

Posudek oponenta disertační práce

Autorka: JUDr. Martina Pohanková

Název práce: Treaty Shopping in International Investment Law

Fakulta: Právnická fakulta Univerzity Karlovy

Obor: Mezinárodní právo

Program: Teoretické právní vědy

Oponent: doc. JUDr. Ondřej Svaček, LL.M., Ph.D.

Pracoviště: Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, katedra mezinárodního a evropského práva

I. Výsledky práce

Doktorandka v disertační práci o rozsahu 190 stran vlastního textu (dále doplněného o resumé a seznam literatury) identifikuje dva limity tzv. *treaty shoppingu* v oblasti mezinárodního investičního práva. První je spjat se samotným zněním mezinárodních investičních smluv, jež mohou sledovaný fenomén usnadnit, nebo jej naopak značně omezit (např. v souvislosti s vymezením pojmu investor). Druhý limit je představován zásadou zákazu zneužití práv. Autorka formuluje názor, že tyto limity nejsou investičními tribunály zohledňovány uspokojivě, a to zejména kvůli nedostatečnému porozumění principu zákazu zneužití práv.

Nemám informace o tom, zda práce byla či bude publikována jako celek. Nicméně jsou mi známé některé dílčí publikace autorky v dané oblasti, např. v časopise *Právník*, prokazující dlouhodobější zájem o sledovanou problematiku.

II. Aktuálnost zpracovaného tématu

Téma práce, tj. *treaty shopping* v mezinárodním investičním právu, dokumentované rozhodovací praxí v oblasti investiční arbitráže, zejména pak před ICSID, je velmi aktuální a praktické, což stěžovatelka dokládá hned v úvodu odkazem na případ *WCV and Channel Crossings proti České republice*, spjatý s I. Valentou. Autorka doplňuje (s. 29), že *treaty shopping* v minulosti vedl rovněž k zániku některých BIT, případně též k odstoupení od Úmluvy o řešení sporů z investic.

Současně je vhodné dodat, že *treaty shopping* nepředstavuje zcela nový jev, čemuž odpovídá i skutečnost, že mu již byla naukou mezinárodního práva věnována pozornost.

Každopádně se jedná o téma se značným "vědecko-výzkumným" potenciálem, a tedy téma vhodné k disertačnímu zpracování.

III. Struktura práce – zvolené metody zpracování

Autorka jednoznačně vymezuje cíle a výzkumné otázky práce (posouzení limitů *treaty shoppingu*, resp. posouzení, nakolik jsou tyto limity reflektovány mezinárodní investiční arbitrážní praxí), vymezuje, jak bude při naplňování těchto cílů postupovat (analýza mezinárodních investičních smluv a následně analýza rozhodovací praxe), formuluje závěry (viz výše), jež s uvedenými cíli korespondují (limity *treaty-shoppingu* jsou investiční arbitrážní praxí reflektovány nedostatečně, a to zejména nedůsledným zohledněním institutu zákazu zneužití práv), přičemž předkládá návrhy řešení tohoto problému (zde zejména v rovině doporučení pro sjednávání investičních mezinárodních smluv). Z uvedeného vyplývá, že autorka uplatňuje zejména analytickou metodu. Zaměřením na rozhodovací praxi a posouzením, nakolik tato reflektuje *treaty shopping* a jeho případné negativní důsledky, lze v práci vystopovat rovněž prvky empirie, byť to není explicitně zmíněno; autorčin přístup k mezinárodnímu právu odpovídá dominujícímu pozitivismu.

Metodologické úvahy podávají dostatečné odpovědi na otázky (co - jak - proč), které jsou ustáleně adresovány v úvodu kvalifikačních prací.

Práce má promyšlenou a zcela logickou strukturu. Po představení pojmu *treaty shoppingu*, včetně poukázání na jeho negativní důsledky (Kapitola 2), je pozornost obrácena na otázku, jak přistupovat k příslušnosti právnických osob v mezinárodním právu, neboť právě příslušnost je klíčovým konceptem, který *treaty shopping* umožňuje (Kapitola 3). Následující analýza je zaměřena na zmíněné instituty, které působí jako limity tohoto fenoménu, tj. na doložku odepření výhod (Kapitola 4) a zásadu zákazu zneužití práv (Kapitola 5). Druhá část disertační práce analyzuje rozhodnutí investičních tribunálů týkající se *treaty shoppingu*, přičemž zkoumá zejména jejich přístup k otázce příslušnosti právnických osob, výkladu čl. 25 odst. 2 písm. b) Úmluvy o řešení sporů z investic, teorii průniku (*piercing of corporate veil*) a zásadě zneužití práv (Kapitola 6). V závěrečné kapitole (Kapitola 7) autorka věnuje pozornost aktuálním výzvám ve sledované oblasti.

Co se týká způsobu práce s prameny a literaturou, citování a poznámkového aparátu, nelze mít výhrad. Doporučit lze snad jen použití zkrácené verze opakovaných citací. Autorka pracuje s dostatečným množstvím primárních i sekundárních pramenů, na něž náležitě a ve značném rozsahu odkazuje (poznámkový aparát čítá celkem 943 poznámek pod čarou). Autorka nepracuje s literaturou tuzemskou.

IV. Jazyková a grafická úroveň

Disertační práce, včetně příloh, má velmi dobrou grafickou úroveň. Je napsána čtivě a zároveň odborným právnickým jazykem. Po formální stránce je vyhotovena pečlivě a prakticky bez překlepů (až na zcela drobnou chybu v dataci na s. 142, kde autorka místo roku 2008 uvádí rok 1998). Práce je napsána v angličtině, dle oponentova názoru, přirozeně limitovaného skutečností, že angličtina není jeho mateřským jazykem, na velmi dobré úrovni. Nepodstatné připomínky lze paradoxně vznést pouze ke stručné česky psané anotaci disertační práce, v níž autorka překládá výraz *nationality* (ve vztahu k právnickým osobám) jako národnost. Poněkud těžkopádně působí rovněž výraz *sejmutí korporátní masky*.

V. Připomínky k disertační práci

Autorka předkládá zdařilý disertační počín. Nepočtené připomínky nic nemění na výsledném kladném hodnocení práce jako celku.

a) metodologické poznámky:

- (i) autorka na s. 11 vymezuje okruh investičních smluv, kterým bude věnovat pozornost; výběr je sice odůvodněn, nicméně poměrně stručně - autorka např. uvádí, že se bude soustředit mj. na mezinárodní smlouvy uzavírané Nizozemím, byť v seznamu použitých pramenů uvádí v tomto ohledu pouze tři smlouvy
- (ii) kapitola podávající přehled relevantní judikatury (Kapitola 6) je převážně deskriptivní, což ostatně přiznává i sama autorka (s. 113) - na její obranu lze uvést, že přehled judikatury vytváří předpolí pro formulování vlastních závěrů

b) obsahové poznámky:

- (i) na s. 22 autorka uvádí, že se v mezinárodním právu neuplatní doktrína *stare decisis*; uvedené bezpochyby platí v oblasti mezinárodního práva zahraničních investic, což ostatně část nauky považuje za jeden z důvodů přispívajících ke vzniku *treaty shoppingu*, neplatí to však obecně, neboť v některých odvětvích mezinárodního práva se tento princip uplatní (srov. např. rozhodnutí ICTY v kauze *Aleksovski* potvrzující precedenční závaznost rozhodnutí odvolacích senátů *ad hoc* tribunálů)

- (ii) v historizující pasáži na s. 24 autorka uvádí, že jediným mezinárodněprávním prostředkem ochrany práv cizinců byl výkon diplomatické ochrany ze strany jejich domovského státu: jaký význam měl v tomto ohledu historicky starší režim tzv. kapitulačních smluv?

VI. Otázky k obhajobě

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

- 1) Autorka se na s. 75 zabývá jazykovým rozbořem doložek odepření výhod, přičemž konstatuje, že dle formulace použité v konkrétním případě se tato doložka uplatní buď při současném splnění kritérií kontroly a rozsáhlejší podnikatelské činnosti, nebo při splnění jen jednoho z těchto kritérií. Jak nicméně posoudit situaci dle česko-americké BIT (č. 187/1993 Sb.), která v čl. 1 odst. 2 v české verzi používá spojku "anebo", tedy spojku, jež se tradičně používá ve smyslu vylučovacím, zatímco anglická verze smlouvy používá spojku "and", která se pochopitelně používá ve vztahu slučovacím. Samotná smlouva přitom uvádí, že je dána „*v jazyce anglickém a českém, přičemž obě znění mají stejnou platnost.*“
- 2) Autorka v disertačním textu představuje dva základní přístupy reagující na fenomén *treaty shoppingu*. Prvý přístup, jenž autorka označuje za formalistický, vychází z jazykového výkladu pojmu investor (zde ve vazbě na princip inkorporace). Druhý přístup, v textu preferovaný, jenž lze považovat za liberální, je založený na zásadě zakazující zneužití práv a vychází z teleologického výkladu, přičemž předmět a účel investičních smluv autorka oprávněně spatřuje v zajištění přílivu zahraničního kapitálu. Lze tak konstatovat, že řešení sporných příkladů, na něž se disertační práce zaměřuje, souvisí s upřednostněním jedné, a tedy upozaděním druhé výkladové metody. Jak se tento výsledný stav slučuje s tezí, že by výsledek výkladu neměl upřednostňovat jednu metodu na úkor druhé, resp. že by mělo být ve výsledku dosaženo určité konvergence výkladových metod?

VI. Závěry

1. Autorka ve své disertační práci **prokázala** schopnost samostatné tvůrčí práce v daném oboru.
2. Předkládaná práce **splňuje** požadavky standardně kladené na disertační práce v daném oboru.

V Olomouci dne 14. 6. 2021

Ondřej Svaček

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Ondřej Svaček', is written over a light blue rectangular background.