

TEXT: ONDREJ PONIŠŤIAK, DAVID VOSOL / FOTO: PROFIMEDIA

NEPŘÍMÉ VYVLASTNĚNÍ

KRÁTKÝ NÁHLED DO OBLASTI NEPŘÍMÉHO VYVLASTNĚNÍ ZAHRANIČNÍCH INVESTORŮ ODHALÍ, CO SE POD TÍM POJMEM SKRÝVÁ. POSKYTUJE SMLUVNÍ A ARBITRÁŽNÍ VYJÁDŘENÍ INSTITUTU NA POZADÍ PROBLÉMU VYMEZENÍ PŘESNÉ HRANICE.



Mezinárodní investiční činnost sehrává v globalizovaném světě zaměřeném na stálý ekonomický růst významnou úlohu. Úsilí států o co nejvýhodnější investiční podmínky pro zahraniční investory naráží v některých oblastech na legitimní regulační vládní opatření spočívající například v ochraně veřejného zdraví, bezpečnosti, morálky anebo jiných oblastí veřejného zájmu. Ta bývají přijímána s odkazem na mezinárodněprávní princip státní suverenity.

Vyvlastnění a znárodnění spolu s konfiskací představovaly v minulosti nejzávažnější zásahy do majetkových práv zahraničních investorů a jejich identifikace nečinila výraznější potíže. Praxe států se však s ohledem na pozitivní ekonomický přínos investiční činnosti zahraničních investorů a v souvislosti se snahou o vytvoření co možná nejpráznivějších investičních podmínek v období po dovršení procesu dekolonizace afrických a asijských států změnila.

Za Huga Cháveze se ve Venezuele vyvlastňovalo přímo (ropná plošina firmy Shell)

Nepochybně jde právě o důsledek globalizace, jejímž průvodním znakem je kromě vytvoření světového trhu i skutečnost, že ze států se stali přímí konkurenti v boji o příliv zahraničních investic. Odborná veřejnost poukazuje na fakt, že klesající počet případů zjevného vyvlastnění majetku nepřímo úměrně koresponduje se zvýšenou intenzitou legislativní činnosti a narůstajícím počtem regulačních opatření, která de facto anebo nepřímo zbavují investory jejich majetku. Je zřejmé, že konfiskační



Mgr. Ondrej Poništiak a Mgr. David Vosol, MBA, působí v advokátní kanceláři bpv Braun Partners

či znárodňovací opatření státu jeho investiční atraktivitu nezvýší, proto jsou dnes státy v případě zásahů do majetkových zájmů zahraničních investorů mnohem opatrnější a vy- nalézavější. Objevuje se celá řada státních zásahů spadajících pod označení nepřímé vyvlastnění.

PRAMENY ÚPRAVY

Protože právo státu vyvlastnit je považováno za součást mezinárodního obyčejového práva, bylo snahou především rozvinutých států, ze kterých v minulosti drtivá většina investorů přicházela, adekvátně upravit podmínky tohoto vyvlastnění. Mezi rozvinutými a rozvojovými zeměmi vytvářela nejednotnost zejména otázka náhrady za vyvlastnění, která je jednou z příčin, proč dodnes nebyla přijata komplexní mezinárodní investiční dohoda.

Její absenci zčásti nahrazují mnohostranné investiční smlouvy přijaté v rámci Světové obchodní organizace, regionální smluvní instrumenty, jako například Dohoda o severoamerické zóně volného obchodu (NAFTA), Smlouva o energetické chartě, charakteristická svojí působností pro energetický sektor, a hlavně dvoustranné investiční smlouvy o podpoře a ochraně investic (dále též „BITS“ anebo „BIT“ pro singulár). Jejich počet se v současnosti odhaduje na 3000. Praxe přijímání BITS se naplno projevila i v České republice, která je stranou těchto smluv ve více než 70 případech. V bilaterálních investičních

smlouvách zvítězil koncept tzv. Hulovy doktríny požadující okamžitou, efektivní a adekvátní náhradu, která zpravidla představuje tržní hodnotu investice bezprostředně před vyvlastněním.

IN MEDIAS RES

Identifikace nepřímého vyvlastnění je, spolu s vymezením linie mezi ním a legitimními státními zásahy nevyžadujícími kompenzaci, nejvýznamnějším problémem v současném mezinárodním investičním právu. Bude nepřímým vyvlastněním zákaz zisku soukromých zdravotních pojišťoven v systému zákonného veřejného zdravotního pojištění? Má efekt ekvivalentní k přímému vyvlastněním státem vynucené ustanovení manažerů do řídicích organizačních struktur zahraniční společnosti, zavedení exportních kvót způsobujících redukcii zisku investora, dodatečné zdanění nebo odvody v rozporu s legitimním očekáváním zahraničního investora, případně státem neuznané právo koupě 21procentního podílu v pojišťovací společnosti na základě dodatku k privatizační smlouvě se státem? S těmito a podobnými otázkami jsou konfrontovány mezinárodní investiční tribunály. Z různorodosti

načrtnutých případů je zřejmé, jak širokého okruhu situací se oblast nepřímého vyvlastnění dotýká, což zároveň implikuje problémy při vymezení samotného pojmu.

Nepřímým vyvlastněním se ve všeobecnosti rozumí opatření anebo série opatření uskutečněných ze strany státu, která mají efekt ekvivalentní k přímému vyvlastnění bez formálního převodu vlastnického titulu. Mezinárodní smluvní dokumenty neobsahují dostatečně exaktní definici. Většina z nich charakterizuje nepřímé vyvlastnění jako opatření mající účinek podobný znárodnění anebo vyvlastnění. Výjimkou nejsou ani BITS přijaté Českou republikou. Tak například investiční smlouva mezi ČR a Ázerbájdžánem, která vstoupila v platnost minulý rok, v čl. 6 odst. 1 praví: „Investice investorů kterékoli ze smluvních stran nebudou znárodněny, vyvlastněny nebo podrobeny opatřením majícím podobný účinek jako znárodnění nebo vyvlastnění na území druhé smluvní strany s výjimkou veřejného zájmu.“

Na jedné straně se tak ponechává arbitrážním tribunálům dostatečný prostor pro zohlednění kazuistiky sporů, opačnou stranou mince je snížení právní jistoty státu i zahraničních investorů, protože expropriační charakter vládních opatření zůstává mnohokrát nejasný a je předmětem arbitrážního řízení. Definičně přesněji vymezit institut nepřímého vyvlastnění se ve svých rozhodnutích pokusily i arbitrážní tribunály.

Ve věci Metalclad v. Mexiko se například tribunál vyjádřil, že pojem vyvlastnění podle NAFTA zahrnuje „skrytý nebo neplánovaný zásah do užití majetku, který má efekt zbavení vlastníka, vcelku nebo v podstatné části, užití nebo odůvodněné očekávaného ekonomického zisku majetku, dokonce ne nutně k zřejmému zisku hostitelského státu“.

NEJEDNOTNOST MEZI ROZVINUTÝMI A ROZVOJOVÝMI ZEMĚMI VZBUZOVALY HLAVNĚ OTÁZKY NÁHRADY ZA VYVLASTNĚNÍ.



Ve sporu *Parkerings v. Litva* arbitři konstatovali, že nepřímé vyvlastnění není ve smlouvách jasně definované, nýbrž „může být chápáno jako negativní efekt vládních opatření na investorova majetková práva, který nezahrnuje převod majetku, ale zbavení jeho užívání“.

KRITÉRIA V ARBITRÁŽNÍ PRAXI

I když uvedené citace poskytují bližší představu o nepřímém vyvlastnění, nic to nemění na skutečnosti, že dokázat jeho existenci v praxi bývá velmi komplikovanou záležitostí. V tomto ohledu sehrává judikatura arbitrážních tribunálů nezastupitelnou úlohu a postupně vytváří systém kritérií, která je nutné při stanovení charakteru státních

zásahů zohlednit. Mezi tato kritéria patří intenzita zásahu do majetkových práv, efekt, účel, povaha a charakter vládních opatření, přičemž se zohledňují i legitimní očekávání investora.

Atribut intenzity zásahu sleduje především ekonomický dopad státního opatření na majetkové zájmy zahraničních investorů, jeho trvání a ztrátu kontroly nad investicí. Aby byl zásah státu považován za nepřímé vyvlastnění, musí mít na ekonomickou hodnotu investice destruktivní a dlouhotrvající účinek. Tak například ve sporu *S.D. Myers v. Kanada* zákaz exportu polychlorovaného bifenylu postihující investora v trvání 18 měsíců za nepřímé vyvlastnění považován nebyl. Dalším faktorem je efekt státního zásahu.

V Rusku se obětí nepřímého vyvlastnění stali britští naftaři z BP

Platí totiž, že efekt opatření na investora, ne úmysl státu vyvlastnit je rozhodujícím faktorem. Vzhledem k problematickosti dokazování úmyslu státu nepřímo investora vyvlastnit je tento přístup vcelku pochopitelný.

Kritéria účelu, povahy a charakteru mají specifický význam především při rozlišení nepřímého vyvlastnění a legitimních vládních opatření nevyžadujících kompenzaci. Zatímco povaha opatření poukazuje na to, zda je regulační zásah *bona fide*, při účelu se zkoumá, zda opatření sleduje legitimní veřejněpolitický cíl. Charakterem opatření se rozumějí znaky jako nediskriminace, soulad s právním procesem a proporcionalita. Ve sporu *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexiko* tvrdil španělský investor existenci nepřímého vyvlastnění spočívající v neobnovení licence pro jeho údajně nebezpečnou skládku odpadu. Arbitři uvažující veřejný zájem i právní ochranu poskytovanou investicím rozhodli, že konání přičitatelné Mexiku je v daném případě nepřiměřené, a konstatovali porušení předmětné BIT.

Atributem, který sehrává rovněž roli při klasifikaci státního zásahu jako nepřímého vyvlastnění, je racionální nebo též legitimní očekávání investora, speciálně tam, kde byla tato očekávání krystalizována uzavřením vládních smluv, vydáváním licencí, koncesí nebo jiných forem vládních povolení udělovaných na základě národního práva.

SISYFOVSKÝ ÚKOL

Uvedená kritéria sehrávají při posuzování nepřímého vyvlastnění důležitou roli, navzdory tomu jde jen o pomocný koncept, na který je nutné nahlížet v kontextu konkrétního sporu. Na jedné straně je možné kvitovat definičně přesnější vymezení nepřímého vyvlastnění v přílohách nových vzorových BITs USA a Kanady a opírat se o závěry výše uvedené arbitrážní praxe, pro komplexnost investičních sporů, ekonomickou i právní, však nadále přesné vymezení hranice nepřímého vyvlastnění zůstává sisyfovským úkolem. &

PŘESNÉ VYMEZENÍ NEPŘÍMÉHO VYVLASTNĚNÍ ZŮSTÁVÁ - KVŮLI EKONOMICKÉ I PRÁVNÍ SLOŽITOSTI VĚCI - SISYFOVSKÝM ÚKOLEM.