

**Oponentní posudek
na diplomovou práci Juraje Kohana
„Vyvlastňovací zásah státu do práv zahraničního investora“**

Úvod

Autor uspořádal svoji diplomovou práci do čtyř základních kapitol, které vedle úvodu práce a závěru zahrnují celkem 106 stran. Kapitoly jsou uvedeny pod názvem a na uvedeném místě práce 1. ZÁKLADNÍ VÝCHODISKA (str. 4 – 27), 2. CIZINEC A JEHO MAJETEK V MEZINÁRODNÍM INVESTIČNÍM PRÁVU (str. 28 – 40), 3. ZÁSAH STÁTU DO MAJETKOVÝCH PRÁV ZAHRANIČNÍHO INVESTORA (str. 41 – 96), 4. ČESKÁ REPUBLIKA A MEZINÁRODNÍ INVESTIČNÍ PRÁVO (str. 97 – 110), když ZÁVĚR se nachází na str. 111 - 113. Práce samozřejmě obsahuje seznam použité literatury a pramenů (str. 114 – 120) a resumé v anglickém jazyce (str. 121 – 122).

Použité metody a způsob zpracování zvolené problematiky

Autor svoji práci pojednal jako rozbor a shrnutí dostupných informací a snažil se o co nejúplnější obraz pojmu vyvlastnění mezinárodní investice, zejména pak jejího nepřímého vyvlastnění hostitelským státem. Čerpal přitom z literatury, stejně jako z arbitrážních rozhodnutí z oblasti mezinárodních investic. Autor se svou prací snažil analyzovat doktrínu, smluvní praxi i arbitrážní rozhodnutí, se zaměřením na jednání státu, které je přičitatelné a je ho možné zohlednit, pokud jím bylo porušeno mezinárodní právo. Autor se snažil nalézt vztah mezi spravedlivým a rovným zacházením a nepřímým vyvlastněním a v této souvislosti se zabýval i významem rozhodovací praxe soudů Spojených států amerických, ve kterých lze podle názoru autora zřejmě najít původ výkladu mezinárodních smluv. Autor srovnává tuzemskou právní úpravu vyvlastnění a chápání vyvlastnění z hlediska mezinárodního práva veřejného.

Hodnocení diplomové práce

Pokud je hodnoceno úsilí autora diplomové práce, který si stanovil ambiciózní úkol popsat ve své práci vyvlastňovací zásahy státu do práv zahraničního investora tak, aby i „osoba, která má nanejvýš obecné povědomí o vyvlastnění ve vnitrostátním právu a je zcela bez znalostí mezinárodního investičního práva, získala po přečtení textu široký, mnohostranný náhled do tohoto odvětví práva mezinárodního a do jemu vlastního pojmu vyvlastňovacího zásahu“, pak lze konstatovat, že se autorovi úkol podařilo splnit.

Hlavní oblastí zájmu práce bylo nepřímé vyvlastnění jako subkategorie vyvlastňovacího aktu státu. K uchopení pojmu nepřímého vyvlastnění přitom autor použil jednak definici vlastnického práva podle občanského zákoníku (str. 4), používá ke kvalifikaci chování států standardy zacházení (Hullova doktrína), potvrzující nutnost okamžité, náležité a účinné náhrady v případě vyvlastnění investice, vedle Calvovy doktríny (str. 12) a potřebu zachování minimálního standardu zacházení s cizinci v souvislosti s rozvojem ochrany lidských práv (str. 39). Autor pak zmiňuje úpravu NAFTA, jednotlivé BIT a jejich vývoj a současné FTA (free trade agreement), zmiňuje neúspěšné, ale významné jednání o Multilateral Investment Agreement (MAI 1998) v rámci OECD, stejně jako zmiňuje úsilí WTO a přijetí TRIMS (1994 Agreement on Trade-

Related Investment Measures) úsilí v rámci CAFTA a ASEAN s úmluvou AFTA (ASEAN 1992), stejně jako současnou praxi EU na základě čl. čl. 207 odst. 3 Lisabonské smlouvy, vedoucí k uzavření CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) mezi EU a Kanadou (říjen 2013). Všechny tyto instrumenty potvrzují obecně, že vyvlastnění je přípustné v zásadě jen za náhradu, byť v současné době je předmětem zájmu nikoli vyvlastnění jako takové, ale nepřímé vyvlastnění (str. 24).

Autor věnoval svoji pozornost rovněž vyvlastnění v kontextu rozvoje pramenů mezinárodního investičního práva a teoretickým otázkám majetku. Pole závěru autora reagují mezinárodní smlouvy na potřeby vztahů z mezinárodního investičního práva s jistým zpožděním, když autor připustil možnost, že díky nim dojde ke konsolidaci a vyjasňování klíčových pojmů (str. 25) v budoucnu, protože již nyní lze najít „moderní, obsáhlejší investiční smlouvy“, ze kterých práce autora vychází.

Na základě zkoumání autora se ukázalo, že „rozhodnutí soudních orgánů, která vzešla z mezinárodních arbitrází“ jsou podpurným pramenem norem mezinárodního práva, když podle autora současně trpí jistou nekonzistentností a nejasnostmi, nedostatkem transparency a jednotnosti. Je proto třeba k tomuto prameni mezinárodního práva přistupovat opatrně. Tento názor je jistě zajímavý. Oponent by rád při obhajobě slyšel názor autora, proč přes toto zjištění mezinárodní investiční arbitrážní tribunály rozhodnutí jiných tribunálů přece jen zmiňují (str. 27).

Autor dospěl k závěru, že doktrína hraje nenahraditelnou a sjednocující roli v procesu formování mezinárodního investičního práva a při hledání a stanovení obsahu vyvlastnění cizí investice v hostitelském státu, i když změna vztahu cizince a jeho majetku přišla zejména s rozvojem partikulární úpravy v investičních smlouvách a jejich výkladem mezinárodními investičními tribunály (str. 28). Autor se zabývá definicí investora (2.1.), stejně jako investice (2.2) a postavení pojmu majetku z hlediska mezinárodního práva, i když pojem majetku se primárně řídí právem vnitrostátním. Oponent by rád věděl, které právo kterého státu je při posouzení pojmu majetku rozhodující (str. 37 a násl.), zda zde hraje roli faktická nerovnost států anebo jejich skutečná rovnost z hlediska mezinárodního práva. Autor rozebírá „vyvlastňovací zásah státu“, jako ekvivalent pojmu „taking“ (str. 41) a vyjadřuje závěr, že vyvlastnění v současné praxi je důsledkem „porušení standardů zacházení“, zejména pak nedostatek spravedlivého a rovného zacházení (FET), když přímé vyvlastnění se prakticky nevyskytuje. Autor tak spatřuje těžiště v nepřímém vyvlastnění, jinak jako pojmu obyčejového mezinárodního práva (str. 42). V kapitole 3.1. rozebírá autor „aktuální podoby vyvlastňovacího zásahu“ hostitelského státu, jako zásah do majetkové sféry investora zejména administrativními opatřeními, vedoucími ke znemožnění další činnosti investora, dále pak „povahu a kategorie nepřímého vyvlastnění“ v kap. 3.2. kdy rozlišuje plíživé vyvlastnění (*Benvenuti et Bonfant v. Congo*, ICSID), regulační vyvlastnění *Técnicas Medioambientales Tecmed v. Mexico*, ICSID), přičemž ke kvalifikaci z hlediska mezinárodního práva je rozhodná protiprávnost jednání státu, jednání deliktní (str. 51, 52), když se podle závěru autora „kritéria protiprávnosti překrývají s porušením standardu spravedlivého a rovného zacházení.“ Tato téze potřebuje podle oponenta vysvětlení, zejména i

z hlediska možné přičitatelnosti jednání státu, kterou na tomto místě oponent postrádal. V této souvislosti exkurz k regulačnímu vyvlastnění v právu USA k otázce přičitatelnosti jednání mnohé nepřinesl, jistě však je významný pro diskuzi k této formě vyvlastnění z hlediska mezinárodního investičního práva. Na otázku přičitatelnosti odpovídá autor práce v kap. 3.3, nikoli však v souvislosti s protiprávností jednání. Autor se dále věnoval předmětu vyvlastnění, zejména částečnému a v kap. 3.5. následky jednání státu. Zde je zmíněno nejen nepřímé vyvlastnění, ale také jednání resp. opatření rovnající se vyvlastnění (str. 66). Oponent by rád znal rozdíl mezi těmito dvěma formami chování státu a jejich důsledek pro investora i pro hostitelský stát a co znamená kontrola státu nad investicí (str. 69), stejně jako jaký má význam diskriminační chování státu, hledisko veřejného zájmu, nezajištění spravedlivého soudního řízení a další chování státu na protiprávnost zacházení s investicí. Autor dospěl ke grafickému i slovnímu vyjádření pro orientaci v systému nepřímého vyvlastnění, standardu spravedlivého a rovného zacházení a administrativních nebo regulačních opatření státu. Autor navrhl test sloužící k stanovení hranice mezi legitimní regulací a kompenzovatelným vyvlastňovacím zásahem, jako i dělicí bod mezi tím kdy budou určité skutkové okolnosti nahlíženy jako porušení FET standardu a kdy jako nepřímé vyvlastnění deliktního charakteru. Autor dospěl k závěru, že nepřímé vyvlastnění se v jeho deliktní či regulační formě stane spíše méně častým jevem, zatímco nabyde na důležitosti standard spravedlivého a rovného zacházení. Teoretický výklad byl v poslední kapitole aplikován na aktuální problém změn v podmínkách podpory investic do fotovoltaických elektráren (str. 97 – 109). Autor přitom dospěl k závěru, že smlouvy, které měly původně chránit zahraničního investora před diskriminací, vytvářejí svým způsobem situaci obrácenou, kdy jsou diskriminováni horšími podmínkami obrany domácí investoři. Z hlediska mezinárodního práva oponent hodnocení autora v tomto směru postrádá.

Závěr

Vzhledem ke shora uvedenému a i přes jistou popisnost práce, vycházející především z kazuistiky a hojnou citací pramenů, bez někdy chybějících hodnocení autora a přes několik vážných gramatických hrubek, zejména při psaní množného čísla neživotného, vyslovuje oponent názor, že posuzovaná práce splňuje požadavky na diplomovou práci kladené a že může být předmětem obhajoby.

Proto diplomovou práci k obhajobě doporučuji.

V Praze dne 8. prosince 2014

JUDr. Vojtěch Trapl
oponent diplomové práce
katedra mezinárodního práva