

Posudek oponenta diplomové práce

Jméno diplomanta: Barbora Javorská

Téma a rozsah práce: Damages in International Investment Arbitration and the future of moral damages (58 s. + přílohy)

Datum odevzdání práce: 15.3.2021

1. Aktuálnost (novost) tématu:

Diplomová práce standardního rozsahu se zabývá tématem, které je na mezinárodní úrovni velmi diskutované, ale v české odborné literatuře jen zčásti zpracované. Nejde o téma nové, ale jeho vývoj nebyl zdaleka ukončen.

2. Náročnost tématu:

Jedná se o středně náročné téma, které vyžadovalo prostudovat vedle množství nálezů investičních tribunálů také domácí a zahraniční odbornou literaturu. Lze konstatovat, že diplomantka se s úkolem relativně úspěšně vyrovnala. Pracovala téměř výlučně se zdroji v angličtině, což je pochopitelné u primárních zdrojů (zejm. rozhodčích nálezů), ovšem i literaturu omezila prakticky jen na anglicky psanou. Přitom česká literatura existuje nejen k obecným otázkám odpovědnosti států a ochrany investic, ale i k tématu diplomové práce (např. V. Balaš, Kompenzace za vyvlastněný majetek zahraničních investorů a její výpočet. In: Odškodňování v mezinárodním právu. Studie z mezinárodního práva č. 5, Praha: PFUK, 2013, s. 33-55).

3. Hodnocení práce:

Diplomová práce má strukturu, která by si zasloužila hlubší promyšlení a revizi. Počet osmi velmi rozsahově nestejných kapitol je vysoký, nepřispívá k přehlednosti práce. Po stručném úvodu následují tři kapitoly, které by mohly být spojené do jedné, obecné části, protože obecně představují základní pojmy (mezinárodní investiční arbitráže, zásady odškodňování (*damages*) a kompenzace v mezinárodní investiční arbitráži.

Druhou tematickou část tvoří kapitoly 4 a 5, které se zabývají určováním hodnoty investice. Na rozdíl od právních principů a pravidel (plná reparace a její formy), jedná se zde o poměrně komplikované ekonomicko-právní metody oceňování, z nichž v praxi nejčastěji používaná bývá metoda DCF. Autorka zde prokazuje dobrý přehled a porozumění různým metodám

oceňování. Jako exkurs spíše působí kap. 7 (*Valuation date*), její obsah by se dal spojit s výše uvedenou kapitolou. Další samostatné problémy řeší kap. 6 (zásady pro snížení náhrady škody) a kap. 8 (odškodnění za morální újmu).

Diplomová práce je završena dostatečně rozsáhlým závěrem, který shrnuje a zobecňuje dosažené poznatky. Autorka tam také vyjadřuje své názory *de lege ferenda*.

4. Připomínky a otázky k zodpovězení při obhajobě:

Tato diplomová práce prokazuje značné diskrepance mezi silnými stránkami a nedostatky. Nejprve po stránce obsahové. Oponent oceňuje rozsáhlé konkrétní znalosti z rozhodování investiční arbitráže, počet citovaných nálezů je úctyhodný. Slušný je rozsah citovaných autorů, bohužel jen zahraničních. Slabiny se však projevují tam, kde jde o znalosti obecného mezinárodního práva. Autorka sice správně pracuje s články ILC o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní chování (ARSIWA, 2001), včetně komentáře, ovšem postrádám lepší reflexi (možná to jen v práci není jasně vyjádřeno) vztahu mezi obecnými sekundárními pravidly odpovědnosti států a speciálními primárními pravidly v BIT. Jinak řečeno, není důvod se divit, že podmínky kompenzace pro (legální) vyvlastnění v BIT nejsou (a ani by neměly být) shodné s principem plné reparace v případě mezinárodně protiprávního chování. Obdobně, a to ještě na obecnější úrovni, diplomantce zřejmě unikl obsah a komentář čl. 33 ARSIWA, ze kterého jasně vyplývá, že (na rozdíl od Části I ARSIWA, která je obecná a platí pro jakékoli mezinárodně protiprávní chování) obsah Části II se týká odpovědnostních závazků státu vůči jinému státu, státům, nebo mezinárodnímu společenství jako celku. Pokud jde o práva, která z odpovědnosti mohou vzniknout jiným osobám (např. investorům), řeší to pouze „without prejudice clause“ (čl. 33 odst. 2).

Po formální stránce je práce napsána v angličtině na slušné úrovni, ale bohužel ne dostatečně pečlivě. I když počet překlepů a chyb není velký, obsahují takové kuriozity, které bohužel mění smysl, např. „expanses“ místo „expenses“ a zejména „gross justice“ místo „gross injustice“ (s. 35). Pokud jde o práci s prameny, jejich počet a relevance již byly výše komentovány (pozitivně). Naprosto negativně však hodnotím formální způsob citování, který není obvyklý v české literatuře. Tento extrémně úsporný systém se možná hodí kvůli omezení počtu slov pro memoriály v soutěžích jako FDI moot, ale ne pro diplomové práce. Čtenář musí neustále hledat v tabulce na konci. Navíc i v té části zahraniční literatury, kde se tento model používá, by se např. u Dumberryho pro rozlišení dvou citovaných děl použilo spíše závorky s rokem vydání. Naprosto nestandardní (z pohledu originálních dokumentů i běžné

odborné literatury) je označování článků, např. Article n.36, apod. V české ani anglické literatuře se před číslo článků (smlouvy, ARSIWA, apod.) nikdy nedává No./n./č. (!).

Pro účely ústní obhajoby navrhuji, aby se diplomantka zaměřila především na tyto otázky:

- (1) Do jaké míry se mohou pro řešení obsahu odpovědnosti (náhradu škody) vůči poškozenému investorovi použít pravidla kodifikovaná v ARSIWA?
- (2) V souvislosti s úvahami o povinnosti omezení škody a dalšími faktory pro snížení náhrady, uplatní se tam také standard *due diligence*?
- (3) Jedním z problémů naznačených v práci je pojem „punitive damages“. Má tento koncept oporu v mezinárodním právu, včetně pravidel ARSIWA?
- (4) Není sporu (a práce to jasně potvrzuje), že v praxi investičních tribunálů se zpravidla přiznává náhrada materiální újmy ve formě finanční kompenzace, kdežto náhrada morální újmy je zcela výjimečná. Je tomu však spíše z teoretických důvodů, nebo kvůli praktické motivaci související s uznáním a výkonem rozhodčího nálezu?

5. Doporučení:

Posuzovaná práce svým obsahem i formou představuje diplomovou práci, kterou lze ještě doporučit k obhajobě. S výhradou jejího průběhu práci předběžně hodnotím jako velmi dobrou až dobrou.

V Praze dne 15.4.2021

Prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

oponent diplomové práce