

Posudek vedoucího diplomové práce

Jméno diplomanta: **Nikola Klímová**

Téma a rozsah práce: Protinároky států v investiční arbitráži: Vynucení odpovědnosti investorů za porušení lidských práv (155 070 znaků včetně mezer)

Datum odevzdání práce: duben 2018

1. Aktuálnost (novost) tématu

Práce je věnována jednomu z dílčích aspektů mezinárodního práva zahraničních investic, a to možnosti uplatnit v investiční arbitráži protinárok nebo započtení. Autorka se domnívá, že by zejména úprava procesního postavení stran v mezinárodní investiční arbitráži (v případě rozšíření možnosti uplatnit protinávrh), mohlo do jisté míry snížit strukturální předpojatost vůči hostitelským státům, což by pomohlo vyvážit systém, který do jisté míry upřednostňuje investory. Zvolené téma je z času na čas diskutováno na odborných fórech, občas se problematikou protinároku zabývá rozhodčí tribunál a např. v pravidlech ICSID existuje i základní právní úprava této otázky. Je však nutno podotknout, že většina dvoustranných dohod na ochranu investic k této otázce diskrétně mlčí, na druhou stranu, bylo by patrně diskriminující, kdyby byla jedna ze stran sporu zbavena práva uplatnit své nároky proti žalobci, otázkou pouze je, jaké nároky jsou uplatnitelné. Patrně bude rozdíl v případech, kdy rozhodčí tribunál rozhoduje výhradně o nárocích vzešlých z porušení veřejnoprávních povinností, k jejichž dodržování se stát v příslušné mezinárodní smlouvě zavázal a v případech, v nichž se rozhoduje na základě umbrella clause o jiných nárocích investora. Ve druhém případě je obrana v podobě protinávrhu nebo započtení zcela přirozenou věcí, zatímco v prvním případě mohou existovat jisté pochybnosti o uplatnitelnosti procesní, a nakonec i hmotněprávní obrany ze strany státu. V každém případě, téma se stále více dostává na stránky odborného tisku, nepatrně zvyšuje se i počet sporů, které se touto otázkou zabývají a téma je jistě zajímavé v souvislosti se snahou o „rekodifikaci“ mezinárodního práva zahraničních investic. Téma je v neposlední řadě zajímavé i z hlediska procesní ekonomie a možnost vyřešit v jednom sporu různé nároky, by mohla přispět v konečné fázi buď ke zmenšení počtu sporů, v časovou úsporu a nakonec i ke snížení nákladů řízení. Jak je uvedeno již výše, problémem je, že většina IIAs se touto problematikou výslovně nezabývá a dost často se pak vedou spory, jaký je rozsah pravomoci rozhodčího tribunálu, který je postaven před otázkou, zda vyhovět návrhu na protinávrh nebo ne.

Autorka spojuje možnost uplatnit protinároky států v investiční arbitráži s vynucením odpovědnosti investorů za porušení lidských práv, je však otázkou, zda právě to je skutečně klíčovým problémem. Koneckonců, většina IIAs obecně stanoví, že investor musí dodržovat právní řád hostitelského státu a vzhledem k tomu, že investor obecně podléhá jurisdikci hostitelského státu, je na hostitelském státu, aby si udělal doma pořádek a investora, který pravidla nerespektuje, umravnil. K tomu by měl mít každý stát dostatek nástrojů, vyplývajících jak z vnitrostátního, tak z mezinárodního práva. Při interpretaci mezinárodních závazků navíc rozhodčí tribunály vycházejí ze standardních interpretačních pravidel, podle kterých se při rozhodování berou v úvahu všechny další závazky, které na sebe státy převzaly, a to jak v oblasti lidských práv, tak v oblasti ochrany životního prostředí atd. Vzhledem k tomu, že jsou tyto závazky navíc nějakým způsobem vtaženy do vnitrostátního právního řádu, tvoří obecný právní rámec, který musí investor respektovat, chce-li se domáhat ochrany.

V případě, že tak činí nediskriminačně, proporcionálně a respektuje zásady chování běžné v civilizovaném státě, neměl by mít potřebu řešit takovou otázku v investiční arbitráži formou protinávru. Není ostatně příliš jasné, jak by případné rozhodnutí ve svůj prospěch dokázal na investorovi vynutit. V případě, že stát postupuje tak, jak je naznačeno výše, nehrozí mu navíc příliš velké nebezpečí, že by byl odsouzen k nějaké náhradě škody. Výše uvedené však neznamená, že by téma nebylo aktuální. Předloženou analýzu tak lze považovat za skutečně velmi aktuální a potřebnou.

2. Struktura a obsah práce

Jak uvádím výše, předkládaná diplomová práce se věnuje velmi zajímavému aspektu mezinárodní arbitráže. V úvodu práce si stanovila tři výzkumné otázky, a to (i) jak by měla v IIAs vypadat dikce klauzulí o řešení sporů, tak aby dovolovala rozhodčím tribunálům rozhodovat o protinávruzích, (ii) jak by měly rozhodčí tribunály interpretovat požadavek faktického a právního vztahu mezi uplatněným nárokem vzneseným investorem a protinárokem vzneseným hostitelským státem a (iii) jaká ustanovení IIAs by dovolila hostitelskému státu dovolat se proti investorovi hmotněprávních závazků vyplývajících z různých právních pramenů. Svému výzkumnému záměru podřídila výběr primárních a sekundárních pramenů a přizpůsobila mu ji strukturu práce. Práce je přehledně a logicky členěna do pěti kapitol. Po stručném úvodu jsou v první kapitole jsou představeny výzkumné otázky (hypotézy práce), prameny a vědecké metody zpracování a zároveň nastíněna základní struktura práce. Druhá kapitola je věnována vyjasnění pojmu „protinávru“ v mezinárodním právu, je vysvětlen rozdíl mezi meritorním obranou a započtením a v závěru kapitoly pak role protinároků v investiční arbitráži. Jádrem práce jsou kapitoly 3 a 4, ve třetí kapitole se autorka věnuje pravomoci arbitrážních tribunálů rozhodovat o protinárocích, požadavku souhlasu stran v investiční arbitráži, a komparaci právní úpravy dané otázky ve vybraných rozhodčích pravidlech (ICSID, ICSID AFR, UNCITRAL, SCC a ICC), souhlasu s protinárokem v mezinárodních investičních dohodách (IIAs), pravomocí *ratione materiae* a aktivní a pasívní legitimitací. Čtvrtá kapitola je věnována přípustnosti uplatnění protinároků a v jejím rámci právní a faktickou vazbou, rozdílem mezi pravomocí a přípustností a určením vazby v mezinárodním judičiálním řízení, porovnává je judikatura ICJ a Iran/US Claims Tribunal a nakonec je rozebráno určení vazby mezi právním a faktickým vztahem v investiční arbitráži. Poslední kapitola je věnována jiným způsobům řešení dané otázky, jakými jsou povinnost investora dodržovat vnitrostátní právo hostitelského státu, ustanovení výslovně inkorporující závazky investora, *umbrella clause* a aplikovatelné právo.

Ke zpracování práce byla využita zejména metoda analýzy, metoda deskripce, komparace a rovněž i syntézy. Při zpracování této práce byly použity relevantní primární a sekundární zdroje, zejména relevantní knižní a časopisecké publikace, soudní rozhodnutí či rozhodčí nálezy. Seznam použitých pramenů je uveden na konci diplomové práce a sám o sobě je důkazem, že se předkladatelka práce pečlivě seznámila se všemi relevantními aspekty zpracovávaného tématu.

3. Náročnost tématu

Zpracování práce vyžadovalo analýzu stávající právní úpravy a stávající praxe. Jak je uvedeno výše, metodologicky se jedná o práci deskriptivně analytickou s prvky komparace. Při psaní autorka využívá primární i sekundární prameny, v obou případech pracuje převážně s

cizojazyčnými zdroji. Důležitou roli při zpracování práce hrály elektronické databáze. Téma práce je možno považovat za náročné a tomu odpovídá i zpracování předkládané práce. Traktovanou materii se diplomantce podařilo důkladně analyzovat a syntetizovat ve srozumitelných závěrech. Autorka práce se zaměřila jak na popis stávající podoby mezinárodněprávní úpravy traktovaného problému, tak na analýzu řady relevantních případů. Prokazuje tak naprosto nadstandardní přehled o aktuálním stavu obecně a o slabínách stávající mezinárodněprávní úpravy možnosti uplatnit protinárok.

4. Hodnocení práce

Předložená práce je systematicky členěna, autorka se drží zvolené struktury, jazykový styl a formální úroveň jsou na výborné úrovni, která nejen, že zcela odpovídá požadavkům kladeným na obdobný typ prací, ale výrazně je překračuje. Při zpracování vycházela diplomantka z relevantních primárních a sekundárních zdrojů, které standardně cituje. Práci lze považovat za nadstandardně zpracovanou a nebál bych se dokonce říci, že úroveň svého zpracování splňuje i požadavky na kvalifikační práce o stupeň výše.

5. Připomínky a otázky k zodpovězení při obhajobě

K obhajobě bych rád požádal o zodpovězení otázky co konkrétně má autorka na mysli, mluvili o lidských právech.

Druhou otázkou je, zda by nebylo možno upravit lépe závazky zahraničních investorů v oblasti dodržování lidských práv a obecně ochrany celospolečenských hodnot a zájmů, např. v oblasti ochrany životního prostředí, na mezinárodní úrovni. Přece jen, jistý stupeň harmonizace a standardizace chování subjektů podnikajících v zahraničí, by nebyl závislý pouze na tom, co je vnitrostátně upraveno jednotlivými státy, z nichž mnohé jsou navíc ve slabším postavení, než samotný investor a je známo, že představitelé rozvojových zemí, zemí v ekonomickém přechodu nebo nejméně rozvinutých zemí jsou do značné míry náchylní podléhat pokušení korupce v mnohem větší míře, než je tomu v rozvinutých demokratických státech. Je také známo, že to, co by si investoři pocházející z rozvinutých zemí doma nikdy nedovolili, běžně praktikují mimo svůj domovský stát. Na druhou stranu je zřejmé, že akcent na ochranu významných celospolečenských hodnot a zájmů se začíná objevovat v celé řadě nedávných návrhů dohod jejichž součástí je i ochrana investic nebo dohod, které řeší výlučně tuto otázku. Jako příklad může sloužit modelová BIT, kterou 18.5.2018 zveřejnilo Ministerstvo zahraničních věcí Nizozemí k veřejné diskusi (srov. čl. 6 a 7 návrhu).

6. Doporučení

Závěrem bych rád uvedl, že celkově práci hodnotím velmi kladně, doporučuji ji k ústní obhajobě.

V Praze dne 18. května 2018

Vladimír Balaš