

Paneurópska vysoká škola

Fakulta práva

POSUDOK oponenta dizertačnej práce

Meno a priezvisko doktoranda: Mgr. Bc. Ondřej Svoboda

Študijný program: Teoretické právni vědy

Názov dizertačnej práce: Vplyv spoločnej evropskej politiky na systém medzinárodného investičného práva

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

Nietzsche sagte: Alle großen Dinge müssen zuerst furcht erwägende monströse Masken tragen, um sich verletzen einzubringen. Za aktuálnou témou dizertačnej práce Mgr. Bc. Ondřeja Svobodu („autor“) sa samozrejme neskrýva žiadna hrozba „nadčloveka“ v dôsledku snahy o expandovanie spracovávaných problémov dnešného medzinárodného investičného práva. Je však isté, že autor poňal hlavnú tému svojej dizertačnej práce skutočne veľkoryso, pretože okrem problematiky FTAs a IIAs EÚ sa dôsledne venuje minimálne dvom z najpertraktovanejších odborných tém medzinárodného investičného práva v súčasnosti, ktoré nerezonujú len v EÚ. Nepochybne sem patrí reforma ISDS, či už prostredníctvom pravdepodobnejšieho vytvorenia MIC, alebo menej pravdepodobného World Investment Court v rámci World Investment Organization po vzore WTO, rovnako ako aj reálny dosah investičnej politiky EÚ na vývoj medzinárodného investičného práva.

Vskutku, ISDS v súčasnosti prechádza obdobím zásadných zmien. Dekády platné BITs sa rušia, zavádzajú sa nové právne úpravy medzinárodných investícií a vzorové BITs (napr. Čína, India,¹ Holandsko²) a vznikajú nové, efektívnejšie medzinárodné mechanizmy rozhodovania sporov ako napr. ICS v dohode CETA, kde je očividnou inšpiráciou WTO AB, organizačná štruktúra ICJ, ICSID arbitráže a pri sporoch v oblasti ochrany životného prostredia je vzorom WBIP. Rozhodcovské pravidlá ICSID taktiež prechádzajú procesom pozitívnych zmien a nová verzia pravidiel bude prijatá pravdepodobne v r.2020.³ Obdobne, práce Pracovnej skupiny III Komisie UNCITRAL sú v plnom prúde, pričom sa zvažuje vytvorenie MIC, priamo prístupného pre investorov aj host'ovské štáty.⁴

¹ Indian Model BIT 2015.

² Model Investment Agreement 2018, zavádzajúca reštriktívnu definíciu investora a investície.

³ Pozri napr. triezvy komentár IISD k inovácii Rozhodcovských pravidiel ICSID v IISD: Summary Comments to the Proposals for Amendment of the ICSID Arbitration Rules. Dostupné online: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/IISD.pdf>.

⁴ ACCA OUI- LORFING. P/, DE NANTEUIL A.: Chronicle of law and practice of international investment, p.224.

V prvom tohtoročnom čísle Resolveru - stavovského časopisu CI Arb je jednou z aktuálnych tém práve inovácia ISDS. Predseda kanadskej pobočky CI Arb zdôrazňuje 904 medzinárodných investičných sporov medzi investormi a štátmi, ktoré boli zaregistrované UNCTAD v r.2017, zatiaľ čo v danom roku bolo podľa štatistík UNCTAD iniciovaných 72 investičných arbitráží, čo rozhodne nie je dôkazom zániku ISDS.⁵ Rovnako nie je možné prehliadnuť napr. pozitívne stanovisko 1/17, vydané CJEU 30. apríla 2019⁶ na podnet Belgicka v súvislosti s mechanizmom rozhodovania investičných sporov investorov s hosťovskými štátmi, zakotveným v dohode CETA medzi Kanadou a EÚ. Ide o jeden z jej hlavných cieľov, ktorý sa má dosiahnuť vytvorením investičného tribunálu, odvolacieho tribunálu a v dlhodobom horizonte aj multilaterálneho investičného tribunálu v ICS.

Z nového principiálneho stanoviska CJEU, ktorým podľa Bungenberga⁷ súd doslovne „*vycúval z jednosmernej uličky späť na cestu medzinárodného rozhodovania sporov*“, sa teší celá medzinárodná arbitrážna komunita, keďže CJEU v ňom potvrdil kompatibilitu ICS v dohode CETA s právom EÚ. Paradoxne, kanadských expertov vízia vytvorenia pätnásťčlenného investičného súdu nenadchla, naopak považujú nový súd za potenciálny zdroj konfliktov kvôli nedostatočným skúsenostiam s rozhodovacími orgánmi v oblasti medzinárodného investičného práva a všetkými „*unknown unknowns*“, ktoré sa môžu v jeho rozhodovacej činnosti vyskytnúť.

Na druhej strane jarné Investment Treaty News IISD zdôrazňujú deklaráciu dvadsiatich dvoch členských štátov EÚ z 15. januára 2019,⁸ ktorá si prakticky okamžite vyslúžila nálepku „*smrteľného zásahu*“ pre intra-EU BITs, pretože v nej signatári súhlasili s vypovedaním intra-EU BITs prostredníctvom ratifikácie viacstrannej dohody do 6. decembra 2019 alebo rokovaniaми na bilaterálnej úrovni. V tejto súvislosti nemožno nespomenúť kritickú reakciu z pera ad hoc sudcu ICJ Ch. Browera, v ktorej famózný Brower kladie otázku, či je tzv. „*demolačné derby*“¹⁰ medzinárodnej investičnej arbitráže naozaj nutné, rovnako ako aj prechod od neistého dvojhlavého slávika (t.j. dvoch rozhodcov, nominovaných sporovými stranami v trojčlennom rozhodcovskom tribunáli) k „*pätnásťhlavej Hydre*“,¹¹ t.j. k pätnásťčlennému investičnému súdu.

Súčasne je vhodné pripomenúť i odkaz predstavenstva ASA ako priamu reakciu na rozhodnutie CJEU v prípade Achmea. Podľa ASA môže mať uvedené rozhodnutie neželané vedľajšie negatívne účinky na hospodársku politiku, ktorú EÚ presadzuje.¹² Skeptická ASA má totiž zato, že dostatočnosť a jednotnosť ochrany investorov prostredníctvom regulačného a súdneho systému v EÚ je právna fikcia,¹³ príliš nákladná pre zahraničných investorov kvôli protekcionizmu národných vlád. Naopak, namiesto spoliehania sa na uvedenú ochranu predpokladá ASA vývoz investícií investormi smerom von z EÚ, čo znamená odliv zahraničného kapitálu a možné

⁵ TICHAUER, P.A.: Is ISDS Ripe for Renewal? In: *Resolver, Chartered Institute of Arbitrators*, 2019, No.1, p.7.

⁶ CJEU: PRESS RELEASE No 52/19.Luxembourg, 30 April 2019, Opinion 1/17: The mechanism for the resolution of disputes between investors and States provided for by the free trade agreement between the EU and Canada (CETA) is compatible with EU law.

⁷ BUNGENBERG, M., TITI, C.: CETA Opinion – Setting Conditions for the Future of ISDS, p.1.

⁸ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT: Achmea judgement fallout: 22 EU member states agree to terminate intra-EU BITs. In: *Investment Treaty News*, 2019, Vol10, No.1, p.17.

⁹ POWER, R.: The (Final?) Death of Intra-EU Investor-State Arbitration, January 28 2019, p.2.

¹⁰ BROWER, CH., AHMAD, J.: Why the Demolition Derby that Seeks to Destroy Investor-State Arbitration?, p.1141 .

¹¹ BROWER, CH., AHMAD, J.: From the Two-Headed Nightingale to the Fifteen-Headed Hydra: The Many Follies of the Proposed International Investment Court, p.803.

¹² ASA BOARD MESSAGE: The Cost of Achmea. In: *ASA Bulletin*, 2018, Vol. 36 No. 3, p. 553.

¹³ ASA BOARD MESSAGE: The Cost of Achmea, p.555.

poškodenie vnútorného trhu EÚ.¹⁴ Pokiaľ ide o dohodu CETA, CJEU jej navrhovaný ICS napriek negatívnym očakávaniam¹⁵ zhodnotil kladne¹⁶ a je zjavné, že kladné stanovisko CJEU bude mať vplyv jednak na podobu nových investičných dohôd, uzatváraných EÚ, ako aj globálny vývoj ISDS a samozrejme bude dôležité i v súvislosti s kreovaním MIC osobitne v súvislosti zohľadňovania verejného záujmu host'ovského štátu sudcami MIC.¹⁷

Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti je možné skonštatovať, že téma dizertačnej práce autora je mimoriadne aktuálna. Z formálnej stránky je práca vypracovaná na výbornej úrovni, autor pracuje s veľmi príjemným počtom domácich i zahraničných vedeckých i odborných knižných i časopiseckých publikácií (vrátane internetových zdrojov) z oblasti medzinárodného investičného práva, práva EÚ, ako aj všeobecného medzinárodného práva verejného, s bohatou relevantnou judikatúrou, ako aj s početnými právnymi predpismi. Snáď jedinú, čo v autorovom bohatom zozname literatúry oponentovi bytostne chýba je využitie najnovších publikácií z oblasti medzinárodného investičného práva z pera významných autorov z UK a Kanady, ktorými sú rozhodne prof. Surya Subedi, prof. M. Sornarajah a prof. Patrick Dumberry, prípadne aj Todd Weiler.

Pokiaľ ide o štruktúru práce, skladá sa z úvodu a ôsmich častí (vrátane záveru), zoznamu skratiek, zoznamu použitej bibliografie, ako aj z kľúčových slov a kvalitného abstraktu práce v anglickom a českom jazyku. Za ťažiskovú kapitolu je možné označiť kapitolu 2, venovanú spoločnej investičnej politike EÚ v rozsahu cca 60 strán. Za najpútavejšiu časť pre čitateľa, zaujímajúceho sa o celkovú genézu postupného rastu vplyvu investičnej politiky EÚ v oblasti medzinárodného investičného práva, je možné považovať práve ťažiskovú kapitolu 2 a pre čitateľa, už unaveného zo štúdia rôznych permutácií renovácie systému ISDS, sú zrejme určené osviežujúce kapitoly 4 a 5, pedantne mapujúce celkovú obchodnú a investičnú filozofiu EÚ.

Už v úvode práce sa autor snaží o stručné predstavenie investičnej politiky EÚ a naznačuje zameranie svojej práce, pričom súčasne vylučuje - k spokojnosti oponenta - z problematiky, v práci spracovávanej, nekonečný príbeh Achmea a napr. aj nedávno schválený mechanizmus ICS v dohode CETA. Autor súčasne podrobne popisuje aplikovanú metodológiu a predstavuje i štruktúru svojej práce, v ktorej správne vyníma EÚ z rámca klasických medzinárodných organizácií. Je zjavné, že v minulosti obľúbené označenie EÚ ako „regionálnej organizácie“, osobitne u anglosaských autorov je dnes už obsolétne.

V závere úvodu autor veľmi vhodne klasifikuje celkovo štyri kategórie odbornej i vedeckej literatúry z oblasti medzinárodného investičného práva, ktoré by mohli byť zoradené na nasledovnej základnej osi: Subediho „čisté“ medzinárodné investičné právo v duchu americkej Lowenfeldovej koncepcie medzinárodného hospodárskeho práva, rozšírené v duchu expanzívneho Herdegenovho konceptu medzinárodného ekonomického práva a samozrejme na pomyslenú os patrí i reforma ISDS a v rámci EÚ v podstate postupne sa formujúce európske investičné právo, ktoré živo formuje práve aktívna investičná politika EÚ. V rámci prvej kategórie snáď mohol autor zdôrazniť aj skutočnosť, že medzinárodné investičné právo je vykladané prostredníctvom niekoľkých vedeckých

¹⁴ Okrem toho, investori si umiestnenie investícií v ekonomicky slabších členských štátoch EÚ rozmyslia z dôvodu zvýšeného rizika.

¹⁵ AZZI, A., BALDON, C.: The new investment protection policy of the EU in the free-trade treaties (CETA, TTIP...): new risks for the EU?, p.3.

¹⁶ CROISANT, G.: Opinion 1/17 – The CJEU Confirms that CETA's Investment Court System is Compatible with EU Law, p.2-3.

¹⁷ BUNGENBERG, M., TITI, C.: CETA Opinion – Setting Conditions for the Future of ISDS, p.2 .

škôl, pričom existujú rozdiely medzi celkovým ponímaním medzinárodného investičného práva napr. nemeckými a rakúskymi autormi a autormi z krajín common law.

Prvú kapitolu autor prezieravo venoval charakteristike medzinárodného investičného práva („IIL“), pričom systém IIL stručne (ale naozaj len náznakovo) charakterizuje a zameriava sa hlavne na IIAs, nie na vývoj celého medzinárodného investičného práva. Predstavuje súčasnú kritiku BITs a medzinárodnej investičnej arbitráže a správne upriamuje pozornosť čitateľa na vzorové BITs s vhodným uvedením US model BIT 2012, ktorá predstavuje zásadný revolučný „volte face“ USA, spájaný pred jej prijatím skôr so štátmi Latinskej Ameriky. Oponent práce ako presvedčený inkrementalista veľmi ocenil autorovo zmienenie návrhu Anthei Roberts, do zoznamu inkrementalistov by zrejme zaradil aj Kanadu. Druhá - najobsažnejšia kapitola práce je venovaná spoločnej investičnej politike EÚ a zahrňuje so zmyslom pre detail skutočne celú genézu vývoja investičnej politiky EÚ, čo je určite chvályhodné.

Oponent registruje správny postreh autora ohľadne nereálnej vzorovej BIT EÚ, ako aj posudku CJEU A-2/15 v súvislosti s čl.9.10 EUSFTA a rovnako aj skutočnosť, že autor v záujme predloženia komplexného náhľadu na posudok 2/15 nezabudol aj na autorov, ako je napr. D.Moskvan. Ohľadne návrhu ICS zo strany EÚ, oponent len poznamenáva, že bol pred mesiacom podrobený nelichotivej kritike zo strany oponentových kolegov zo SALS¹⁸ a pokiaľ ide o koncept FET v CETA, analyzovaný v dobre spracovanej časti 2.9 Podoba unijného prístupu, jeho inovatívnosť je otázna. Obdobne v súvislosti s doložkou MFN je zase zaujímavé, že zrejme najznámejší kanadský teoretik v súčasnosti navrhuje nový spôsob jej využitia v súvislosti s FET investormi, nie zneužitia.

V rámci unijného prístupu autor správne zmieňuje aj third party funding - tu je potrebné upozorniť, že pri rozumnej regulácii zo strany EÚ nemusí byť problematický, i keď nie je nutné zachádzať až do propagačných extrémov a zdôrazňovať ho ako základnú záruku prístupu investorov k spravodlivosti. Na druhej strane napr. portugalskí autori v posledných mesiacoch upozorňujú na skutočnosť, že napriek negatívnej aure third party funding zatiaľ žiaden rozhodcovský rozsudok nebol zrušený z dôvodu jeho existencie. V závere ťažiskovej kapitoly autor komplexne porovnal návrh investment chapters v TTIP a TPP, čím najobsažnejšiu kapitolu práce vhodne ukončil.

Tretiu kapitolu práce autor venoval návrhu ICS zo strany EÚ. Oponent už jeho súčasnú kritiku spomenul a z kontextu práce vyplynulo, že ani samotný autor nie je o jeho správnosti presvedčený. Oponent si v súvislosti s výkonom rozhodnutí v rámci ICS len ironicky upozorňuje, že ak sporové strany nemajú mať možnosť ovplyvňovať zloženie rozhodujúceho tribunálu, uvádzať pojem rozhodcovský rozsudok je tragikomédia a to isté platí pre uvažovanie relevantnosti ICSID Dohovoru a NYC.

Štvrtá podnetná kapitola otvára pomyselnú druhú časť práce, sústredenú na FTAs EÚ a IIAs EÚ. Oponent ocenil trpezlivosť charakteristiku obchodnej dohody CETA, ako aj detailný zoznam ďalších obchodných a investičných dohôd s ich krátkou charakteristikou vrátane krátkeho výkladu k tým dohodám, ktorých uzavretie stagnuje z rôznych dôvodov. Tak napr. TTIP je v najnovšej arbitrážnej spisbe (august 2019) označená za „long dead“, pričom za hlavnú príčinu jej neslávneho konca je označovaný práve ICS. Pri EU-Japan EPA autor správne zhodnotil výsledok rokovaní o investíciách, pozitívne aspoň je, že sa obe strany dohodli na ďalšom stretnutí na jeseň t.r., i keď je možné predpokladať ďalší neúspech rokovaní, pretože Japonsko požaduje v dohode zakotvenie ISDS.

¹⁸ Society of Advance Legal Studies, University of London, UK.

Vhodne zakomponovaná piata kapitola v krátkosti predstavuje vzorové BITs členských štátov EÚ, ako aj niekoľko BITs, uzavretých medzi členskými štátmi EÚ a tretími štátmi. Oponent nepovažuje zakotvenie nekvalifikovaného štandardu FET v CR Model BIT za neprezieravé a prijatie znenia dánsko-macedónskej BIT, ako aj BIT medzi Rakúsko a Kirgizskom za neočakávané, skôr naopak. Pokiaľ ide o Brexit, autor ho charakterizoval a vyhodnotil výstižne.

Nasledujúca šiesta kapitola je sústredená na MIC. Autor návrh vytvorenia MIC charakterizuje so znalosťou veci, pri návrhu poradného centra pre investičné spory je možné upozorniť, že špecifický návrh jeho založenia predložilo WGIII UNCITRAL zatiaľ len šesť štátov, pričom hlavným problémom v prípade jeho úspešného založenia nebude zrejme vymedzenie predmetu činnosti a určenie beneficentov, skôr samotné financovanie advisory center, ktoré sa ukázalo v minulosti problematické aj v rámci advisory center WTO – hlavní potenciálni beneficenti totiž nedisponovali ani finančnými prostriedkami na cestu do Ženevy.

Predposledná – siedma kapitola práce zahŕňa užitočný prehľad medzinárodných organizácií, dlhodobo aktívnych v oblasti medzinárodného investičného práva, resp. aspoň tých, ktoré sú v súčasnosti aktívne, pokiaľ ide o jeho súčasné formovanie a budúci vývoj, pričom autor správne zdôrazňuje význam UNCTAD, ktorý už našťastie dávno nie je označovaný nelichotivým titulom „diskusný klub.“ Autor správne zmieňuje aj súčasnú dlhodobo očakávanú renováciu Rozhodcovských pravidiel ICSID a nakoniec aj problémy WGIII UNCITRAL, kde autor naformuloval ohľadne doterajších diskusií veľmi triezve závery a nie je zrejme novinkou, že značné rozdiely v názoroch medzinárodného spoločenstva, zmienené autorom, až priveľmi živo pripomínajú identickú situáciu v súvislosti s dlhodobo neúspešnými snahami o prijatie zastrešujúceho univerzálneho dohovoru o ochrane a podpore zahraničných investícií. Niekoľkodňové debaty o najlepšom predsedovi sú len zábavnou chuťovkou...

Záver práce tvorí krátka ôsma kapitola v rozsahu 5 strán. Oponent sa s racionálnymi závermi autora v podstate zhoduje, či už ide o posudok CJEU 2/15, alebo otázny globálny štandard unijného prístupu, ohľadne uruguajského momentu je však skeptický a s namietanou krízou legitimacy medzinárodného investičného práva s autorom nesúhlasí. Ide o krízu legitimacy medzinárodnej investičnej arbitráže, nie jednej zo základných súčastí medzinárodného hospodárskeho práva. Ani pri zlyhaní neustále vyvíjaných úverových mechanizmov WB a IMF a bežnému smrteľníkovi len ťažko pochopiteľnému systému kvót v IMF ich kritici nezmieňujú nedostatok legitimacy medzinárodného monetárneho práva. Pokiaľ ide o zmienený inovatívny pohľad EÚ pri uzatváraní nových IIAs, rozhodne by mal viesť k zlepšeniu ochrany zahraničných investorov za súčasného ponechania dostatočného priestoru hosťovským štátom na prijatie potrebných regulačných opatrení – recidíva nevyrovnaných medzinárodných investičných dohôd z čias „golden nineties“ určite nie je vítaná.

Záver

Dizertačnú prácu Mgr. Bc. Ondřeja Svobodu považujem napriek miniatúrnym výhradám za kvalitnú dizertačnú prácu a odporúčam ju k obhajobe pred príslušnou komisiou pre obhajobu dizertačnej práce. Do diskusie navrhujem doktorandovi zodpovedať nasledovné dve otázky:

1. ASA dôrazne upozornila EÚ na možný odliv investorov, keďže „jeden sa môže dosť myliť, keď si myslí, že investori sa spoľahnú len na sľuby že právo EÚ poskytuje jednotnú a adekvátnu ochranu investorov v EÚ.“¹⁹

Jednoznačne ide o upozornenie dobromyseľné – ako inak by mohli poprední švajčiarski akademici a experti z praxe (napr. prof. Kohler, dr. Potesta atď.) byť poverení významnými úlohami pri renovácii ISDS systému v rámci komisie UNCITRAL ? Z akého dôvodu je teda podľa autora pre ASA príznačný v naznačených otázkach snád' až príliš očividný skepticizmus ?

2.

“The aim behind Article 8.10 of the CETA is well discernible and may be traced back to the European Commission. It is notable that even its fierce proponents have already expressed some reservations, regarding an adequacy of the FET precision a la carte, enacted in CETA. **Brabandere has recently expressed his view on the FET provision adopted in CETA, considering it as the continuation of the treaty language of the US Model BIT 2012. However, the US Model BIT - although it contains several elements of the FET listed in neat order in a way similar to the one applied in CETA - leaves at least the secret back door open, as its Article 5 Section 2 a) is non-exhaustive.**”

Súhlasí autor s Brabanderovým výrokom ? Ak nie, z akého dôvodu ?

Doc. JUDr.Katarína Chovancová, PhD.,LL.M.,MCIArb

Hainburg an der Donau, Österreich, 9. September 2019

¹⁹ ASA BOARD MESSAGE: The Cost of Achmea, p.556.