

Posudek oponenta disertační práce

Doktorandka: JUDr. Martina Pohanková

Název práce: Treaty Shopping in International Investment Law

Obor: mezinárodní právo

Program: Teoretické právní vědy

I. Výsledky práce

Doktorandka předložila práci nadstandartního rozsahu i způsobu zpracování (199 s. vlastního tištěného textu + anglické resumé a seznam literatury), která byla napsána v angličtině. Jde o poměrně náročné téma, které vyžadovalo studium mnoha primárních pramenů (zejm. smluv a rozhodnutí investičních tribunálů), jakož i poměrně rozsáhlé odborné literatury. To je třeba ocenit. Na druhé straně považuji za problematické, že se autorka omezila jen na zdroje v angličtině. Je celkem pochopitelné, že prameny v některých jazycích (např. francouzštině) pro ní nebyly srozumitelné, ale již nelze pochopit úplně opomenutí jazykově dostupných prací českých a slovenských autorů.

II. Aktuálnost zpracovaného tématu

Téma práce sice není zcela nové (i když u nás málo zpracované), ale je bohužel stále aktuální. Treaty shopping, tj. změna korporátní struktury investora s cílem dosáhnout ochrany vybrané investiční dohody, je stálý problém. Navíc, jak správně autorka uvedla v kap. 7., ve světle rozsudku SDEU *Achmea* a následné dohodě mezi 22 členskými státy o ukončení intra-unijních BIT, může být v budoucnu ještě aktuálnější.

III. Struktura práce – zvolené metody zpracování

Práce má vcelku promyšlenou strukturu, která je adekvátním zvolenému tématu, je rozdělena vedle úvodu a závěru do šesti na sebe navazujících větších, dále vnitřně strukturovaných částí. Pokud jde o zvolené metody zpracování, práce se jim věnuje explicitně, byť poměrně stručně v úvodu (popis, analýza, syntéza), věnuje. To lze považovat za adekvátní.

Po stručném úvodu, který obsahuje jednak zdůvodnění struktury, jednak vymezení pojmů a metodologie práce, včetně výzkumné otázky, následuje kap. 2, která představuje

hlavní rysy mezinárodního investičního práva, včetně povahy a obsahu dohod o ochraně investic, jakož i problém „treaty shopping“.

Na to pak logicky navazuje další část (3.), která se zabývá definicí investora a investic, což je z hlediska zkoumaného problému klíčová otázka. Jde právě o otázku státní příslušnosti investora, což je podmínkou pro využití ochrany z dané BIT nebo jiné IIA. Časté, resp. snadné změny státní příslušnosti se týkají právnických osob, nikoli osob fyzických. Proto doktorandka správně začíná od obecného mezinárodního práva a případu MSD *Barcelona Traction*, pokračuje pak zkoumáním úpravy příslušnosti právnických osob v investičních dohodách (BITs). Na závěr se pak zabývá úpravou v čl. 25 Washingtonské úmluvy (ICSID, 1965).

Jednou z možností, jak čelit jevu treaty shopping, jsou doložky o odepření výhod (*denial of benefits clauses*) v BITs, což jsou ustavení, která státům umožňují odmítnout výhody plynoucí z BIT pro společnost (investora), která nemá ekonomické vazby ke státu, na jehož příslušnost spoléhá. Tyto doložky a jejich různé formulace jsou analyzovány v kap. 4. Další možností, jak se bránit proti treaty shopping, je doktrína zneužití práv, resp. její aplikace v mezinárodním investičním právu (kap. 5.). Jak ale vyplývá z arbitrážní praxe, používá se jen zřídka, a to ve zcela zjevných případech.

Významné místo v práci zaujímá důkladný popis a následná analýza celkem 26 případů, kde se investiční tribunály zabývaly nebo nějak dotkly problému treaty shopping (kap. 6.). Tato část, stejně jako následující kap. 7., která zkoumá nejnovější vývoj, patří k nejcennějším částem disertační práce. Celá práce je pak završena přiměřeně rozsáhlým, shrnujícím a hodnotícím závěrem.

Konečně ke způsobu práce s prameny a literaturou, citování a poznámkovému aparátu nelze mít výhrad.

IV. Připomínky k textu

Ke každé práci lze mít určité připomínky, v tomto případě jde navíc o práci jako analytickou, tak angažovanou. Cílem autorky je nalézt způsoby, jak omezit nežádoucí treaty shopping. Tato snaha je zcela pochopitelná z pohledu ČR jako často státu často žalovaného v investiční arbitráži. Je ovšem otázka, zda úplně stejně je treaty shopping vnímán ze strany českých společností, které investují v zahraničí, kde nemusí být ochrana investic a vymahatelnost práva na dostatečné úrovni (a to dokonce i v některých státech EU). V takových případech budou v důsledku změn po rozsudku *Achmea* možná i některé české

korporace hledat možnosti změny struktury, aby vůbec mohly využít možnosti investiční arbitráže.

V. Jazyková a grafická úroveň

Disertační práce, včetně příloh, má velmi dobrou grafickou úroveň. Je napsána velmi čtivě a zároveň odborným právnickým jazykem, ač angličtina není mateřským jazykem doktorandky. Po formální stránce je vyhotovena pečlivě a s poměrně malým počtem překlepů na tak rozsáhlou práci. V jednom případě vypadnutím „not“ se změnil smysl věty, další jsou typické překlepy (např. *just standi*, místo *jus* nebo *ius*).

VI. Otázky k obhajobě

Pro účely ústní obhajoby navrhuji, aby doktorandka odpověděla na následující otázky:

- 1) Autorka se v práci mimo jiné zabývá časovým aspektem, protože některá rozhodnutí rozlišují akty jednorázové, pokračující (*continuous*) a složené (*composite*). Toto rozlišení však nepřinášejí jen „ILC Commentaries“. V jakých článcích ARSIWA je to upravené?
- 2) V souvislosti s diskusí, zda nelegální treaty shopping má důsledky jurisdikční nebo jen pro přípustnost nároku (6.28), se nabízí otázka, zda podobný problém je řešen i v jiné souvislosti (např. u výkladu MFNC, viz případ *Maffezini*). Lze to srovnávat?
- 3) Ve světle nejnovějšího vývoje v mezinárodním investičním právu lze hovořit o soumraku treaty shopping?

VII. Závěry

Přes některé připomínky a dotazy obsažené v posudku se domnívám, že autorka ve své práci jednoznačně prokázala schopnost samostatné tvůrčí práce v daném oboru a předložila velmi kvalitní disertaci. Práci tudíž plně doporučuji k obhajobě před příslušnou komisí pro obhajobu disertační práce a jsem připraven po její úspěšné obhajobě podpořit také návrh na udělení titulu „doktor“ (PhD.).

V Praze dne 11.6.2021

Prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.
oponent disertační práce