvní strany rovným dílem. Rozhodčí soud však může ve svém rozhodnutí určit, že jedna smluvní strana uhradí větší podíl na nákladech a toto rozhodnutí je pro obě smluvní strany konečné a závazné.

porušení vnitrostátního práva hostitelského státu může představovat porušení mezinárodního závazku.³⁹

Proč tedy současně s nárokem investora není vznášen i nárok domovského státu směřující proti porušování předmětné Dohody? Je totiž zřejmé, že řešení daného sporu na bázi stát-investor je jednodušší a že stát rozhodně nemá zájem řešit „soukromoprávní“ spor skrze prostředky mezinárodního práva. Dle autora této práce tak spíše obě vysoké smluvní strany dospěly k závěru, že jednotlivá porušení Dohody představují primárně zásah do práv jednotlivce ovšem s tím, že v případě, že by hostitelský stát odmítl spor řešit se soukromoprávním subjektem, je zde vždy dána možnost řešení sporu mezi suverény samotnými, ovšem pouze za předpokladu, že domovský stát investora by byl ochoten se touto otázkou zabývat (cestou diplomatické ochrany).

Důvod pro oddělení způsobů řešení sporů v případě sporů mezi státy a sporů mezi investorem a státem lze tedy spatřovat v tom, že státy tímto způsobem převádějí nároky plynoucí ze sporů mezi investorem a státem na investory především z důvodu, že sami nemají zájem na řešení sporů na úrovni mezinárodního práva v situacích, kde nárok z porušené Dohody vyplývá de facto z vnitrostátního práva hostitelského státu (porušení standardu zacházení zakotveného v Dohodě na vnitrostátní úrovni zásahem orgánu státu) a jako takový, nebýt Dohody, by měl povahu soukromoprávního nároku. Takovýto nárok soukromoprávní povahy je tedy skrze ustanovení Dohody jistým způsobem internacionalizován, čímž je dán investorovi prostředek zakotvený v Dohodě k řešení takového sporu. Nelze ovšem přehlížet z tohoto pohledu soukromoprávní povahu tohoto nároku, jež spočívá v osobě investora a jeho investice a povětšinou i zásahu státu- který je většinou v rozporu i s vnitrostátním právem (a k jehož nápravě právní státy mají vlastní instrumenty vnitrostátní povahy) z čehož vyplývá dle názoru autora tohoto příspěvku přesun dispozice nároku ze státu na investora, kterému je dána dispozice k tomu, aby rozhodl, jakým způsobem bude jeho spor s hostitelským státem řešen.

Ad 3. Doložka o volbě fóra

Dle předmětných Dohod se nabízí investorovi možnost vzdát se svých procesních práv dle Dohody garantujících mu možnost, aby jeho spor byl předložen mezinárodnímu rozhodčímu tribunálu tím, že spor předloží místně příslušnému soudu státu, jenž jej poškodil. Toto je účinek tzv. „Fork in the Road“ doložky která je vyjádřením principu „buď a nebo“, která

³⁹ srovnej čl.3 ILC Draft on International Responsibility, komentář viz CRAWFORD, J.: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002. s. 86 a násl.

umožňuje investorovi zvolit si mezi pro něj dostupnými rozhodovacími platformami k řešení jeho sporu založených na minimálních standardech ochrany poskytovaných dotčenou Dohodou, přičemž okamžikem uplatnění svého nároku u místně příslušného soudu hostitelského státu se vzdává možnosti uplatnění téhož nároku skrze mezinárodní rozhodčí řízení.⁴⁰⁴¹ Pokud se tedy investor rozhodne vydat se cestou vnitrostátního soudního řízení, jedná se pro předmětný nárok založený na porušení standardů ochrany plynoucích z předmětné Dohody za jednosměrnou cestu bez možnosti uplatnění tohoto specifického nároku skrze jiné procesní prostředky. V případě volby uplatnění daného nároku skrze vnitrostátní procesní prostředky investorem je pak tedy zřejmé, že je zde absence jakéhokoliv zájmu domácího státu investora v mezinárodním měřítku na daném nároku, neboť se jedná o soukromoprávní nárok soukromoprávního subjektu uplatněného skrze místně příslušný soud hostitelského státu.

Ad 4. Použitelné procesní právo

Vodítka pro určení rozhodného procesního práva je možné nalézt v samotných Dohodách. Tyto totiž upravují specificky dva druhy řízení pro případ sporu, kterými jsou řízení mezi Vysokými smluvními stranami, tj. smluvními státy ohledně výkladu a aplikace předmětných Dohod⁴² a řízení mezi Vysokou smluvní stranou a investorem z druhé Vysoké smluvní strany ohledně jeho investice.⁴³

Nejenže se předmětné doložky týkají jiných otázek, které mohou být předloženy rozhodčímu tribunálu, ale jejich řešení je podřízeno rozdílným procesním pravidlům.

V prvním případě se jedná o otázky výkladu a aplikace smluvního konsensu ohledně vytyčených otázek, které Dohoda představuje a jedná se tedy typicky o otázku spadající s ohledem na subjekty a předmět řízení do oblasti mezinárodního práva veřejného, mající mezinárodní veřejnoprávní povahu.

V druhém případě se však jedná o vztah mezi suverénem a soukromoprávním subjektem, přičemž obecný souhlas suveréna podřídí se

⁴⁰ REDFERN, A., HUNTER, M. et al.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London: Sweet and Maxwell, 2004. s. 486, marg. 11-18.

⁴¹ Tuto možnost je možné považovat za projev Calvovy doktríny přetrvávající do současnosti ve vztahu k procesním prostředkům řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem.

⁴² Viz srovnej např. čl. 9 Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic

⁴³ tamtéž, čl. 8.

ve vztahu k předmětnému okruhu otázek ve vztahu k danému soukromoprávnímu subjektu plyne ze vzdání se ve vztahu k tomuto určitému typu sporů své suverénní imunity a skutečnosti, že není možné suveréna podřídit vnitrostátní soudní pravomoci jiného státu. Z tohoto pohledu je tedy mezinárodní rozhodčí řízení jedinou možnou (neutrální) rozhodovací platformou přicházející pro spor mezi cizím státním příslušníkem a suverénní entitou v úvahu. Mezinárodní rozhodčí řízení však na rozdíl od řízení mezi dvěma suverény je řízením, které podléhá určitým specifickým, typickým spíše pro mezinárodní obchodní arbitráž, jež jsou dána námi sledovanými rozhodčími pravidly UNCITRAL- ta umožňují jak ad hoc řízení či řízení před stálým rozhodčím soudem: typicky tento typ řízení podléhá principu *lex loci arbitri*,⁴⁴ s ohledem na status řízení⁴⁵, jež má vliv na takové otázky kontroly řízení, jakými je shromažďování důkazů a nařizování předběžných opatření.^{46 47}

⁴⁴ srovnej čl. 16 rozhodčích pravidel UNCITRAL.:

Place of Arbitration

Article 16

1. Unless the parties have agreed upon the place where the arbitration is to be held, such place shall be determined by the arbitral tribunal, having regard to the circumstances of the arbitration.

2. The arbitral tribunal may determine the locale of the arbitration within the country agreed upon by the parties. It may hear witnesses and hold meetings for consultation among its members at any place it deems appropriate, having regard to the circumstances of the arbitration.

3. The arbitral tribunal may meet at any place it deems appropriate for the inspection of goods, other property or documents. The parties shall be given sufficient notice to enable them to be present at such inspection.

4. The award shall be made at the place of arbitration.

⁴⁵ Blíže viz BĚLOHLÁVEK, A., ČERNÝ, F.: Právo rozhodné pro řešení tzv. investičních sporů v mezinárodním rozhodčím řízení, *Právník*. 2009, roč. 148, č. 4. s. 389- 418.

⁴⁶ CARON, D., D., CAPLAN, L., M., PELLONPÄÄ, M.: *The UNCITRAL Arbitration Rules: a Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2006. s.80 a násl.

⁴⁷ Ve vztahu k ČR pak srovnej extenzivní výklad k místu řízení viz BĚLOHLÁVEK, A.: *Zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů: Komentář*, Praha: C.H. Beck, 2004. s.134-142.

(Rozhodné) právo místa řízení tedy má zpravidla významnou roli v případech, kdy rozhodčí pravidla zvolené stranami sporu nebo určené v rámci „offer to arbitrate“ ze strany hostitelského státu (která se v případě zahájení řízení dle Dohody transformuje do rozhodčí doložky) odkazují na rozhodčí řízení ad hoc⁴⁸ dle rozhodčích pravidel UNCITRAL, neboť v tomto případě daná pravidla nemusejí zcela pokrývat veškeré procesní otázky a především způsob, jakým má být řízení ze strany rozhodců vedeno. Stranám je samozřejmě dána možnost pravidla UNCITRAL smluvně upravit, ovšem je zcela zřejmé, že dohoda stran v takovýchto případech je velice komplikovaná a strany dávají přednost odkazu na rozhodčí řády stálých soudů, neboť tyto jsou praxí prověřené. Pakliže by tomu ovšem tak nebylo a některé procesní otázky by v rámci úpravy rozhodčích pravidel absentovala, použije se právní úprava rozhodčího řízení místa řízení na určení těchto procesních pravidel, která mají být rozhodci v daném případě aplikována.⁴⁹ Právní předpisy místa řízení v tomto případě dle pravidel UNCITRAL mají navíc přednost v případě, že by některá z ustanovení rozhodčích pravidel UNCITRAL byla s místní právní úpravou v rozporu.⁵⁰ Velice významné z hlediska práva místa řízení je posuzování otázek rozsahu arbitrability, rozsah pomocných funkcí místně příslušných soudů v místě řízení (především s ohledem na problematiku předběžných opatření) stejně jako otázek souvisejících s uznáním, výkonem a zrušením rozhodčího nálezu.

Důvodem pro výše uvedený exkurz do problematiky související s procesním právem rozhodným (pro vedení sporu) je však kromě praktických hledisek především skutečnost, že povaha investičního rozhodčího řízení má mnoho společných znaků a institutů jakož i problémů, které před stranami sporu v rámci přípravy a průběhu řízení vyvstávají, spíše s „klasickou“ obchodní arbitráží, neboť procesní pravidla použitelná pro řešení tohoto typu sporů zahrnují de facto jak právo národní, tak i právo mezinárodní, ovšem v případě procesních pravidel to pak dle názoru autora bude vždy právo národní, které bude rozhodující a které svým způsobem definuje rozsah omezení autonomie stran.

S ohledem na povahu nároku by však v případě vznesení nároku domovského státu investorem bylo by logické, aby se předmětné řízení řídilo výlučně mezinárodním právem veřejným, neboť předmětem sporu by

⁴⁸ viz např. čl. 8 odst. 2 Dohody mezi Českou republikou a Chorvatskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic, sdělení č. 155/1997Sb. Ministerstva zahraničních věcí.

⁴⁹ RUBINS, N. KINSELLA, N.S.: *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practicioners Guide*, New York: Oceana Publications, 2005. s. 325.

⁵⁰ Čl. 1 odst. 2 rozhodčích pravidel UNCITRAL.

byla práva a povinnosti resp. jejich porušení ve vztahu mezi dvěma suverénními entitami, přičemž pozice investora by zde byla pouze jakožto subjektu uplatňujícího nárok svého domovského státu z porušení mezinárodně-právního závazku. Jak bylo ovšem uvedeno výše, realita hovoří spíše ve prospěch teorie přímých práv investora, neboť tento uplatňuje předmětný nárok plynoucí z porušení mezinárodního standardu ochrany zakotvené v Dohodě svým jménem a za sebe a mimo rozhodovací platformu pro řešení sporů mezi suverénními entitami dle mezinárodního práva veřejného.

Závěrem k povaze investičního nároku

Z výše uvedeného nástinu týkajícího se vybraných aspektů investičního rozhodčího řízení vyplývá, že povaha nároku je spíše soukromoprávní. Ovšem daný výběr, zaměřující se na otázky projevu vůle investora jakožto prvku určujícího soukromoprávní povahu nároku představuje pouze část daných aspektů nároku, neboť z daného hlediska lze zkoumat dále celou řadu dalších prvků (rozhodné hmotné právo, postup při uznání a výkonu nálezu, etc.) kde se částečně projevuje i ona veřejnoprávní povaha a tudíž nelze zcela jednoznačně a s konečnou platností na otázku soukromoprávní/veřejnoprávní povahy nároku odpovědět, neboť prvky obou teorií se zde často prolínají a překrývají. Problematika je to velice složitá a jistě otázkou zda je vůbec možné či účelné hledat odpověď absolutní, zahrnující investiční nárok v jeho celistvosti. Autor tohoto příspěvku se ovšem domnívá, že čtenáři předložil v rámci zvolených okruhů dostatek důkazů a argumentů proto, aby vyvrátil tradicionalistický pohled na problematiku investičních sporů jakožto specifické odnože práva diplomatické ochrany, respektive dostatek důkazů pro to, aby mohlo být na problematiku investičních sporů nahlíženo zcela autonomně bez jakýchkoliv negativních konotací problematiky diplomatické ochrany.

Na základě výše provedené analýzy si autor troufá, alespoň v rozsahu výše provedených závěrů, přiklonit se k teorii přímých práv, tj. k teorii, jež svěřuje investiční nárok do rukou investora samotného, respektive odděluje tento nárok od případného nároku domovského státu z porušení mezinárodní smlouvy hostitelským státem.

Pakliže je tedy nárok plynoucí z porušení investorových práv oddělitelný, respektive odlišný od nároku Smluvní Strany Dohody (státu) z porušení závazku druhé Vysoké smluvní strany dle mezinárodního práva, pak nárok investora musí být ve své podstatě nárokem soukromoprávním, kterým je investor oprávněn volně disponovat, neboť pakliže by investor nevyužil procesních prostředků daných mu předmětnou Dohodou (tj. možnost uplatnit svá práva v rámci mezinárodního investičního rozhodčího řízení vůči hostitelskému státu), stále by měl možnost uplatnit tento nárok skrze prostředky vnitrostátního práva, přičemž i vnitrostátní soud by měl

zohledňovat hmotně-právní standardy vyplývající z příslušné Dohody, neboť tato je *de facto*⁵¹ součástí vnitrostátního práva, respektive zavazuje přímo daný stát a tudíž i jeho vnitrostátní orgány, v tomto případě pak především soudy.

Z tohoto pohledu je to tedy pak investor, jehož práva byla porušena, komu přináleží volba, zda se rozhodne svá práva související se zmařenou či poškozenou investicí vůbec uplatnit, a pokud ano, zda se rozhodne tento spor předložit rozhodčímu tribunálu či soudu hostitelského státu, stejně pak jako v rámci řízení samotném bude záležet pouze na něm, zda se rozhodne přijmout případnou nabídku ze strany hostitelského státu na uzavření smíru či zda svůj návrh na zahájení rozhodčího řízení vezme zpět.

Literature:

- BĚLOHLÁVEK, A., ČERNÝ, F.: Právo rozhodné pro řešení tzv. investičních sporů v mezinárodním rozhodčím řízení, *Právník*. 2009, roč. 148, č. 4. s. 389- 418.
- BĚLOHLÁVEK, A.: Zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů: Komentář, Praha: C.H. Beck, 2004. 679.
- BROWNLIE, I.: *Principles of Public International Law*, 6th ed., New York: Oxford University Press, 2003. 784.
- CARON, D., D., CAPLAN, L., M., PELLONPÄÄ, M.: *The UNCITRAL Arbitration Rules: a Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2006. 1066.
- CRAWFORD, J.: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002. 387.
- DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74. 151-289.
- DOUGLAS, Z.: Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex, *Arbitration International*, roč. 22, 2006. 27-51.

⁵¹ V závislosti na recepci doktríně mezinárodního práva toho kterého státu (viz monismus v. dualismus).

- KANTOR, M.: Valuation for Arbitration, Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence, den Haag: Kluwer Law International, 2008. 411.
- SORNARAJAH, M.: The International Law on Foreign Investment, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009. 522.
- SORNARAJAH, M.: The Settlement of the Foreign Investment Disputes, den Haag: Kluwer Law International, 2000. 390.
- SHAW, N.M.: International law, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 1542.
- REDFERN, A., HUNTER, M. et al.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, London: Sweet and Maxwell, 2004. 661.
- RIPINSKY, S., WILLIAMS, K.: Damages in International Law, London: British Institute of International and Comparative Law, 2008. 561.
- RUBINS, N. KINSELLA, N.S.: International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practicioners Guide, New York: Oceana Publications, 2005. 812.
- RŮŽIČKA, K.: Diagonální smlouvy v procesu socialistické ekonomické integrace, Praha: Karlova Univerzita, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica Monographia, 1988. 92.

Cited Case Law

- Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecci v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/05/15), Award of 1. June 2009.
- European Media Ventures SA v Czech Republic, Judgement on jurisdiction of December 05, 2007 (2007) EWHC 2851 (Comm).
- Loewen Group Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF) 98/03), Award of June 26, 2003
- International Court of Justice, Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain, Second Phase), Judgement of February 5, 1970.

- International Court of Justice, Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) (Second Phase), Judgement of April 6, 1955.
- International Court of Justice, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of April 11, 1949.
- Permanent Court of International Justice, Panevezys-Saldutiskis Railway Case, Judgement of February 28, 1939, Series A/B, no. 76.
- Permanent Court of International Justice, Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, Judgement of July 12, 1929, Series A, no. 20/21.
- Permanent Court of International Justice, Factory at Chorzów (Claim for Indemnity), (Merits), Judgement of September 13, 1928, Series A, no. 17.
- Permanent Court of International Justice, Mavrommatis Palestine Concessions Case, Judgement of August 30th, 1924, Series A, no. 02.

Electronic Resources

- Investment Claims (www.investmentclaims.com).
- Investment Treaty Arbitration (<http://ita.law.uvic.ca>).
- U.S. Department of State (<http://www.state.gov>).
- International Court of Justice (<http://www.icj-cij.org/>).
- United Nations Commission on International Trade Law (<http://www.uncitral.org/>).
- Investment Instruments Online (<http://www.unctadxi.org>).
- Laws, Regulations and Rules
- Smlouva č.137/1931 Sb. z.a n., O přátelství mezi republikou Československou a císařstvím Perským.
- United Nations, Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946.

- Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992Sb., o Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic.
- Usnesení č. 2/1993 Sb. Předsednictva ČNR o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky.
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 155/1997Sb., o sjednání Dohody mezi Českou republikou a Chorvatskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic.
- United Nations Commission on International Trade Law General Assembly Resolution 31/98 of April 28, 1976, as amended. (UNCITRAL Arbitration Rules).

Contact – email

filip.cerny@ablegal.cz