

Kdo chce stát bít, vždycky si BIT najde

(Publikováno s neautorizovanými změnami v Euro 38/2010, toto je původní verze článku)

Ondřej Sekanina

Že takové přísloví neznáte? Měli byste. A co je to ten BIT v názvu článku? Jde o anglickou zkratku slov „bilateral investment treaty,“ tedy dohodu o ochraně a podpoře investic. Všichni víme, že podle těchto mezistátních dohod žalují zahraniční investoři Českou republiku, když tato poškodí jejich investice. Pro příklady není třeba chodit daleko, protože Česká republika je jedním z nejžalovanějších států na světě v investiční arbitráži. Vzpomeňme například jen na arbitráže, které v nedávné minulosti vedli Ronald Lauder kvůli TV Nova či japonská banka Nomura kvůli pádu IPB.

Skoro nikdo už ale neví, že velká část dohod o podpoře a ochraně investic umožňuje, aby se jejich ochrany dovolal i domácí investor z hostitelského státu. Jak je to možné? Stačí, aby si vyvedl vlastnictví ke svému podnikatelskému majetku na zahraniční společnost registrovanou ve státě, se kterou má Česká republika dohodu o podpoře a ochraně investic.

O tom, že nejde pouze o teoretickou možnost, svědčí dnes již klasická kauza Tokios Tokeles versus Ukrajina. Tokios Tokeles byla litevská společnost, která provozovala na Ukrajině prostřednictvím místní společnosti Taki spravy podnikatelskou činnost v oblasti reklamní, nakladatelské a tiskařské. Na začátku roku 2002 vydala společnost Taki spravy knihu, která se pochvalně vyjadřovala o pozdější ukrajinské ministerské předsedkyni Julii Timošenkové, tehdy ovšem ještě opoziční političce. Ať již šlo o shodu okolností nebo o příčinnou vazbu, po vydání této knihy začala mít společnost různé problémy s ukrajinskými státními orgány. V důsledku toho ještě v tom samém roce společnost Tokios Tokeles zahájila investiční arbitráž proti Ukrajině.

Ukrajina však v řízení přišla s námitkou, že žalobce nemůže vznášet žádné nároky podle ukrajinsko-litevské dohody o podpoře a ochraně investic, protože nejde ve skutečnosti o litevskou společnost. Tokios Tokeles byla sice společnost založená v Litvě, avšak 99% jejích akcií vlastnili Ukrajinci a ti také tvořili dvě třetiny managementu. Rozhodčí tribunál ale tyto námitky smetl ze stolu s tím, že jak podle ukrajinsko-litevské dohody o podpoře a ochraně investic, tak podle tzv. Washingtonské úmluvy o řešení sporů z investic je relevantní jen jedno jediné kritérium - zda je žalobce společnost zaregistrovaná na území Litvy v souladu s jejími zákony. A to společnost Tokios Tokeles beze sporu byla. Investiční tribunál jí tak dovolil vést arbitráž proti Ukrajině.

Připadá Vám to postavené na hlavu? Stejný dojem měl i jeden člen tříčlenného tribunálu, velice vážený francouzský profesor Prosper Weil. Ten napsal, jak se to u rozhodčích nálezů v investiční arbitráži občas dělá, nesouhlasný názor, ve kterém polemizoval s názorem svých dvou kolegů, rovněž velmi renomovaných mezinárodních právníků. Poukazoval přitom na to, že účelem příslušných mezinárodních dohod je podpora vskutku mezinárodních investic v pravém, či chcete-li úzkém, smyslu toho slova. Podle jeho názoru nebylo tedy správné, že většina tribunálu se rozhodla nezkoumat, odkud pocházel kapitál, který Tokios Tokeles vložila do Taki spravy. Vadilo mu, že kapitál na své cestě opsal kruh, přitékl sice na Ukrajinu z Litvy, ale na Litvu předtím doputoval zase z Ukrajiny. Nicméně to, co se počítá, je názor většiny. Profesor Weil byl, lidově řečeno, prostě přehlasován.

Existují samozřejmě dohody o podpoře a ochraně investic, které takovou situaci vylučují nebo alespoň znesnadňují. Činí tak například ustanoveními, které vyžadují, aby chráněný investor měl ekonomické aktivity i na území státu, kde byl založen, nebo aby byl pod kontrolou osob majících státní příslušnost stejného státu. Obecně ale převládá formální přístup, který umožnil, že Tokios Tokeles mohl žalovat.

A jak je na tom Česká republika? V současnosti máme uzavřeno kolem sedmdesátky dohod o podpoře a ochraně investic. Všechny hlavní dohody přitom uplatňují formální přístup. Zajímá je tedy pouze, kde byl investor – právnická osoba – založen, a nic jiného. Tento přístup je obsažen například i v česko-holandské dohodě o podpoře a ochraně investic, která je dle statistiky Konference OSN pro obchod a rozvoj jednou z pěti nejvíce používaných dohod o podpoře a ochraně investic, kterých je na celém světě přes dva a půl tisíce. Tokios Tokeles je tedy možný i u nás. Dokonce se proslýchá, že velká část investičních arbitráží vedených v současnosti proti České republice má právě tento scénář. Navíc, i pokud by Česká republika chtěla tento stav změnit, nebude to jednoduché, protože by musela s partnerskými státy dojednat změny dohod o podpoře a ochraně investic, a to by si kromě nejisté ochoty partnerských států k takovému kroku vyžádalo přinejmenším spoustu času. Změna tedy není v dohledu.

Pro ty české podnikatele, kterým náš stát šlape na prsty, a kteří si už mnou ruce, že se musí rychle poohlédnout po nějakém tom holandském „bévéčku“, je však třeba ještě zmínit, že je tu jeden velmi důležitý korektiv.

Dobrou ilustrací je nedávno skončená kauza Phoenix Action Limited versus Česká republika. V ní byla žalobcem izraelská společnost, kterou ale založil český podnikatel. Učinil tak až poté, co se jeho české společnosti dostaly do nejrůznějších obtíží a v souvislosti s tím mj. i do hledáčku orgánů činných v trestním řízení. Jak stojí v rozhodčím nálezu, český

podnikatel byl zadržen, uprchl však policejní eskortě a podařilo se mu vycestovat do Izraele. Tam založil společnost Phoenix, která pak koupila jeho české společnosti a zahájila investiční arbitráž. Rozhodčí tribunál však bez zaváhání rozhodl, že v tomto případě šlo o zneužití institutu investiční arbitráže a znemožnil Phoenixu Českou republiku žalovat. Bájny pták tak z popela tentokrát nepovstal. Onen důležitý korektiv tedy je, že domácí podnikatel si nemůže vytvořit předpoklady k zahájení investiční arbitráže vyvedením vlastnictví do zahraničí až v okamžiku, kdy se doma dostal do problémů. I v kauze Tokios Tokeles většina tribunálu na podporu svého závěru zmiňuje fakt, že litevská společnost byla založena řadu let před tím, než její dceřiné společnosti vznikly problémy.

Konečně se naskýtá otázka, zda je takový stav správný či žádoucí. Těžko odpovědět. Mezi odborníky na právo investiční arbitráže se o tom vedou debaty. U nás diskuse na toto téma schází, jako ostatně vůbec diskuse nad celým fenoménem investiční arbitráže. Vezmeme-li ale v úvahu, že investiční arbitráž je jedním z mála nástrojů, kterými lze kultivovat naši státní správu, měli bychom asi současný stav spíše vítat. Ostatně ti vizionářštěji založení odborníci na mezinárodní právo prorokují, že se jednou právo ochrany investic přiblíží mezinárodním dohodám o ochraně lidských práv právě v tom, že nebude důležité, odkud investor resp. investice pochází...

Mgr. Ondřej Sekanina, LL.M., se od roku 2001 specializuje na investiční arbitráž, ve které se řeší spory investorů se státy o znehodnocené či poškozené investice. Před založením vlastní praxe v tomto oboru působil v několika mezinárodních právních firmách a zastupoval v investiční arbitráži jak zahraniční investory, tak hostitelské státy. Pracoval mimo jiné na arbitráži Saluka versus Česká republika, která byla způsobena pádem IPB, nebo na arbitráži, ve které ruský podnikatel žaloval Mongolsko kvůli vyvlastnění svých zlatých dolů. Ochranu investic rovněž vyučuje na Fakultě sociálních věd Univerzity Karlovy.