

Paneurópska vysoká škola

Fakulta práva

POSUDOK oponenta dizertačnej práce

Meno a priezvisko doktorandky: JUDr. Míriama Kiselyová

Študijný program: Teoretické právni vedy

Názov dizertačnej práce: Medzinárodná investičná arbitráž vo vybraných štátoch EÚ

Školiteľ: Prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Oponent: Doc. JUDr. Katarína Chovancová, PhD., LL.M., MCI Arb

Pracovisko a funkcia oponenta: Ústav medzinárodného a európskeho práva, docentka

Pre medzinárodné investičné právo ako najdynamickejšie sa vyvíjajúcu súčasť medzinárodného hospodárskeho práva, a aj medzinárodnú investičnú arbitráž, ktorá je jednou z jeho najdôležitejších subkategórií, je súčasnosť viac než turbulentná. V rámci uvedenej subkategorie sa hlavný dôraz kladie – ikonickým (a ironickým) vyjadrením prof. Mistelisa najmä vďaka „vojenskej operácii Ruska na Ukrajine“¹ na budúcnosť medzinárodnej investičnej arbitráže v energetickom sektore. Energetický sektor je totiž po pandémii COVID 19 oslabený² vplyvom nestabilných cien ropy, uhlia a zemného plynu a následným znefunkčnením dodávateľských reťazcov ako hlavnými príčinami vzniku súčasných i budúcich sporov, spolu s problematickou výstavbou energetickej infraštruktúry a zmenami relevantnej vnútornej politiky mnohých štátov.

Napriek jestvujúcim problémom je však možné skonštatovať, že sporové strany v medzinárodných sporoch v sektore energetiky jednoznačne uprednostňujú medzinárodnú arbitráž – investičnú a aj obchodnú. Kurióznym dôvodom vzniku budúcich sporov – opäť v súvislosti s ruskou inváziou – je súčasný tlak na využitie klasického paliva v situácii, keď štáty budú v dlhodobom horizonte znova stupňovať úsilie o využitie čistej energie s minimálnym negatívnym vplyvom na životné prostredie.

Samozrejme nie je možné nespomenúť ani negatívny vplyv medzinárodných sankcií, spôsobujúcich uplatnenie doložiek force majeure a hardship³ v medzinárodných obchodných a investičných sporoch. Nepochybne, rozhodnutia, vydané v prípadoch Achmea a Komstroy rozmachu medzinárodnej investičnej arbitráže nepomohli, mimo regiónu EÚ však problémy s výkonom medzinárodných rozhodcovských rozsudkov absentujú. Zato však určite neabsentujú snahy o reformu systému ISDS bez zásadných zmien jeho súčasnej štruktúry zo strany štátov

¹ Pinsent Masons, Queen Mary University London, Future of International Energy Arbitration Survey Report – Published 20 January 2023, p.04. Dostupné na <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/Future-of-International-Energy-Arbitration-Survey-Report.pdf>

² CHOVANCOVÁ, Katarína. Uplatnenie force majeure v medzinárodnom investičnom práve v súvislosti s pandémiou COVID 19. In *Právny obzor*, roč. 105, 2022, č. 6, s. 522-535.

³ CHOVANCOVÁ, K. Force Majeure ako okolnosť vylučujúca protiprávnosť v medzinárodnom investičnom práve. In *Právny obzor*, roč. 105, 2022, č. 3, s. 191-204.

common law, zatiaľ čo EÚ zásadnú zmenu v podobe univerzálneho Multilaterálneho investičného súdu presadzuje⁴ s cieľom dosiahnuť väčšiu konzistenciu a predvídateľnosť rozhodcovských rozsudkov, ako aj nezávislosť a nestrannosť rozhodcov, či rozšírenie práva host'ovských štátov na interpretáciu medzinárodných investičných dohôd.

V inštitucionálnej rovine sa zase presadzujú inovatívne zmeny v Rozhodcovských pravidlách ICSID, a to bez ohľadu na to, že boli v r.2022 zásadným spôsobom zmenené. Pomerne demokratické zmeny ohľadne menovania rozhodcov do ICSID ad hoc komisií, ako aj vytvorenie osobitného zoznamu potenciálnych rozhodcov do ad hoc komisií s cieľom zabezpečenia ich nestrannosti, vrátane vytvorenia nezávislého sedemčlenného panelu na rozhodovanie o námietkach voči rozhodcom ad hoc ICSID komisií, sa navrhujú v problematickej procedúre anulovania ICSID rozhodcovských rozsudkov, ktoré anuluje jedine ad hoc ICSID komisia.⁵

Samotné medzinárodné investičné právo zase zaznamenáva zmenu v celkovom prístupe hlavných aktérov medzinárodných investičných arbitráží, smerujúcich od pluralizmu a heterogenosti medzinárodného investičného práva k určitej konvergencii a väčšej systematickosti, čo je zjavné aj z komparácie postupných zmien hodnotenia dôležitosti životného prostredia, ochrany ľudských práv, inštitútu vyvlastnenia a aplikácie štandardu rovnoprávneho a spravodlivého zaobchádzania („FET“) sporovými stranami aj rozhodcovskými tribunálmi v medzinárodných investičných arbitrážach.⁶ Súčasne sa nanovo objavuje aktuálnosť otázky platnosti vnútroštátneho práva pri jeho aplikácii rozhodcovskými tribunálmi v rovine medzinárodného práva v medzinárodnej investičnej arbitráži.⁷

Obdobne sa v súvislosti s negatívnym vplyvom vojenskej invázie na Ukrajinu opäť venuje zvýšená pozornosť vyššie spomenutému štandardu FET, a to najmä legitímnym očakávaniam zahraničných investorov ako základnej a najčastejšie v medzinárodných investičných arbitrážach uplatňovanej súčasti štandardu FET,⁸ čo je úplne logické, pretože negativistické tendencie z predpandemického obdobia sú dnes pomerne nevhodné. Autori najnovšie zdôrazňujú aj priamy vzťah medzi štandardom FET a zákonnosťou, resp. zásadami právneho štátu, pretože poskytujú investorom ochranu voči ich porušovaniu zo strany host'ovského štátu a k ich rešpektovaniu na vnútroštátnej úrovni vlastne prispieva.⁹ V súvislosti so štandardom FET sa spomína aj vypovedanie intra-EU BITs, ktoré vyvolalo komplexné právne otázky, napr. ohľadne práv tretích osôb, ktoré boli

⁴ LEE, S. ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System. In *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol.87, 2021, pp.484 – 506.

⁵ ROSENBERG, D. A Wolf in Sheep's Clothing: Overlooked Procedural Deficiencies in ICSID's Annulment Structure. In *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol.88, 2022, p. 597.

⁶ LIE, R.H. The Influencers of International Investment Law: A Computational Study of ISDS Actors Changing Behavior. Special Issue: Bias in International Law. In *German Law Journal*, Vol.23, 2022, pp.350-375. SUBEDI, S.P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. Oxford: Hart Publishing, 2020. Obdobne KRIEBAUM, U., DOLZER, R., SCHREUER, CH. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2022.

⁷ JARRETT, M. The International Validity of Domestic Law in Investment-Treaty Arbitration. In *Arbitration International*, Vol. XX, 2023, No.1, pp. 1–17.

⁸ HENCKELS, C. Justifying the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law: Legal Certainty and Arbitrary Conduct. In *ICSID Review*, Vol. 38, 2023, pp. 1–12. Pozri aj DUMBERRY, P. Fair and Equitable Treatment. In MBENGUE, M.M., SCHACHERER, S. *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Switzerland: Springer Nature, 2019, pp.95-126.

⁹ Pozri BALCZERAK, F. Horthel v Poland: Fair and Equitable Treatment Embodies the Rule of Law, Whereas 'Tax' Is Not Always a Tax. In *ICSID Review*, Vol.37, 2022, pp.1-14. Obdobne CHOVANCOVÁ, K. The Fair and Equitable Treatment and Its Current Status in International Investment Law. In ROTH, M., GEISTLINGER, M. (eds), *Yearbook on International Arbitration*. Vol.VI. Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2019, pp.171 - 187.

tretím osobám v BITs priznané, a ktoré môžu porušenie štandardu FET v dôsledku vypovedania relevantných BITs namietat' v súlade so zásadou *ex inuiriā non oritur ius*.¹⁰

Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti je možné skonštatovať, že téma dizertačnej práce autorky JUDr. Kiselyovej („autorka“), sústredená na medzinárodnú investičnú arbitráž vo vybraných členských štátoch EÚ je mimoriadne aktuálna. Na prvý pohľad sa javí byť možno priveľmi všeobecná, čo je trochu na úkor hĺbky spracovania kazuistiky, obsiahnutej v rozsiahlej ťažiskovej kapitole 2 dizertačnej práce. Na druhej strane je však očividné, že autorka sa v práci sústredila skôr na predloženie základnej – občas až letnej charakteristiky každej medzinárodnej investičnej arbitráže v rozsiahlom zozname arbitráží, uvedených pre vybrané členské štáty EÚ, s cieľom podania cenného štatistického prehľadu v závere každej podkapitoly v kapitole 2, čo samo osebe vylučuje akékoľvek aspirácie na detailnú analýzu ktoréhokoľvek uvedeného medzinárodného investičného sporu, a preto jej v tomto smere nie je možné nič vytknúť.

Z formálnej stránky je práca vypracovaná na dobrej úrovni, autorka pracuje s príjemným počtom domácich i zahraničných vedeckých i odborných knižných i časopiseckých publikácií (vrátane internetových zdrojov) z oblasti medzinárodného investičného práva, ako aj všeobecného medzinárodného práva verejného. Počet citovaných a spracovávaných rozhodcovských a súdnych rozhodnutí medzinárodných súdov a investičných tribunálov je dostatočný. Oponentovi však samozrejme v zozname chýba za anglosaskú školu medzinárodného investičného práva minimálne tradičná vynikajúca monografia prof. Subediho v poslednej verzii z r.2020, rovnako ako aj najnovšia skutočne „stellar“ monografia vienského tria Dolzer, Schreuer a Kriebaum z r.2022. Obdobne, Csongrád István Nagy bol zrejme myslený ako prof. Csongor István Nagy zo Szegedu, slovenský Csongrády bol iný „investor.“

Pokiaľ ide o štruktúru práce, okrem úvodu a záveru sa skladá z troch častí, zoznamu skratiek, zoznamu použitých primárnych a sekundárnych zdrojov, ako aj z kľúčových slov a abstraktu práce v anglickom a slovenskom jazyku. Za ťažiskovú kapitolu je možné označiť mimoriadne obsažnú kapitolu 2, venovanú medzinárodným investičným arbitrážam (nie obchodným), iniciovaným a rozhodovaným voči vybraným piatim členským štátom EÚ, pričom za pre čitateľa zrejme najpútavejšie a pre právnu prax najužitočnejšie sa javia byť štatistické závery autorky v rámci spracovávanej matérie medzinárodných investičných arbitráží v každom vybranom štáte.

Už v úvode práce sa autorka snaží predložiť stručnú definíciu arbitráže, ktorá je v zásade pre potreby práce postačujúca, oponent len upozorňuje, že aj investičná arbitráž (nielen obchodná) môže byť iniciovaná na základe investičného kontraktu, uzavretého napr. medzi zahraničným investorom a štátnym podnikom host'ovského štátu. Autorka ďalej v úvode definuje „arbitráže“ ako spory, čo je nesprávne, pretože rozhodcovské konanie je spôsob riešenia sporov, nie spor samotný. Čo sa týka a inak týka by oponent v sofistikovanej dizertačnej práci taktiež nepoužil, ide o pomerne vidiecky spôsob vyjadrovania sa vo formálnom písomnom prejave. Obdobne pri „príčinách arbitráže“ zrejme mala autorka na mysli konkrétne spory, ktoré sú hlavným dôvodom ich iniciovania a „príčiny sporu“ sú zrejme dôvody jeho vzniku.

Autorka súčasne v úvode predstavuje základné výskumné otázky, rovnako ako aj ciele svojej práce. Oponent len konštatuje, že uvedené „zmapovanie“ bolo v práci úspešne dosiahnuté, pokiaľ ide o opis a analýzu, tá by mohla byť predmetom viacdielnej monografie, nie jednej dizertačnej

¹⁰ SOURGENS, F. Chapter 15: Living on a Prayer: Termination of Intra-EU BITs and the Law of Treaties. In SHIRLOW, E., GORE, K.N. (eds), *The Vienna Convention on the Law of Treaties in Investor-State Disputes: History, Evolution and Future*, The Hague: Kluwer Law International 2022, pp.305-328. Obdobne FERNANDEZ-ROZAS, J.C., ZUNIGA, J.G. Chapter 4: Developments of Investment Arbitration in the EU. In ARP, B., ZAMORA, A. *International Arbitration in Times of Economic Nationalism*. The Hague: Kluwer Law International 2021, pp.79-96.

práce. V závere úvodu autorka správne uvádza aplikovanú metodiku a vhodne predstavuje štruktúru práce. Prvú kapitolu autorka prezieravo venovala problematike ochrany zahraničných investícií a neodmysliteľnej intra EÚ BIT námietke.

Krátky úvod do medzinárodnej arbitráže je vypracovaný na dobrej úrovni a poskytuje stručný prierez vývoja medzinárodnej arbitráže. Oponent len upozorňuje, že osobitne medzinárodnú investičnú arbitráž, ktorá je hlavnou témou dizertačnej práce je nutné vnímať a vôbec spomínať v kontexte medzinárodného investičného práva, bez ktorého znalosti nie je možné ju dostatočne ani spoznať, a už vôbec nie ju analyzovať, a to pokiaľ ide o ktorúkoľvek jej súčasť.

Pri UNCITRAL Rules of Transparency mohla autorka spomenúť ich fakultatívny charakter a obvyklé ustanovenia ochrany investorov sú zrejme základné štandardy ochrany medzinárodných investícií. Prvá kapitola ďalej obsahuje vhodne zvolené podkapitoly, venované relevantnosti práva EÚ a intra EÚ BIT námietke, ktoré prakticky dopĺňa podkapitola, venovaná krátkemu rozboru rozsudku CJEU v notoricky známom prípade Achmea a krátka prognóza budúcej ochrany zahraničných investícií v EÚ, kde rovnako ako ich ochrana nekončí, nekončí, a ani neskončí sporová agenda medzi investormi z tretích štátov a členských štátov EÚ.

Druhá kapitola je venovaná postupnej stručnej charakteristike a štatistickým prehľadom medzinárodných investičných arbitráží v piatich členských štátoch EÚ, pričom autorka striktne zachováva rovnakú štruktúru pri každom štáte - napr. v rámci uvádzaných medzinárodných investičných arbitráží, vedených voči SR časovou osou predstavuje štrnásť arbitráží. Ide o prehľad užitočný, oponent by snád' pri konštatovaní rozhodnutia sporu v prospech SR v prípade Eurogas bol zdržanlivejší vzhľadom na okolnosti prípadu.

Za prehľadom vždy nasledujú závery, obsahujúce rozdelenie arbitráží podľa dôvodu vzniku sporov, dva doplňujúce piecharty a výsostne praktické porovnanie počtu rozhodcovských rozsudkov, vydaných v prospech host'ovského štátu a v prospech zahraničného investora, ktoré pri každom vybranom štáte potvrdzuje, že nepomerne vyšší počet rozhodnutí, vydaných v prospech investorov je populistický mýtus, ktorý fakty presvedčivo vyvracajú: napr. v rámci arbitráží, vedených voči SR boli v prospech zahraničných investorov vydané v inkriminovanom období 2 rozsudky, zatiaľ čo rozhodcovia rozhodli v prospech SR sedemkrát.

Tretiu - poslednú kapitolu práce autorka venovala spoločnému vyhodnoteniu predstavených investičných arbitráží, pričom za osobitne cennú oponent považuje poslednú časť tretej kapitoly, sústredenú na využitie skúseností z ukončených medzinárodných investičných arbitráží. Historicky získané lessons learnt však zrejme pri formulácii FET v slovenskej IIA medzi SR a Iránom spoľahlivo obišli celú materiú medzinárodného investičného práva, lepšie už dopadla v tomto smere IIA medzi SR a UAE, aj keď FET môže byť obmedzený na percepciu v zmysle CIL, nie však ako IMS v rámci CIL, pretože ako IMS má odlišný historický background. Nová modelová BIT ČR je v porovnaní s predošlými IIAS jednoznačne výhercom lotérie s najlepšou formuláciou FET. Prezieravé kroky MF SR ohľadne manažmentu medzinárodných investičných sporov je samozrejme potrebné hodnotiť pozitívne.

Záver práce tvorí stručné zhrnutie obsahu jednotlivých kapitol práce, a autorke oponent vyslovuje poďakovanie za pomerne realistickú prognózu vývoja počtu medzinárodných investičných arbitráží, vedených voči členským štátom EÚ, s ktorými je dnes v postpandemickej ére naozaj potrebné do budúcnosti počítať, rovnako ako aj so žalobcami zo štátov USA, UK, Singapuru, Hongkongu, Austrálie a vôbec zo všetkých štátov common law.

Záver

Dizertačnú prácu JUDr. Kiselyovej považujem napriek skutočne drobným výhradám a pripomienkam za dobre vypracovanú, prakticky orientovanú dizertačnú prácu a odporúčam ju k obhajobe pred príslušnou komisiou pre obhajobu dizertačnej práce. Do diskusie navrhujem doktorandke zodpovedať nasledovné tri otázky:

1. Napriek viacerým fundovaným predpovediam a možno aj očakávaniam, nová USMCA 2020 nezakotvuje FET štandard po vzore CETy. Naopak, zakotvuje ho presne v tej istej podobe, ako NAFTA a US Model BIT 2012. Z akého dôvodu ?

2.

„...the FET standard can be a tool to implement and/or develop the rule of law domestically. If this happens, it may become relevant in the context of good governance and improve the public’s perception of investor-State arbitration.“

Filip Balcerzak, 2022

Súhlasí autorka s uvedeným výrokom ?

3. Vysvetlite nasledovné tvrdenie:

„The doctrine of legitimate expectations in international investment law is the most frequently argued element of fair and equitable treatment (FET), yet its normative basis is unclear.“

Caroline Henckels, 2023

Doc. JUDr. Katarína Chovancová, PhD., LL.M., MCI Arb

Hainburg an der Donau, Austria, 17. marec 2023