

Paneurópska vysoká škola

Fakulta práva

P O S U D O K oponenta dizertačnej práce

Meno a priezvisko doktorandky: JUDr. Mgr.Barbora Vlachová

Študijný program: Teoretické právni vedy

Názov dizertačnej práce: Vyvlastnění a ochrana investic

Školiteľ: Doc. JUDr. Vladimír Balaš, CSc.

Oponent: Doc. JUDr. Katarína Chovancová, PhD., LL.M., MCI Arb

Pracovisko a funkcia oponenta: Ústav medzinárodného a európskeho práva, docentka

Téma dizertačnej práce JUDr. Vlachovej („autorka“) je na prvý pohľad priam ohurujúca mimoriadne ambicióznym rozsahom pokrytia dvoch dôležitých súčastí medzinárodného investičného práva, ktorými vyvlastnenie a ochrana zahraničných investícií nepochybne sú. Napriek osobnej preferencii oponenta sústrediť prácu radšej na samotné vyvlastnenie zahraničných investícií (uvedomujúc si, že samotný historický vývoj vyvlastnenia či analýza jednotlivých kategórií vyvlastnenia zahraničných investícií a stanovenia vhodnej kompenzácie investora sú samostatnými témami dizertačných prác), nemožno autorke ohľadne výberu témy práce vrátane idey analýzy ochrany zahraničných investícií v prepojení s ich vyvlastnením vyčítať vôbec nič, osobitne pri zvážení turbulentného vývoja medzinárodného investičného práva, ktoré je v súčasnosti snáď najpertraktovanejšou súčasťou medzinárodného hospodárskeho (resp. ekonomického) práva.

Vskutku, medzinárodné investičné právo je momentálne konfrontované so štyrmi zásadnými problémami. Prvým problémom sú asymetrické BITs, formulované zväčša v prospech investorov, pričom sa priveľmi zabúda na podstatne vyšší účel ich uzavretia, než len ochrana zahraničných investorov a ich investícií zmluvnými štátni BIT, ktorým je nepochybne celkový ekonomický prínos zahraničných investícií pre hosťovský štát a zlepšenie životnej úrovne jeho občanov. Súčasne v nich chýba - prípadne je zakotvená len nejasne - definícia právomoci hosťovského štátu na vydávanie regulačných opatrení vo vzťahu k investorom, čo vyvoláva korešpondujúcu reakciu zo strany hosťovských štátov v podobe precizovania BITs (napr. TPP a CETA), alebo vypovedanie BITs a vystúpenie z ICSID (Bolívia, Ekvádor, Venezuela a perspektívne aj Indonézia a Južná Afrika).

Vhodným riešením sa javí byť aj prijímanie inovovaných vzorových BITs. Napríklad Vzorová indická BIT z r.2015 vyžaduje od investorov povinné vyčerpanie domácich opravných prostriedkov v hosťovskom štáte po dobu piatich rokov predtým, než investor môže iniciovať medzinárodnú arbitráž, pričom z definície pojmu investície vylúčila problematické portfóliové investície a schránkové spoločnosti zase z definície investora. Obdobne razantne sa indická Vzorová BIT vysporiadala aj s klasickou „PAEC“ v duchu Hull formulae, keďže zakotvuje len možnosť dosiahnutia „primeranej“ náhrady škody pre investorov. Pokiaľ ide o problematické definovanie štandardu FET, tvorcovia indickej Vzorovej BIT sa neuspokojili dokonca ani s pomerne bezpečným

prepojením štandardu s medzinárodným právom, či detailným špecifikovaním obsahu štandardu, ale priamo štandard FET i MFN zo Vzorovej BIT vylúčili.¹

Ďalším zásadným problémom je dnešná masívna kritika ISDS systému, vyčítajúca ISDS netransparentnosť investičných arbitráží, zaujatosť i nedostatočnú kvalifikáciu rozhodcov, neexistenciu odvolacieho konania, vysoké právne náklady atď.² Na druhej strane nie sú výnimkou odborné názory, ktoré ISDS mechanizmus kritizujú a predpovedajú jeho možný postupný zánik, navrhujúc ako alternatívu vznik novej Svetovej investičnej organizácie (po vzore WTO)³ s vlastným investičným súdom, pričom však súčasne navrhujú i reformu ISDS a upozorňujú na skúsenosti s nedostatočnou efektívnosťou diplomatickej ochrany v medzinárodnom investičnom práve.

Tretím závažným problémom moderného medzinárodného investičného práva je až prílišná sústredenosť na ochranu záujmov investorov na úkor ochrany životného prostredia a ľudských práv v host'ovských štátoch. Ide však o problém, ktorý už v súčasnosti úspešne odstránila napr. Vzorová BIT USA z r.2012, ako aj už spomínaná indická Vzorová BIT v snahe inovovať vzorové BITs implementovaním známeho rámca OSN⁵ v súlade s článkom 9 Usmerňujúcich zásad podnikania a ľudských práv OSN prof. Ruggieho z r.2011. Posledným značným problémom medzinárodného investičného práva je nevhodné okliešťovanie právomoci host'ovského štátu na prijímanie nediskriminačných legálnych regulačných opatrení, vydávaných vo verejnom záujme – rozhodcovia totiž svižne vždy zdôrazňujú zmluvné povinnosti host'ovského štátu voči investorom v situácii, keď sa host'ovský štát bráni argumentom prijatia potrebného regulačného opatrenia vo verejnom záujme – či už v záujme ochrany verejného zdravia, životného prostredia atď.

Judikatúra investičných tribunálov v súvislosti s regulačnými opatreniami host'ovských štátov a regulačným vyvlastnením investora postupne expanduje – napr. v súčasnosti sa očakáva rozhodnutie v NAFTA arbitráži Lone Pine v Canada, vedenej voči Kanade investormi z USA. Paradoxom je, že sú to práve USA, ktoré od r.2012 zaznamenávajú „volte face“, prejavujúce sa nielen v opatrnej úprave FET vo Vzorovej BIT, ale napr. prostredníctvom novej restriktívnej úpravy legálneho vyvlastnenia a aj vylúčenia nediskriminačných regulačných opatrení štátu, prijatých vo verejnom záujme z kategórie nepriamych vyvlastnení v Prílohe 2 Vzorovej BIT USA (okrem výnimočných okolností).

Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti je možné skonštatovať, že téma dizertačnej práce autorky je mimoriadne aktuálna. Poňatá je možno až priveľmi veľkoryso, čo je trochu na úkor hĺbky spracovania problematiky ochrany zahraničných investícií, ktorou sa autorka zaoberá približne v prvej polovici práce (napr. aj jednotlivé štandardy ochrany investícií sú vhodnými samostatnými témami dizertačných prác), pričom to isté platí aj pre druhú polovicu práce, sústredenú na rozbor vyvlastnenia v medzinárodnom investičnom práve. Z formálnej stránky je práca vypracovaná na slušnej úrovni, autorka pracuje s uspokojivým počtom domácich i zahraničných vedeckých i odborných knižných i časopiseckých publikácií (vrátane internetových zdrojov) z oblasti medzinárodného investičného práva, ako aj všeobecného medzinárodného práva verejného.

¹ Bližšie HANESSIAN, G., DUGGAL, K.: The Final 2015 Indian Model BIT: Is This the Change the World Wishes to See ? In: ICSID Review, 2017, Vol.32, No.1, p.216-226. Obdobne GOLDSTEIN, J. S.: Bringing BITs Back from the Brink. In: Denver Journal of International Law & Policy, 2017, Vol.45, p.365-396.

² KLETT, J.: National Interest vs. Foreign Investment - Protecting Parties through ISDS. In: 25 Tulane Journal of International and Comparative Law, 2016, p.213-238.

³ SUBEDI, S.P., BUTLER, N.: The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation?, Netherlands International Law Review, 2017, Vol.64, p.43-72.

⁴ SUBEDI, S.P.: International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Oxford, Hart Publishing, 2016, p.27.

⁵ The UN Protect, Respect and Remedy Framework.

Počet citovaných a spracovávaných rozhodcovských a súdnych rozhodnutí medzinárodných súdov a investičných tribunálov (ako aj domácich vhodne zvolených českých súdnych rozhodnutí) je uspokojivý. Nedostatkom je nízka miera využitia najnovších publikácií z oblasti medzinárodného investičného práva (napr. Subedi 2016, Sornarajah 2017, Salacuse 2015 a pod.). Autorka tak bohužiaľ nedisponovala s najnovšími závermi a prognózami najznámejších autorov z oblasti medzinárodného investičného práva, čo však neznižuje samo osebe kvalitu práce, skôr jej aktuálnosť.

Pokiaľ ide o štruktúru práce, okrem úvodu a záveru sa skladá z ôsmich častí, zoznamu skratiek, zoznamu použitej bibliografie, ako aj z kľúčových slov a abstraktu práce v anglickom a českom jazyku. Za ťažiskové kapitoly je možné označiť kapitoly 4 až 7, venované vyvlastneniu zahraničných investícií v medzinárodnom investičnom práve, pričom za pre čitateľa najpútavejšie je možné zrejme považovať kapitoly 6 a 7, venované briefingu aktuálnych i starších zásadných prípadov vyvlastnenia investícií, vrátane briefingu aktuálne vedených sporov proti Českej republike.

Už v úvode práce sa autorka snaží o stručné predstavenie súčasného systému ochrany zahraničných investícií, pričom správne upozorňuje na neexistenciu zastrešujúcej medzinárodnej investičnej organizácie – rovnako chýba aj zastrešujúci medzinárodný dohovor, upravujúci pravidlá zahraničného investovania, o konečne záväznom kódexe podnikania a vôbec správania sa MNEs v host'ovských štátoch už ani nehovoriac.

Autorka súčasne definuje tému svojej práce a veľmi stručne načrtáva definíciu vyvlastnenia, spomínajúc v súčasnosti preferované nepriame vyvlastnenie investorov. Okrem toho autorka zdôrazňuje ako cieľ svojej práce analýzu pojmu vyvlastnenia v praxi investičných tribunálov a popis súčasného modelu medzinárodnej ochrany zahraničných investícií – v priebehu práce sa však čitateľ stretne s opačným poradím, keďže autorka približne prvú tretinu práce venuje práve ochrane zahraničných investícií, pričom analýza problematiky vyvlastnenia nasleduje až po kapitolách, venovaných ochrane zahraničných investícií z rôznych uhlov pohľadu. V závere úvodu autorka uvádza aplikované vedecké metódy (vrátane ich definície) a stručný i celkom užitočný obsah jednotlivých kapitol práce.

Prvú kapitolu autorka prezieravo venovala vymedzeniu základných pojmov, používaných v práci, ktoré sú v podstate základnými pojmami nielen ochrany medzinárodných investícií, ale aj celého medzinárodného investičného práva – konkrétne ide o pojmy investícia, investor a predstavenie základných štandardov ochrany zahraničných investícií, t.j. NT, MFN a FET. V celej kapitole oponentovi chýba štedrejšie využitie relevantnej bibliografie, z obsahového hľadiska by práci určite pomohlo. Pri klasifikácii investícií autorka možno mohla spomenúť súčasný trend nových vzorových BITs, ktoré portfóliové investície z definície investície vylúčili. Oponent súčasne ocenil autorkinu záverečnú správnu poznámku ohľadne Saliniho testu.

Prvá kapitola ďalej obsahuje veľmi stručnú definíciu investora, ako aj krátku charakteristiku NT, MFN a FET, kde autorka mohla MFN možno venovať trochu viac pozornosti, rovnako ako pri charakteristike FET. Pokiaľ ide o prípad El Paso, autorka sa mohla zmieniť o súčasnom skôr kritickom vnímaní rozhodnutia ICSID tribunálu, označujúcim postup tribunálu ako ukážkové invenčné expandovanie výkladu FET – obdobná „osobná“ poznámka mohla byť doplnená aj v súvislosti s rozhodcovským rozsudkom v prípade Metalclad, ktorý sa (mierne ironicky) považuje snáď za najústretivejšie rozhodcovské rozhodnutie, aké kedy bolo vydané vo vzťahu k zahraničným investorom.

Druhá krátka kapitola je venovaná letnému náhľadu na historický vývoj ochrany investícií. Pri základnom náčrte Calvovej doktríny mohla autorka uviesť aj dôvod jej vzniku a ruskej revolúcií možno venovať o pár riadkov navyše – minimálne spomenúť protesty i neskoršiu rezignáciu

západných štátov s tzv. „facts on the ground“ na ruský spôsob. V rámci uvedenia mexickej revolúcie mohla autorka možno uviesť konkrétne útržky rozsiahlej komunikácie Cordella Hulla s mexickým ministrom zahraničných vecí, a to osobitne Hullove excelentné zadefinovanie vyvlastnenia bez kompenzácie - výstižnejšie podľa názoru oponenta snáď ani neexistuje. Pri plánovanom založení ITO sa zase žiadalo uviesť i dôvod neúspešnosti projektu jeho založenia v rámci širšej zostavy s WB a IMF.

V rámci uvedenia základov súčasného systému ochrany zahraničných investícií autorka správne začína s diplomatickou ochranou, oponent len pripomína, že sa mohla zmieniť aj o dôvode spomenutého odklonu od jej využitia v medzinárodnom investičnom práve a uprednostneniu Calvovej doktríny - opätovne autorka používa bohužiaľ len minimum relevantnej odbornej literatúry, čo práci veľmi neprospieva. Okrem toho, autorka mohla doplniť v rámci predstavenia diplomatickej ochrany, že ide o tradičný základ ochrany zahraničných investícií v medzinárodnom obyčajovom práve, ktorého najznámejším priekopníkom - definujúc medzinárodný minimálny štandard zaobchádzania s cudzincami (vrátane investorov) na území host'ovského štátu - je známy americký právnik Elihu Root.

Autorka súčasne správne spomína článok 27 ICSID Dohovoru, ide však v skutočnosti len o jediné ustanovenie, výslovne zakotvujúce vylúčenie diplomatickej ochrany v ICSID arbitráži - jeho pôsobnosť nie je možné rozširovať mimo rámca ICSID. Prehľad vývoja jednotlivých generácií BIT je praktický, autorka správne uvádza dôvody zakotvenia súčasného systému ochrany investícií v BITs, popis situácie v Českej republike v súvislosti s vývojom ochrany medzinárodných investícií je vhodným zakončením druhej kapitoly práce.

Tretiu kapitolu práce autorka venovala charakteristike prameňov právnej ochrany investícií a vyvlastnenia. Napriek tomu, že ide o kapitolu užitočnú i vhodne zakomponovanú do obsahu práce, autorka ju považuje za zbytočne dlhú a trochu únavnú - osobitne z pohľadu čitateľa, zaujímajúceho sa najmä o problematiku vyvlastnenia zahraničných investícií, ktorej analýza je predmetom ďalších kapitol práce. Autorka tu však postupuje správne - spomedzi prameňov vyzdvihuje medzinárodné zmluvy, ďalej BITs (aj so vzorovou charakteristikou typickej BIT). Pri MIGe autorka mohla pre porovnanie spomenúť i OPIC a možno aj skutočnosť, že charakteristika MIGy a hodnotenie jej úspešnosti je v rámci medzinárodného hospodárskeho práve rozdielne v medzinárodnom investičnom práve a v medzinárodnom monetárnom práve.

Pri TRIMs sa autorka správne zmieňuje o kritike ohľadne vplyvu rozvinutých štátov v súvislosti s jej prijatím - s trochou irónie by sa dalo oponovať s WTO Agreement on Agriculture a predlžovaním všetkých možných odkladov dodržiavania TRIPs-u rozvojovými krajinami a LDCs, kde sa zohľadňuje predovšetkým ich záujem - a to priam donekonečna. V rámci uvedenia ICSID Dohovoru mohla autorka spomenúť súčasnú značnú kritiku ICSID arbitráže, pri ECT zase robustnú arbitráž podľa článku 26 ECT, v rámci NAFTA oponentovi opäť chýba obmedzený rozsah aktuálnej literatúry (napr. Todd Weiler, vynikajúci Patrick Dumberry atď.)

Autorka ďalej do prameňov správne zahrňuje právo EÚ, vrátane TFEU, investičných zmlúv, dojednaných s EÚ, pričom sa nevyhýba ani priblíženiu doteraz spornej problematiky intra EU BITs, kde je len na škodu veci, že oponent nemal možnosť vzhliadnuť autorkin komentár k poslednému zásadnému a pre arbitrážnu prax definitívnemu rozhodnutiu CJEU v prípade Achmea. V rámci prameňov autorka uvádza správne i relevantné komponenty vnútroštátneho práva a judikatúru súdov i rozhodcovských tribunálov. Rozhodnutia ICJ (Chorzow a ELSI) sú zaradené správne, popis založenia právomoci ICSID Strediska je trochu zdĺhavý a mierne nadbytočný, výber najvýznamnejších rozhodnutí, vydaných ICSID tribunálmi v súvislosti s vyvlastnením zahraničných investorov je selektívny. Pri UNCITRAL Pravidlách autorka mohla spomenúť i novú verziu z r.2010

a jej vylepšené ustanovenia, to isté je možné skonštatovať o Rozhodcovských pravidlách ICC v ich poslednej verzii.

Štvrtá kapitola otvára pomyselnú druhú časť práce, sústredenú na vyvlastnenie v medzinárodnom investičnom práve. V úvode autorka najprv definuje pojem vyvlastnenie a oddeľuje ho od pojmu znárodnenie. Ďalej klasifikuje priame a nepriame vyvlastnenie a spomína i odlišnú konfiškáciu (zhabanie) majetku. Pokiaľ ide o regulačné opatrenie štátu, s čiastkovým všeobecným záverom autorky ohľadne nejestvujúcej povinnosti štátu poskytnúť autorovi kompenzáciu je možné súhlasiť len čiastočne. Autorka ďalej približuje klasickú úpravu legálneho vyvlastnenia v BITs a v MITs.

Podrobne charakterizuje vyvlastnenie (i podmienky zákonného vyvlastnenia), pri charakteristike priameho vyvlastnenia (v časti venovanej krátkemu briefingu prípadu Aminoil) mohla autorka spomenúť i osobitné stanovisko sudcu Fitzmaurica. S tvrdeniami autorky v časti, venovanej regulačným opatreniam hosťovských štátov oponent v zásade súhlasí, pripomína však, že kategória regulačného vyvlastnenia (regulatory expropriation) je charakterizovaná a uvádzaná v najnovších monografiách z oblasti medzinárodného investičného práva v rámci ochrany zahraničných investícií v medzinárodnom obyčajovom práve spolu s bohatou judikatúrou investičných arbitráží, v ktorých sa rozhodovalo o regulačných vyvlastneniach.

Piata kapitola popisuje úpravu vyvlastnenia v českom právnom poriadku, nasledujúca kapitola približuje vybrané prípady vyvlastnenia zahraničných investícií z medzinárodnej arbitrážnej praxe. V briefingu prípadu Methanex oponent nenašiel mierne komické Methanexom namietané ďalšie diskriminačné jednanie zo strany USA okrem dôvodu štátnej príslušnosti – konkrétne išlo o rozdiely v kategórií investorov (výrobcovia etanolu a metanolu). Celkovo sa oponent domnieva, že autorka mohla tak známemu prípadu, ako je Methanex venovať predsa len trochu viac pozornosti. K prípadu Lauder je možné len doplniť, že je v najnovšej arbitrážnej spisbe notoricky spomínaný ako ukázkový príklad nekonzistentného rozhodovania investičných tribunálov, a pokiaľ ide o prípad Achmea, nové rozhodnutie CJEU dalo členským štátom EÚ i investorom jasnú odpoveď.

Predposledná – siedma kapitola práce predstavuje niekoľko aktuálnych investičných sporov proti Českej republike, z ktorých najznámejším v medzinárodnej arbitrážnej spisbe je prípad fotovoltaiických elektrární. Pokiaľ ide o prípad Alcor Holding, oponent sa domnieva, že šance ČR na úspech sú tu určite vyššie než v prípade Pawlovski. Posledná ôsma kapitola predkladá v nadväznosti na jednotlivé kapitoly práce otázky de lege ferenda s prognózou vývoja relevantnej právnej úpravy. Navrhuje vytvorenie univerzálneho systému ochrany zahraničných investícií po vzore snáh OSN, OECD i WTO, ktoré pretrvávajú s väčšou či menšou intenzitou v podstate od neúspešného prijatia Havana Charter.

Ohľadne intra EU BITs správne pripisuje zásadný význam nedávnomu rozhodnutiu CJEU v prípade Achmea a pokiaľ ide o vyvlastnenie zahraničných investícií, navrhuje bližšiu špecifikáciu regulačných opatrení hosťovského štátu a ich odlišenie od nepriameho vyvlastnenia, čím sa v súčasnosti už seriózne zaoberajú nové vzorové BITs USA a Indie, ale napr. aj kanadsko-peruánska BIT z r.2006, FTA, uzavretá medzi USA a Chile atď. Autorka venuje v ôsmej kapitole pozornosť nakoniec aj súčasnej oprávnenej kritike ISDS mechanizmu, kde vidí možnosti zlepšenia v zvýšenej transparentnosti medzinárodných investičných arbitráží a snahe o dosiahnutie konzistentnosti rozhodcovských rozsudkov, vydávaných medzinárodnými investičnými tribunálmi.

Oponent má zato, že návrh zvýšenia transparentnosti ISDS systému mohla autorka určite obohatiť minimálne spomenutím Maurícijského dohovoru a UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration 2014, rovnako ako aj známu Tokyo Resolution 2013, prijatú Institut de Droit International, zdôrazňujúcu v článku 2 práve želanú konzistentnosť rozhodnutí,

vydávaných v medzinárodnej investičnej arbitráži a mimochodom aj potvrdzujúcu kompenzáciu „PAEC“ pre investorov v súlade s Hull formulae. K vhodnému spôsobu reformovania ISDS systému autorka bližšie svoj názor nevyjadrila. Záver práce tvorí stručné zhrnutie obsahu jednotlivých kapitol práce a uvádza aj problémy, ktorým čelila pri jej tvorbe.

Záver

Dizertačnú prácu JUDr. Vlachovej považujem napriek uvedeným výhradám a pripomienkam za pomerne slušne vypracovanú dizertačnú prácu a odporúčam ju k obhajobe pred príslušnou komisiou pre obhajobu dizertačnej práce. Do diskusie navrhujem doktorandke zodpovedať nasledovné tri otázky:

1. Relatívne nový návrh založenia World Investment Organization (WIO) po vzore WTO vrátane samostatného investičného súdu je podstatne ambicióznejší, než projekt Európskej komisie, navrhujúci len vytvorenie Investment Court System podľa WTO DSB. V čom by podľa autorky spočíval značný prínos WIO pre rozvojové krajiny a LDCs ?

2.

„Some empirical research suggests that BITs, and especially those that do not require domestic resolution first, attract more investment.“

Alison Giest, 2017

Aký je názor doktorandky ohľadne uvedeného výroku ? Znamená to, že napr. Vzorová BIT Indie bude v praxi nepoužiteľná ?

3. Predpokladá autorka budúci rapídny nárast zahraničných investícií napr. z Nemecka, Belgicka a Španielska v Južnej Afrike ? Čo by mohlo zapríčiniť ich pokles ?

Doc. JUDr. Katarína Chovancová, PhD., LL.M., MCI Arb

Hainburg an der Donau, Rakúsko, 7. máj 2018