

Nepřímé vyvlastnění v praxi mezinárodních investičních arbitráží

Vyšlo v Jurisprudenci 8/2009

Mgr. Ondřej Sekanina, LL.M.¹

1. Úvod

Mezinárodní právo veřejné nezakazuje v principu hostitelským státům vyvlastňovat zahraniční investice.² Zatímco dříve hostitelské státy investice zahraničních investorů typicky vyvlastňovaly přímo a předmětem sporu byla hlavně výše kompenzace za vyvlastněnou investici, dnes se častěji setkáváme s tím, že hostitelský stát zničí investorovu investici nepřímo, takže předmětem sporu bývá spíše otázka, zda k vyvlastnění vůbec došlo nebo ne. K vyvlastnění totiž v současnosti dochází typicky různými regulačními zásahy a opatřeními, aniž by stát investorovi formálně odnímal vlastnická práva k investici.

Mezinárodní právo na tuto změnu reagovalo rozvinutím doktríny nepřímého vyvlastnění, která poskytuje ochranu zahraničním investorům i před takovými zásahy, které z formálního hlediska vyvlastněním nejsou, avšak mají srovnatelné účinky. Mezistátní dvoustranné dohody o podpoře a ochraně investic pak dnes standardně obsahují formulace poskytující ochranu nejen před vyvlastněním, ale i před opatřeními „rovnajícími se“ vyvlastnění nebo opatřeními „s účinky rovnajícími se“ vyvlastnění – tedy i před vyvlastněním nepřímým. Jak se nepřímé vyvlastnění pozná, to však naprostá většina dohod o podpoře a ochraně investic již neřeší.³

Různorodost případů nepřímého vyvlastnění vede k tomu, že se v různých textech hovoří například o „*de facto* vyvlastnění“, „konstruktivním vyvlastnění“, „regulačním vyvlastnění“ či „plíživém vyvlastnění.“⁴ Rozhodčí nálezy v kauze *Feldman* poskytl tyto příklady opatření, která byla v minulosti označena za nepřímé vyvlastnění: konfiskační zdanění, odmítnutí přístupu k infrastruktuře či nezbytným surovinám a zavedení nepřiměřených regulačních režimů.⁵ Dalšími příklady takových opatření jsou opatření závažným způsobem rušící řízení a kontrolu podniku,⁶ odejmutí licence opravňující k podnikání,⁷ bezdůvodné odmítnutí obnovit licenci po jejím vypršení,⁸ či zákaz reexportu

¹ Autor se ve své advokátní praxi specializuje na mezinárodní právo ochrany investic.

² Státy však musí při vyvlastnění majetku zahraničních subjektů splnit následující čtyři podmínky: (i) vyvlastnění musí být ve veřejném zájmu, (ii) nesmí být diskriminační, (iii) musí se uskutečnit v řádném procesu, a (iv) musí za něj být poskytnuta kompenzace.

³ V poslední době se objevují pokusy do dohod o podpoře a ochraně investic začlenit určitá vodítka, která by pomohla určit, kdy se jedná o nepřímé vyvlastnění. Děje se tak za pomoci některých kritérií, která jsou diskutována v tomto článku v kontextu rozhodovací praxe investičních tribunálů. Příkladem tohoto vývoje jsou například vzorová znění dohod o podpoře a ochraně investic USA a Kanady, obě z roku 2004.

⁴ Zatímco u předchozích termínů jde víceméně o synonyma, termín „plíživé vyvlastnění“ má specifický význam spočívající v tom, že jde o totalitu postupných kroků, které za sebou následují v čase, a z nichž žádný posuzován sám o sobě by nebyl vyvlastněním. Když tento termín vysvětloval tribunál v kauze *Siemens v. Argentina*, použil přirovnání k stéblům, která jsou postupně přidávána na hřbet velblouda, který praskne po přidání toho posledního - kritického, které je však samo o sobě stejně lehké, jako ta předchozí.

⁵ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, rozhodčí nálezy ze dne 16. prosince 2002, ¶ 103. V této kauze šlo o zrušení rabatu na daň z exportovaných cigaret. Vyvlastnění nebylo shledáno.

⁶ *Starrett Housing Corporation v. the Government of the Islamic Republic of Iran*, mezitímní rozhodčí nálezy ze dne 19. prosince 1983, 4 Iran-USCTR 122, 154.

⁷ *Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, rozhodčí nálezy ze dne 12. dubna 2002, ¶ 127.

výrobního zařízení.⁹ V obecné rovině pak platí, že vyvlastněno může být nejen vlastnické právo ale i práva smluvní.¹⁰

Je tedy zřejmé, že škála opatření, která mohou být označena za nepřímé vyvlastnění, je velmi široká. Na druhou stranu je zde vždy nebezpečí, že příliš široce chápanou ochranou investorů před nepřímým vyvlastněním by se omezovalo právo států v legitimním rámci regulovat nejen ekonomiku, ale třeba i ochranu životního prostředí či ochranu zdraví občanů. Řada takových regulatorních opatření přijímaných státy mívá totiž, jako vedlejší produkt, negativní dopady na zahraniční investory, hraničící někdy s nepřímým vyvlastněním jejich investice.

Stojí za to ocitovat rozhodčí nález z kauzy *Feldman*: „Vlády musí mít svobodu jednat v širším veřejném zájmu skrze ochranu životního prostředí, nové či modifikované daňové režimy, poskytování či odnímání veřejné podpory, snižování či zvyšování celních sazeb, ukládání omezení v rámci územního plánování a podobně. Rozumné státní regulace takového typu nemůže být dosaženo, pokud jakýkoli byznys, který je [takovou regulací] negativně postížen, může žádat kompenzaci, a s jistotou se dá říci, že [mezinárodní] obyčejové právo to uznává.”¹¹

Podobně např. známý singapurský profesor Sornarajah, který v rámci spektra názorů na investiční arbitráž zaujímá spíše protiinvestorské a prostátní postoje, tvrdí, že opatření týkající se hospodářské soutěže, ochrany spotřebitele, cenných papírů, ochrany životního prostředí, či územního plánování, pokud nemají diskriminační charakter, nezakládají nárok na náhradu škody.¹²

Nicméně v investiční arbitráži se opakovaně ukazuje, že bývá velmi složité určit, zda v konkrétním případě jde o nepřímé vyvlastnění. Podle faktorů, které rozhodčí tribunály berou v úvahu, se v praxi vyvinuly tři základní přístupy: (i) přístup zohledňující pouze dopad na investora; (ii) přístup testující účel státního regulatorního zásahu, který má vyvlastňující dopady na investorovu investici; a (iii) přístup kombinující a srovnávající oba předešlé. Každý z těchto přístupů je stručně popsán níže.

2. Přístup zohledňující pouze dopad na investora

Důvody, proč nerozlišovat mezi vyvlastněním a nekompenzovaným regulatorním zásahem státu, se zabývala již před lety profesorka Higginsová, předposlední předsedkyně Mezinárodního soudního dvora. Tázala se, zda je rozlišování mezi vyvlastněním a regulací intelektuálně životaschopné, neboť stát v obou případech, tj. buď odebráním ve veřejném zájmu nebo regulováním, chce jednat pro obecné dobro a vlastník v obou případech utrpí stejnou ztrátu.¹³ Ti, kteří na tuto otázku dodnes nenacházejí kladnou odpověď, jsou zastánci přístupu, který při analýze, zda došlo k nepřímému vyvlastnění, posuzuje pouze dopady na investora.

⁸ *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, rozhodčí nález ze dne 29. května, 2003, ¶117.

⁹ *Petrolane Inc. v. Iran*, 27 Iran-USCTR 64.

¹⁰ K tomu viz např. *Compania de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/3, rozhodčí nález ze dne 20. srpna 2007, ¶¶ 7.5.2 – 7.5.10.

¹¹ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, rozhodčí nález ze dne 16. prosince 2002, ¶ 103. V této kauze šlo o zrušení rabatu na daň z exportovaných cigaret. Vyvlastnění nebylo shledáno.

¹² *Muthukumaraswami Sornarajah: The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994, str. 283, citováno v materiálu OECD International Investment Law – A Changing Landscape, 2005.

¹³ *Rosalyn Higgins: The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*. 176 *Recueil des Cours*, 1982, str. 259, 331.

Dobrym príkladem tohoto pristupu v praxi investicni arbitráže je rozhodci nález v kauze *Metalclad*, ve které šlo o nepřímé vyvlastnění, kde jedním z opatření mexických státních orgánů bylo vyhlášení přírodní rezervace na ochranu vzácného druhu kaktusu v místě, kde měla stát investorova skládka. Tribunál shledal, že toto opatření přispělo k nepřímému vyvlastnění investice, a výslovně přitom uvedl, že nepovažoval za nutné se zabývat motivy zřízení rezervace.¹⁴ Obdobně v kauze *Biloune*, kde šlo o přerušování výstavby rekreačního centra, rozhodčí tribunál konstatoval, že „motivы kroků a opominutí ghanské vlády nejsou jasné. Ale tribunál nemusí tyto motivы zjišťovat, aby došel k závěru v této kauze.“¹⁵

Nevýhoda tohoto pristupu je jasná na první pohled – v praxi by mohl vést k přílišnému omezování možnosti státu vykonávat své legitimní a relativně běžné regulační funkce, protože teoreticky při každém opatření majícím negativní dopady na zahraniční investice by stát musel odškodňovat všechny dotčené subjekty, což by náklady na státní regulaci neúměrně prodražovalo.

V rámci posuzování dopadů na investora rozhodčí tribunály posuzují tyto faktory: (i) významný zásah (tzv. significant interference);¹⁶ (ii) zbytková kontrola nad investicí;¹⁷ a (iii) investorova legitimní očekávání.¹⁸

Je však třeba podotknout, že neexistuje žádný oficiální vyčerpávající seznam takových kritérií. Je možné, že tribunály reagující na nové situace budou dnes používaná kritéria upravovat či vyvinou kritéria nová. Rovněž se někdy uvádí, že jednotlivá kritéria mohou být v praxi nedostatečná a bude třeba je použít v kombinaci.

Významný zásah

Prvním kritériem k posouzení toho, zda nějaké opatření hostitelského státu je nepřímým vyvlastněním, je tzv. významný zásah. V rámci posuzování významnosti zásahu do investorovy investice opatřením hostitelského státu se ještě někdy posuzuje trvání významného zásahu a investorova možnost významný zásah do své investice odvrátit.

V případech nepřímého vyvlastnění rozhodčí tribunály obvykle vyžadují, aby opatření státu měla na investici srovnatelný dopad jako přímé vyvlastnění.¹⁹ V kauze *Pope & Talbot*, která se týkala dopadu kanadských vývozních restrikcí na amerického investora, se tribunál vyjádřil následovně: „Kritériem je, zda zásah je dostatečně restriktivní na to, aby podpořil závěr, že majetek byl vlastníkovu odebrán.“²⁰ Při posuzování toho, zda kanadská exportní omezení mají být posuzována jako forma nepřímého vyvlastnění, tribunál zkoumal celou řadu faktorů, např. zda i po zásahu státu investor měl nadále kontrolu nad investicí, zda řídil každodenní provoz investice, zda manažeři nebo zaměstnanci investice nebyli zadrženi v důsledku zavedení posuzovaných opatření, zda Kanada neprováděla dozor nad prací manažerů nebo zaměstnanců investice, zda neodnímala nic z příjmů z prodejů společnosti (kromě daní), zda nezasahovala do managementu nebo činností akcionářů, zda nebránila tomu, aby investice platila akcionářům dividendy, zda nezasahovala do jmenování ředitelů a

¹⁴ *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, rozhodčí nález ze dne 30. srpna, 2000, ¶ 111 (zdůrazněno autorem článku).

¹⁵ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Center and the Government of Ghana*, rozhodčí nález o jurisdikci a odpovědnosti za škodu ze dne 27. října 1989, 95 ILR 183.

¹⁶ *Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger: International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, ¶¶ 8.85–8.89.

¹⁷ *Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer: Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, str. 106–108.

¹⁸ *McLachlan et al.* ¶¶ 8.104–8.105; *Dolzer & Schreuer* str. 104–106.

¹⁹ *McLachlan et al.* ¶ 8.91.

²⁰ *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, ad hoc arbitráž podle pravidel UNCITRAL, mezitimní rozhodčí nález ze dne 26. června 2000, ¶ 102.

manažerů či zda nepodnikla jiné kroky k tomu, aby zbavila investora jeho plného vlastnictví a kontroly nad investicí. Jediné „odnětí,” které tak tribunál nakonec identifikoval, byl zásah do investorevy schopnosti provádět jeho podnikání spočívající v exportu stavebního dříví do USA.²¹ Celkové posouzení všech těchto faktorů vedlo tribunál k závěru, že o významný zásah, a tudíž ani o nepřímé vyvlastnění, nešlo.

Na okraj stojí za to podotknout, že i zdanění, které tribunál v kauze *Pope & Talbot* vyňal z posuzování jakožto *a priori* přípustnou formu zásahu do investice, může být někdy považováno za nepřímé vyvlastnění. Bude tomu tak tehdy, když zdanění překročí určitou maximální přípustnou mez. Dobrým příkladem je případ *EnCana*, ve kterém kanadský investor tvrdil, že neplacení vratek DPH ve výši 10% ze strany Ekvádoru představovalo nepřímé vyvlastnění. Tribunál vydal většinové rozhodnutí, ve kterém postuloval kritérium, že daň může být považována za vyvlastnění pouze tehdy, je-li „výjimečná, trestající či svévolná ve svém působení,” a pokud investorovi odírá benefity investice zcela nebo z významné části.²² V daném případě podle většiny tribunálu zásah hostitelského státu takovou povahu neměl. Jeden člen tribunálu, prof. Grigera Naón, však k rozhodčímu nálezu připojil nesouhlasný názor, ve kterém zaujal opačnou pozici, protože dle jeho názoru i odeření desetiprocentní vratky DPH, navíc znamenající v absolutních číslech velké částky peněz, je zásahem dostatečně významným na to, aby byl kvalifikován jako vyvlastnění.²³

Rozhodčí tribunály v investičních arbitrážích se také zabývaly otázkou, zda nepřímé vyvlastnění může být založeno opatřeními hostitelského státu, která jsou pouze dočasná. Rozhodovací praxe v této otázce není zcela jednotná. Na jedné straně jsou tribunály, které trvají na tom, že opatření státu musí být trvalá, anebo alespoň jejich dopady musí být trvalé. V případě *Tecmed* tribunál konstatoval: „...rozumí se, že opatření přijatá státem, ať již jsou regulační povahy či nikoliv, jsou nepřímým *de facto* vyvlastněním, jestliže jsou nezvratná a permanentní.”²⁴

Na druhé straně stojí tribunály, které připouštějí, že i dočasné opatření státu může být považováno za nepřímé vyvlastnění. Tak například v kauze *SD Myers* tribunál připustil, že za určitých okolností by bylo na místě posuzovat zásah hostitelského státu za vyvlastnění, i když by byl pouze dočasný. Konkrétní situaci, kde omezení státu trvalo osmnáct měsíců, však tribunál jako nepřímé vyvlastnění neposoudil.²⁵ Naproti tomu např. v kauze *Middle East Cement* dočasné omezení trvalo pouhé čtyři měsíce a bylo posouzeno jako nepřímé vyvlastnění.²⁶ Rozhodčí nálezy, jako je *Middle East Cement*, samozřejmě nemohou být aplikovány mechanicky. Je jasné, že trvání zásahu státu nemůže být posuzováno bez zřetele k jeho obsahu, resp. intenzitě. V modelové situaci by patrně platilo, že čím intenzivnější, čím ničivější zásah státu do investice je, tím kratší doba je potřeba, aby zásah dosáhl stupně nepřímého vyvlastnění.

Tribunál v kauze *LG&E* zaujal v otázce trvalosti zásahu státu kompromisní názor. Ve svém rozhodčím nálezu se vyjádřil, že „vyvlastnění musí být permanentní, to znamená, že

²¹ *Ibid.*, ¶ 100 - 101. Tento postup byl následován dalšími tribunály, např. v kauzách *PSEG v. Turkey*, ICSID Case ARB/02/5, rozhodčí náleze ze dne 19. ledna 2007, *Sempra v. Argentina*, ICSID Case ARB/02/16, rozhodčí náleze ze dne 18. září 2007, a *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, rozhodčí náleze ze dne 22. května 2007.

²² *EnCana Corporation v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, rozhodčí náleze ze dne 3. února 2006, ¶ 177.

²³ Prof. Grigera Naón's Partial Dissenting Opinion, ¶ 73.

²⁴ *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, rozhodčí náleze ze dne 29. května, 2003, ¶116.

²⁵ *SD Myers Inc. v. Government of Canada*, ad hoc arbitráž vedená podle rozhodčích pravidel UNCITRAL, první částečný rozhodčí náleze ze dne 13. listopadu 2000, ¶¶ 283 - 284. V kauze se řešil zákaz vývozu nebezpečného odpadu, který měl negativní dopad na žalobcovo podnikání.

²⁶ *See Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, rozhodčí náleze ze dne 12. dubna 2002, ¶ 107. V tomto případě šlo o dočasné odnětí dovozní licence.

nemůže být dočasné povahy, ledaže úspěšný rozvoj investice závisí na realizaci určitých činností v určitých momentech, které nesnesou změny.²⁷

Procedurální kritérium

Některé tribunály v návaznosti na posuzování trvalosti zásahu hostitelského státu do investice posuzují ještě to, zda se investor dostatečně pokusil zásah státu zvrátit domácími opravnými prostředky. To na první pohled připomíná režim tzv. diplomatické ochrany, jehož podmínkou je vyčerpání domácích opravných prostředků před tím, než investorův domácí stát začne podnikat kroky na ochranu investora vůči hostitelskému státu investice. Ve skutečnosti jde však o režim odlišný. Tribunál v kauze *Generation Ukraine*²⁸ byl například toho názoru, že nestačí, aby se investor chopil nekompetentního aktu státu bez ohledu na to, jak nízké postavení příslušný orgán státní správy v hierarchii státních orgánů měl, jako důvodu pro opuštění investice bez jakéhokoli pokusu o zjednání nápravy. Bez takového pokusu investor nemůže tvrdit, dle názoru tribunálu, že došlo k nepřímému vyvlastnění, a to nikoli proto, že by se uplatňoval požadavek na vyčerpání opravných prostředků, ale proto, že samotná realita jednání zakládajícího vyvlastnění by za absence rozumné – nikoli nezbytně vyčerpávající – snahy investora zjednat nápravu byla pochybná.²⁹

Řečeno jednoduše, rozhodčí tribunál byl toho názoru, že zahraniční investor se nesmí „vzdát bez boje.“ Jde o to, že pokud zahraniční investor za pomoci domácích opravných prostředků zásah hostitelského státu do své investice odvrátí či dosáhne jeho ukončení, bude to rozhodným způsobem snižovat významnost tohoto zásahu, na které závisí posouzení, zda zásah představuje nepřímé vyvlastnění. Naopak bude třeba takový zásah posuzovat jako zásah dočasný v duchu případů uvedených v části výše.

Tento přístup je však zatím ojedinělý. V daném případě ho patrně tribunál zaujal v důsledku detailnosti problematiky související s ukrajinským správním právem.

Zbytková kontrola nad investicí

V praxi je sporné, zda mezinárodní právo uznává částečné vyvlastnění. Investiční tribunály se neshodují v otázce, zda může být zásah hostitelského státu posouzen jako nepřímé vyvlastnění, pokud zůstane investorovi zbytková kontrola nad investicí.³⁰ Počet investičních tribunálů, které zbytkovou kontrolu nad investicí resp. její částí považují za překážku pro konstatování vyvlastnění a přiznání kompenzace je pravděpodobně více než těch, které uznávají částečné vyvlastnění.³¹

²⁷ *LG&E Energy Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, rozhodnutí o odpovědnosti za škodu ze dne 3. října 2006, ¶ 193. V této kauze se řešila opatření přijatá Argentinou v době její hluboké ekonomické krize v letech 2001 až 2002, kterými bylo postiženo žalobcovo podnikání v oblasti distribuce zemního plynu.

²⁸ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, rozhodčí nález ze dne 16. září 2003.

²⁹ *Ibid.*, ¶ 20.30.

³⁰ Detailní analýza problematiky částečného vyvlastnění je obsažena v článku *Ursula Kriebaum: Partial Expropriation*, 8 *Journal of World Investment & Trade*, 2007, str. 69.

³¹ Jako příklady přístupu nepřipouštějícího zbytkovou kontrolu se uvádějí rozhodčí nálezy v kauzách *Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, rozhodčí nález ze dne 16. prosince 2002, *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, konečný rozhodčí nález ze dne 1. července 2004, *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB01/8, rozhodčí nález ze dne 12. května 2005, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia*, SCC Case No. 118/2001, rozhodčí nález ze dne 16. prosince 2003, *PSEG Global Inc. et al. v. Turkey*, ICSID Case ARB/02/5, rozhodčí nález ze dne 19. ledna 2007, *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, rozhodčí nález ze dne 14. června 2006, *LG&E Energy Corp et al. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, rozhodnutí o odpovědnosti za škodu ze dne 3. října 2006, a *Telenor Mobile*

Odepření kompenzace za částečné vyvlastnění bude v obecné rovině vždy vyvolávat nebezpečí nespravedlnosti.³² Některé autority uvádějí na první pohled velmi silný argument ve prospěch uznání částečného vyvlastnění založený na paralele s vyvlastňováním nemovitostí, kde by patrně nikdo nezpochyboval, že jde o vyvlastnění bez ohledu na to, zda je někomu vyvlastněn celý pozemek nebo jen jeho polovina.³³ Je však otázkou, zda by při absenci specifitějšího zdroje takového pravidla bylo možno úspěšně argumentovat, že princip částečného vyvlastnění je součástí mezinárodního práva veřejného jakožto „obecný princip práva uznávaný civilizovanými národy“ v duchu článku 38(1) statutu Mezinárodního soudního dvora.³⁴

Profesorka vídeňské univerzity Ursula Kriebaumová navrhla následující jednoduchá kritéria, při jejichž splnění by mělo být částečné vyvlastnění uznáno: (i) celek investice může být rozdělen na jednotlivá práva; (ii) hostitelský stát investora připravil o takové právo, které je kryto definicí investice v příslušné dohodě o ochraně a podpoře investic; a (iii) toto právo je samostatně ekonomicky využitelné nezávisle na zbytku investice.³⁵ Tento přístup se jeví jako logický, nicméně rozhodčí praxí investičních tribunálů nebyl zatím přijat.

Role investorových legitimních očekávání

Locus classicus formulace investorových legitimních očekávání jakožto kritéria pro posuzování vyvlastnění je již zmiňovaný rozhodčí nález v kauze *Metalclad*: „Vyvlastnění podle NAFTA zahrnuje nejen otevřené, úmyslné a přiznané odnětí majetku, jako je přímé zabránění nebo formální nebo závazný převod titulu ve prospěch hostitelského státu, ale také skrytý či nahodilý zásah do užívání majetku, jehož důsledkem je to, že vlastník je, zcela či z podstatné části, zbaven užívání nebo *rozumně očekávatelného* ekonomického benefitu majetku, i když hostitelský stát z toho nemusí mít zjevný prospěch.“³⁶

Communications AS v. Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, rozhodčí nález ze dne 22. června 2006. Jako příklady opačeného přístupu se uvádějí *Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, rozhodčí nález ze dne 12. dubna 2002, *Eureko BV v. Poland, ad hoc* arbitráž podle pravidel UNCITRAL, částečný rozhodčí nález ze dne 19. srpna 2005, a *EnCana Corporation v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, rozhodčí nález ze dne 3. února 2006. Dále se uvádějí kauzy *SD Myers Inc. v. Government of Canada, ad hoc* arbitráž vedená podle rozhodčích pravidel UNCITRAL, první částečný rozhodčí nález ze dne 13. listopadu 2000, *Waste Management Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, rozhodčí nález ze dne 30. dubna 2004, a *GAMI Investments Inc. v. Mexico, ad hoc* arbitráž vedená podle rozhodčích pravidel UNCITRAL, konečný rozhodčí nález ze dne 15. listopadu 2004, jakožto příklady rozhodnutí, která částečné vyvlastnění obecně připouštějí, ale neshledala ho v konkrétních okolnostech daných kauz.

³² Toto nebezpečí je v praxi redukováno tím, že zásah hostitelského státu, který z důvodů zbytkové kontroly nemusí být uznán tribunálem za nepřímé vyvlastnění, může investor zároveň napadnout jako porušení standardu spravedlivého a rovného zacházení, který tímto problémem doktríny vyvlastnění není zatížen.

³³ *Jan Paulsson*: Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk, A Common Agenda; a presentation delivered at a symposium co-organized by ICSID, OECD and UNCTAD in Paris on December 12, 2005, citováno v *Dugan et. al.*: Investor-State Arbitration, Oxford University Press, 2008.

³⁴ Jak užšpěpčně poznamenává David J. Bederman: argumentovat, že určitý obecný právní princip je závazným pravidlem mezinárodního práva není vůbec snadné: jednoduše ocitovat pár rozhodnutí národních soudů či latinskou právní maximu „nezabere.“ *David J. Bederman*: The Spirit of International Law, Georgia University Press 2002, str. 31.

³⁵ *Kriebaum* str. 83. Kriebaumová rovněž používá paralelu s vyvlastňováním části nemovitosti ve stejném duchu jako Paulsson.

³⁶ *Metalclad Corp v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, rozhodčí nález ze dne 30. srpna, 2000, ¶ 230 (zdůrazněno autorem článku).

V jiném případě ochrany investic řešeném v rámci NAFTA – v kauze *Thunderbird*³⁷ - se rozhodčí nález vyjadřuje podobně v tom duchu, že koncept legitimních očekávání se týká situací, kde chování hostitelského státu dá vzniknout rozumným a ospravedlnitelným očekáváním na straně investora (či investice), takže ten, spoléhaje na takové chování, jedná takovým způsobem, že když hostitelský stát takovým očekáváním posléze nedostojí, způsobí tím investorovi (či investici) škodu. Tribunál přitom rovněž poznamenal, že práh legitimních očekávání se může lišit v závislosti na povaze tvrzených porušení dohody NAFTA a na okolnostech případu.³⁸

Z této citace mimojiné vyplývá, že legitimní očekávání nemusí spočívat na smlouvě investora s hostitelským státem, ale mohou mít i jiný základ. V tomto smyslu se například vyjádřil také tribunál v kauze *Azurix*.³⁹ Koneckonců, řada zahraničních investic v hostitelských státech je realizována bez přímého smluvního vztahu investora s hostitelským státem.

O tom, že koncept investorových legitimních očekávání někdy neochrání investory ani před relativně velkými právními či faktickými dopady na jejich investice v hostitelském státu, svědčí například některé případy řešené v řízení před Iran-US Claims Tribunal, tribunálem zřízeným pro řešení sporů vzešlých z iránské islámské revoluce z roku 1979. Např. v rozhodnutí v kauze *Starrett* bylo konstatováno, že události v Íránu před lednem 1980, na které žalobci odkazovali, závažným způsobem poškodily jejich možnost pokračovat ve výstavbě projektu a nakonec projekt paralyzovaly. Nicméně tribunál byl toho názoru, že investoři, ať již v Íránu či kdekoli jinde, musí na sebe vzít riziko, že v hostitelské zemi dojde ke stávkám, blokádám, nepokojům, změnám v ekonomickém a politickém systému či dokonce k revolucím. Že se některá z takových rizik při iránské revoluci materializovala, to ještě automaticky neznamená, že majetková práva postižená takovými událostmi mohou být považována za odejmutá. Tribunál uzavřel analýzu efektní formulací v tom smyslu, že podle mezinárodního práva revoluce jako taková nedává investorům právo na kompenzaci za jejich zmařené investice.⁴⁰

Ale nemusíme sahat k tak extrémním případům, jako je revoluce, abychom ukázali, že koncept legitimních očekávání působí v různých kontextech různě silně. Např. v kauze *EnCana* tribunál vyslovil názor, že koncept legitimních očekávání poskytuje investorům nižší stupeň ochrany v kontextu zdanění. Konkrétně se tribunál vyslovil v tom smyslu, že - pokud se samozřejmě stát výslovně nezaváže k udržování *statu quo* - nemůže zahraniční investor mít legitimní očekávání, že se během trvání investice daňový režim v hostitelském státu nezmění v jeho neprospěch. Protože každé zdanění přirozeně redukuje ekonomické benefity, které by jinak investor z investice měl, bude to pouze v extrémním případě, že daň, která je ve svém dopadu všeobecná, bude posouzena jako forma nepřímého vyvlastnění zdaňovaného podniku.⁴¹

Jiným ilustrativním příkladem je případ *Link-Trading Joint Stock Company*,⁴² ve kterém tribunál odmítl investorovy nároky z domnělého vyvlastnění, ke kterému mělo dojít v důsledku zrušení výjimek z povinnosti platit dovozní cla a DPH ve svobodné ekonomické zóně v Kišiněvě. Jeden z důvodů zamítnutí investorových nároků bylo právě zjištění absence jeho legitimních očekávání. Investor totiž svou investici provedl v době, kdy již bylo známo,

³⁷ *McLachlan et al.* ¶ 8.105.

³⁸ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, ad hoc-UNCITRAL/NAFTA, rozhodčí nález ze dne 26. ledna 2006, ¶ 147.

³⁹ *Azurix v Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, rozhodčí nález ze dne 14. června 2006, ¶ 318.

⁴⁰ *Starrett Housing Corp. v. Iran*, mezitimní nález ze dne 19. prosince 1983, 4 Iran-USCTR 122, 156.

⁴¹ *EnCana Corporation v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, rozhodčí nález ze dne 3. února 2006, ¶ 173.

⁴² *Link-Trading Joint Stock Company v. Moldova*, ad hoc arbitráž vedená podle rozhodčích pravidel UNCITRAL, konečný rozhodčí nález ze dne 18. dubna 2002.

že Moldávie plánuje dotčené daňové a celní úlevy postupně odbourat. Ve skutečnosti dokonce v době provedení investice již byla první fáze tohoto rušení daňových a celních úlev provedena a kvóty na množství osvobozeného zboží byly poprvé sníženy.⁴³

V literatuře se někdy navrhuje ještě další kritéria pro posuzování investorových legitimních očekávání, včetně např. toho, zda podobné investory poškozující regulatorní zásahy již běžně existují v jiných zemích, zda byla investice provedena v odvětví, pro které jsou typické časté změny v jeho regulatorním rámci, zda bylo při změně regulatorního rámce pamatováno na přechodné období umožňující investorům přizpůsobit se, nebo zda bylo zvýšené riziko negativní změny v regulatorním rámci již promítnuto v nižší kupní ceně investice.⁴⁴

3. Přístup testující účel státního regulatorního zásahu, který má vyvlastňující dopady na investorovu investici

V důsledku důrazu na posuzování účelu opatření hostitelského státu došly tribunály v některých případech k tomu, že státní zásahy, přestože měly na investice zahraničních investorů významný dopad, za vyvlastnění označeny nebyly. Dobrým příkladem takové situace je kauza *Methanex*, ve které tribunál shledal, že kalifornský zákaz jistého aditiva do benzínu nebyl vyvlastněním zahraniční investice výrobce tohoto aditiva. Tento závěr byl odůvodněn mimo jiné tím, že šlo o opatření ve veřejném zájmu, které nebylo diskriminační a nebylo v rozporu s žádnými specifickými závazky vůči zahraničnímu investorovi.⁴⁵

Jiným příkladem stejného přístupu je tribunál, který rozhodoval v kauze *Saluka*, kde sice byla shledána porušení jiných standardů ochrany investora, zejména standardu spravedlivého a rovného zacházení, avšak nikoli vyvlastnění. Tribunál v odůvodnění svého postoje citoval výše zmíněný rozhodčí nález v kauze *Methanex*, že „je principem mezinárodního obyčejového práva že tam, kde ekonomický dopad je následkem *bona fide* regulace v rámci policejních pravomocí státu, kompenzace není vyžadována.“⁴⁶ Tribunál v kauze *Saluka* dále zmínil, že mnohá rozhodnutí podporují závěr, že současné mezinárodní obyčejové právo obsahuje princip, že se stát nedopustí vyvlastnění a tudíž ani nemusí platit kompenzaci postiženému zahraničnímu investorovi, pokud přijímá obecná opatření, jaká jsou obecně přijímána v mezích tzv. policejních pravomocí států.

Tribunál si ale hned pospíšil s upozorněním že před mezinárodním právem stále ještě stojí úkol identifikovat komplexním a definitivním způsobem, jaká přesně regulace je považována za přípustnou a všeobecně přijímanou součást policejních nebo regulatorních pravomocí států, a za kterou v důsledku toho postiženému zahraničnímu investorovi nepřísluší kompenzace. Podle názoru tohoto tribunálu musí mezinárodní právo teprve narýsovat jasnou linii, která takovou nekompensovatelnou regulaci odliší od opatření, která mají za následek připravení zahraničních investorů o jejich investice a jsou proto protiprávní a kompenzovatelná.⁴⁷

Takový přístup je tedy v rámci investiční arbitráže pro-státní, dávající hostitelským státům větší svobodu zavádět regulatorní opatření, byť by měla negativní a někdy dokonce i

⁴³ *Id.* ¶ 65.

⁴⁴ *Ursula Kriebaum: Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State, Journal of World Investment and Trade, 2007, str. 717, 737 – 739.*

⁴⁵ *Methanex v. USA*, ad hoc-arbitráž vedená podle pravidel UNCITRAL, rozhodčí nález ze dne 3. srpna 2005, Part IV, Chapter D, ¶ 4.

⁴⁶ *Saluka Investments B.V. v. the Czech Republic*, ad hoc-arbitráž vedená podle pravidel UNCITRAL, mezitimní rozhodčí nález ze dne 17. března 2006, ¶ 262. Faktografické pozatí této kauzy jistě není třeba českému čtenáři přibližovat. Autor považuje za vhodné přiznat, že byl členem týmu zastupujícího Českou republiku v této investiční arbitráži.

⁴⁷ *Ibid.*, ¶ 263.

velmi významné dopady na zahraniční investory a jejich investice. Lze dokonce tvrdit, že při důsledném uplatnění tohoto přístupu by hrozilo nebezpečí, že by celý koncept nepřímého vyvlastnění pozbyl smyslu. Přístup uplatněný ve zmiňovaných kauzách se nicméně zatím nedočkal širší akceptace, ba naopak, jak uvidíme v následující části článku, další tribunály identifikovaly nebezpečí, které se v něm skrývá.⁴⁸

4. Srovnávací přístup

Předchozí přístup do jisté míry duplikuje kritéria, která dvoustranné dohody o podpoře a ochraně investic standardně používají pro rozlišování mezi legálním a nelegálním vyvlastněním.⁴⁹ I za legální vyvlastnění však náleží náhrada. Při zaměření na účel státního opatření vzniká ovšem nebezpečí, že případ legálního vyvlastnění nebude posouzen jako vyvlastnění vůbec a náhrada za vyvlastněnou investici vyplacena nebude. Z tohoto důvodu některé tribunály považují kritérium *bona fide* regulace v rámci tzv. policejních pravomocí hostitelského státu za nedostatečné a rozporuplné. Například tribunál v kauze *Azurix* problém popsal takto: „Dohoda o podpoře a ochraně investic, posuzována podle ní samé, by požadovala, aby investice nebyly vyvlastňovány jinak než ve veřejném zájmu a aby byla poskytnuta kompenzace, pokud k takovému vyvlastnění dojde, a zároveň, regulatorní opatření, která mohou být srovnatelná s vyvlastněním, by nedala vzniknout nároku na kompenzaci, pokud by byla učiněna ve veřejném zájmu. Kritérium veřejného zájmu jakožto přidavné kritérium týkající se efektu posuzovaných opatření musí být tedy doplněno. Strany ve svých podáních odkazovaly na závěry tribunálu v kauze *Tecmed*. Tento tribunál hledal vodítko v rozhodnutích Evropského soudu pro lidská práva, zejména v případech *James and Others*. Tam soud [tedy ESLP] konstatoval, že opatření zbavující osobu jejího majetku [musí] sledovat, jak ve svém principu tak ve svém faktickém účinku, legitimní cíl ve veřejném zájmu, a být v rozumném vztahu proporcionality mezi použitými prostředky a cílem, jehož dosažení je sledováno. Taková proporcionalita nebude shledána, jestliže dotčená osoba nese individuální a nepřiměřené břemeno. Soud byl toho názoru, že takové „opatření musí být přiměřené k dosažení sledovaného cíle a nesmí být k němu v disproporcii. Soud považoval za relevantní, že cizinci nebudou obecně hrát žádnou roli ve zvolení nebo ve jmenování autorů [opatření] ani s nimi jeho přijetí nebude konzultováno, a konstatoval, že zde může dobře být legitimní důvod pro požadavek, aby občané [hostitelského státu] nesli ve veřejném zájmu větší zatížení než cizinci.“⁵⁰

V této pasáži vidíme tedy třetí přístup k posuzování nepřímého vyvlastnění, který se někdy označuje také jako proporční nebo vyvažovací test. Protože je vyvažovací test

⁴⁸ Pro úplnost a pro zajímavost lze ještě uvést, že existuje i přístup naprosto opačný, který se dívá na veřejný zájem, ve kterém je opatření provedeno, nikoli jako na jeho ospravedlnění, které dané opatření chrání před označením za vyvlastnění, ale naopak jeho absenci vnímá jako argument proti shledání vyvlastnění v daném případě. Stalo se tak v kauze *Lauder*, kde tribunál paradoxně argumentoval takto: „I kdybychom připustili, že kroky učiněné Mediální radou v rozmezí let 1996 a 1999 připravily ve svém účinku Žalobce o jeho majetková práva, takové kroky by nebyly přivlastněním – nebo jeho obdobou – ze strany Státu, protože nepřinesly prospěch ani České republice ani jiné osobě či entitě s ní související a *nebyly přijaty ve veřejném zájmu*.“ (*Ronald S. Lauder v. the Czech Republic*, konečný rozhodčí nález ze dne 3. září 2001, ¶ 203, zdůrazněno autorem článku) Tribunál také ztotožnil „vyvlastnění“ investora s „přivlastněním“ si investice ze strany hostitelského státu. V praxi rozhodčích tribunálů však jednoznačně převládá názor, že pro zjištění vyvlastnění není obohacení vyvlastňujícího státu významné.

⁴⁹ Jak již uvedeno na samém začátku, dohody o ochraně a podpoře investic standardně stanoví, že vyvlastnění může být provedeno jen ve veřejném zájmu, na základě spravedlivého procesu, bez diskriminace a při promptním vyplacení adekvátní kompenzace.

⁵⁰ *Azurix Corp v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Rozhodčí nález ze dne 14. července 2006, ¶ 311 (uvozovky uvnitř citovaného textu vypuštěny).

komplexnější, ja patrně lepší než předchozí dva přístupy k nepřímému vyvlastnění, které se vždy dívají pouze na jednu misku pomyslných vah. I s tímto testem je však třeba zacházet obezřetně. Poněkud problematický je například požadavek, že pro zjištění nepřímého vyvlastnění musí utrpět postižený investor újmu, která je individuální. Lze si jistě dobře představit situace, kdy opatření hostitelského státu postihne celou skupinu či kategorii zahraničních investorů.⁵¹ Pokud takové opatření jinak po všech stránkách splňuje kritéria nepřímého vyvlastnění, bylo by jistě nežádoucí, aby v takové situaci byla bez dalšího plošnost dopadu státního zásahu jedinou překážkou přiznání náhrady škody. Mechanickou aplikací takového kritéria by paradoxně byly zvýhodňovány hostitelské státy, které poškozují zahraniční investory ve větším měřítku.

Je rovněž pozoruhodné, jak investiční tribunály našly inspiraci v jiné oblasti mezinárodního práva. Posouzení, do jaké míry přitom investiční tribunály posouvají test vyvinutý v praxi Evropského soudu pro lidská práva jinam, než kde je jeho původní význam, již překračuje meze tohoto krátkého úvodu do problematiky nepřímého vyvlastnění.

Na okraj stojí za to ještě poznamenat, že použití vyvažovacího testu je samozřejmě omezeno právě na situace nepřímého vyvlastnění. Jistě by bylo například absurdní ho používat ve chvíli, kdy stát přímo vyvlastní něčí nemovitosti za účelem výstavby dálnice. Zde je veřejný zájem natolik nesporný, že za použití vyvažovacího testu by rozhodčí tribunál musel dospět k neudržitelnému závěru, že o vyvlastnění nešlo.

5. Závěr

Výše uvedený krátký výklad si nekladl za cíl být vyčerpávajícím pojednáním o problematice nepřímého vyvlastnění. Ukazuje však základní problémy vyplývající z posunu v praxi států od přímého vyvlastňování zahraničních investic k jejich vyvlastňování nepřímému, většinou ani nezamýšlenému. Jde o problematiku novou, a tak rozhodčí praxe arbitrážních tribunálů zatím není ustálena. Protože v mezinárodním právu neexistuje doktrína precedentu, a také z toho důvodu, že téměř každý rozhodčí tribunál funguje na základě jinak formulované dohody o ochraně a podpoře investic, nemusí rozhodčí tribunály respektovat rozhodčí nálezy svých předchůdců, byť by se jednotlivé kauzy týkaly srovnatelných skutkových situací. Proto se dá očekávat, že rozhodovací praxe arbitrážních tribunálů ve věcech nepřímého vyvlastnění ještě dlouho sjednocena nebude.

⁵¹ Viz například mnohočetné investiční kauzy, které vygenerovala argentinská krize v roce 2001.