

**EKONOMICKÁ UNIVERZITA V BRATISLAVE
FAKULTA MEDZINÁRODNÝCH VZŤAHOV**

Evidenčné číslo: 105004/D/2020/4598945

**MEDZINÁRODNOPRÁVNA OCHRANA INVESTÍCIÍ VO
VZŤAHU K SUVERENITE HOSTITEĽSKÉHO ŠTÁTU**

Dizertačná práca

2020

Mgr. Martin Karas

**EKONOMICKÁ UNIVERZITA V BRATISLAVE
FAKULTA MEDZINÁRODNÝCH VZŤAHOV**

**MEDZINÁRODNOPRÁVNA OCHRANA INVESTÍCIÍ VO
VZŤAHU K SUVERENITE HOSTITEĽSKÉHO ŠTÁTU**

Dizertačná práca

Študijný program: Medzinárodné ekonomické vzťahy

Študijný odbor: Medzinárodné ekonomické vzťahy

Školiace pracovisko: Katedra medzinárodného práva

Školiteľ: dr. habil. JUDr. Ing. Katarína Brocková, PhD.

Bratislava 2020

Mgr. Martin Karas

ZADANIE ZÁVEREČNEJ PRÁCE

Meno a priezvisko študenta: Mgr. Martin Karas
Študijný program: medzinárodné ekonomické vzťahy (Jednoodborové štúdium, doktorandské III. st., denná forma)
Študijný odbor: ekonómia a manažment
Typ záverečnej práce: Dizertačná záverečná práca
Jazyk záverečnej práce: slovenský
Sekundárny jazyk: anglický

Názov: Medzinárodnoprávna ochrana zahraničných investorov vo vzťahu k štátnej suverenite hostiteľského štátu

Anotácia: Dizertačná práca sa zaoberá vzťahom medzi medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investícií a národnou suverenitou hostiteľského štátu. Tento vzťah je analyzovaný z pohľadu teórie medzinárodných vzťahov v rámci diskusie medzi neorealizmom a neoliberalizmom. V prvej časti práca predstavuje súčasný stav skúmanej problematiky. V druhej časti práca objasňuje teoretický rámec na analýzu medzinárodných investičných režimov. Hlavnú časť práce predstavuje prezentácia výsledkov obsahovej analýzy medzinárodných investičných zmlúv a rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov. Táto analýza ukazuje posun smerom k väčšej ochrane národnej suverenity v nových investičných zmluvách. Na druhú stranu analýza rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov naznačuje, že tento posun nemusí mať výrazný dopad na prax medzinárodnej investičnej arbitráže.

Školiteľ: doc. JUDr. Ing. Katarína Brocková, PhD.
Rektorát, dekanát: Dekanát FMV - Dekanát Fakulty medzinárodných vzťahov
Dátum zadania: 23.03.2017

Dátum schválenia: 03.04.2017
Dr. h. c. prof. Ing. Ľudmila Lipková, CSc.
garant študijného odboru

.....
študent

.....
Školiteľ

Pod'akovanie

Týmto sa chcem poďakovať mojej školiteľke dr. habil. JUDr. Ing. Kataríne Brockovej, PhD. za trpezlivú podporu a užitočné usmernenia.

Martin Karas

ABSTRAKT

KARAS, Martin: *Medzinárodnoprávna ochrana investícií vo vzťahu k suverenite hostiteľského štátu*. – Ekonomická univerzita v Bratislave. Fakulta medzinárodných vzťahov; Katedra medzinárodného práva. – Školiteľ: dr.habil. JUDr. Ing. Katarína Brocková, PhD. – Bratislava: FMV EU, 2020, 132s.

Cieľom dizertačnej práce je komplexná analýza vzťahu medzi medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investícií a národnou suverenitou hostiteľského štátu so zameraním na súčasný vývoj v oblasti negociácie medzinárodných investičných zmlúv a v oblasti medzinárodnej investičnej arbitráže. V prvej časti sa práca venuje súčasnému stavu skúmanej problematiky v odbornej literatúre. V druhej časti je predstavený teoretický rámec práce vychádzajúci z teórie medzinárodných vzťahov. V tretej časti sú prezentované ciele práce a metodológia výskumu. Štvrtá časť je venovaná obsahovej analýze investičných zmlúv, ktorej cieľom je zachytiť aktuálne trendy v oblasti negociácie medzinárodných investičných zmlúv. Piata časť je venovaná obsahovej analýze rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov s cieľom analyzovať hlavné otázky riešené tribunálmi vo vzťahu k skúmanej otázke. Práca dospieva k záveru, že na úrovni medzinárodných investičných zmlúv je v posledných rokoch možné pozorovať posilnenie ochrany štátnej suverenity. Zároveň však z výsledkov práce vyplýva, že tieto zmeny môžu mať relatívne obmedzený vplyv na prax medzinárodnej investičnej arbitráže.

Kľúčové slová:

Medzinárodnoprávna ochrana zahraničných investícií, suverenita, medzinárodné investičné zmluvy, medzinárodná investičná arbitráž

ABSTRACT

KARAS, Martin: *International legal protection of investments in relation to the sovereignty of the host state*. – University of Economics in Bratislava. Faculty of International Relations; Department of international law. – Thesis supervisor: dr.habil. JUDr. Ing. Katarína Brocková, PhD. – Bratislava: FMV EU, 2020, 132p.

The goal of this thesis is a comprehensive analysis of the relationship between international legal protection of foreign investment and national sovereignty of the host state focused on the current developments in the area of investment treaty-making and the area of international investment arbitration. In the first chapter, the thesis presents the current state of scholarly research in the analysed field. In the second part, a theoretical framework used in this thesis is developed based on the theory of international relations. In the third chapter, research goals and methodology are described. The fourth chapter is dedicated to a content analysis of international investment agreements with the aim of capturing the current trends in international investment treaty-making. The fifth chapter is dedicated to a content analysis of recent awards of international investment tribunals with the aim of analysing the main issues related to the research topic as dealt with by the tribunals. The thesis concludes that there is a clear tendency of strengthening of national sovereignty on the level of international investment treaties in recent years. At the same time, the thesis indicates that these changes might have a limited effect in the practice of investment arbitration.

Key words:

Investment protection, sovereignty, investment treaties, investment arbitration

Obsah

Úvod	9
1. Súčasný stav riešenej problematiky	15
1.1 Medzinárodné právo ako objekt skúmania medzinárodných vzťahov.....	15
1.2 Medzinárodné investičné právo ako objekt skúmania medzinárodných vzťahov	17
1.3 Národná suverenita ako výskumný problém v oblasti medzinárodných investičných režimov	21
1.4 UNCTAD a reforma medzinárodných investičných režimov.....	24
2. Teoretické východiská práce.....	28
2.1 Neorealizmus a neoliberalizmus ako teoretický rámec pre analýzu medzinárodných investičných režimov	28
2.2 Národná suverenita	30
2.3 Medzinárodnoprávna ochrana zahraničných investorov.....	33
3. Ciele dizertačnej práce a metodológia	40
3.1 Ciele práce a výskumné otázky.....	40
3.2 Metodológia	42
4. Súčasný trendy v oblasti negociácie medzinárodných investičných zmlúv.....	49
4.1 Vzťah medzi ochranou zahraničných investícií a národnou suverenitou hostiteľského štátu v súčasných medzinárodných investičných režimoch.....	49
4.2 Významní aktéri medzinárodných investičných režimov a ich postoj k skúmanej problematike	57
4.2.1 Čína a konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu na úrovni medzinárodných investičných zmlúv	57
4.2.2 USA a konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu na úrovni medzinárodných investičných zmlúv	59
4.2.3 Európska únia a konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu na úrovni medzinárodných investičných zmlúv	62
4.2.4 Rozvojové krajiny a konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu na úrovni medzinárodných investičných zmlúv – prípad Brazílie, Indie a Argentíny.....	66
4.2.5 Slovenská republika a konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu na úrovni medzinárodných investičných zmlúv.....	73
5. Medzinárodné investičné tribunály a ich interpretácia konfliktu medzi ochranou zahraničných investorov a suverenitou hostiteľského štátu.....	78
5.1 Vnútroštátne právo v rámci medzinárodnej investičnej arbitráže.....	79
5.2 Nepriame vyvlastnenie.....	81
5.3 Legitímne očakávania v rámci medzinárodného štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania	85
5.3.1 Definícia konceptu legitímnych očakávaní v praxi medzinárodnej investičnej arbitráže.....	87

5.3.2 Legitímne očakávania a regulačná autonómia hostiteľského štátu	89
5.3.3 Legitímne očakávania ako súčasť medzinárodného štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania	93
5.3.4 Legitímne očakávania a nová generácia medzinárodných investičných zmlúv	95
6. Diskusia.....	100
6.1 Výsledky práce v kontexte teórie medzinárodných vzťahov	100
6.2 Normatívna analýza konfliktu medzi národnou suverenitou hostiteľského štátu a medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investícií	105
Záver	110
Zoznam použitej literatúry	114
Medzinárodné investičné zmluvy použité v rámci obsahovej analýzy, alebo citované v texte	124
Rozhodnutia medzinárodných investičných tribunálov použité v rámci obsahovej analýzy, alebo citované v texte	131

Zoznam skratiek

ICSID – Medzinárodné stredisko pre urovnávanie investičných sporov

BIT – bilaterálna investičná zmluva

FET – riadne a spravodlivé zaobchádzanie

UNCTAD – Konferencia OSN pre obchod a rozvoj

TTIP – Dohoda o transatlantickom obchodnom a investičnom partnerstve

CETA – Komplexná hospodárska a obchodná dohoda (CETA) medzi Kanadou na jednej strane a Európskou úniou a jej členskými štátmi na strane druhej

TPP – Dohoda o transpacifickom partnerstve

IL/IR – medzinárodné právo/medzinárodné vzťahy

EÚ – Európska únia

FDI – priama zahraničná investícia

ISDS – urovnávanie sporov medzi investorom a štátom

OSN – Organizácia Spojených národov

IIA – medzinárodná investičná zmluva

MFN – doložka najvyšších výhod

NT – národné zaobchádzanie

ČĽR – Čínska ľudová republika

USA – Spojené štáty americké

USMCA – Dohoda medzi Spojenými štátmi, Mexikom a Kanadou

DR-CAFTA – Dohoda o voľnom obchode Strednej Ameriky a Dominikánskej republiky

NAFTA – Severoamerická dohoda o voľnom obchode

CHAFTA – Dohoda o voľnom obchode medzi Čínu a Austráliou

SDEU – Súdny dvor Európskej Únie

ASEAN – Združenie národov juhovýchodnej Ázie

CFIA – Dohoda a sprostredkovanie a spolupráci v oblasti investícií

MERCOSUR – Mercosur/Spoločný trh juhu

ECT – Zmluva o Energetickej charte

Úvod

Napriek tomu, že už po tretí rok v rade zaznamenal globálny objem priamych zahraničných investícií (PZI) pokles¹, PZI sú naďalej vnímané ako jeden z hlavných prostriedkov financovania ekonomického rozvoja vo väčšine krajinách sveta. Priame zahraničné investície však so sebou pre hostiteľské štáty prinášajú aj obmedzenia v podobe medzinárodnoprávnej ochrany, ktorú zahraničným investorom poskytujú medzinárodné investičné zmluvy a systém medzinárodnej investičnej arbitráže, ktorý dodržiavanie týchto zmlúv garantuje. Hostiteľské štáty v posledných dvoch desaťročiach zistili, že systém medzinárodnoprávnej ochrany zahraničných investícií, ktorý vznikol v deväťdesiatych rokoch dvadsiateho storočia, ohraničuje ich regulačné právomoci spôsobom, ktorý v mnohých prípadoch prichádza do konfliktu s ich národnou suverenitou.

Od vzniku medzinárodného systému národných štátov dávala teória štátnej suverenity implicitne definovaná Westfálskym mierom z roku 1648 vládam jednotlivých krajín výhradnú právomoc prijímať širokú škálu opatrení s potenciálne negatívnym dopadom na zahraničných investorov. V súčasnosti je priestor na reguláciu zahraničných investícií štátom, a teda aj jeho suverenita obmedzená medzinárodným systémom ochrany zahraničných investícií. Príkladom opatrenia, ktoré historicky spadalo do výhradnej právomoci štátu, ale v rámci súčasného systému ochrany zahraničných investícií predstavuje porušenie medzinárodného práva, je vyvlastnenie bez adekvátnej kompenzácie. Medzi najznámejšie prípady priameho vyvlastnenia zahraničných investícií štátnou mocou, ktoré boli následne napadnuté pred medzinárodnými investičnými tribunálmi, patrí znárodnenie ropného priemyslu Iránom v roku 1951.

Porušením medzinárodného investičného práva však v súčasnosti nie sú iba tak extrémne zásahy do vlastníckych práv, ako je priame vyvlastnenie, ale aj mnohé regulačné opatrenia, ktoré by pri absencii systému medzinárodnoprávnej ochrany zahraničných investícií mohli štáty prijímať svojvoľne v rámci svojej suverenity. Príkladom takéhoto obmedzenia suverenity štátu sú aktuálne prípady medzinárodných investičných sporov iniciované v súvislosti so zmenami v subvenčnej schéme Španielskeho kráľovstva v oblasti solárnej energie. V rokoch 2010 a 2011 prijala nová španielska vláda v reakcii na finančnú krízu opatrenia, medzi ktoré patrilo aj výrazné obmedzenie podpory výroby energie z obnoviteľných zdrojov zo strany štátu. Tieto opatrenia

¹ UNCTAD, World Investment Report 2019, dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_vr_en.pdf, s. 10.

viedli v období od zavedenia reformy do roku 2019 k 46 žalobám zo strany zahraničných investorov, primárne v sektore výroby solárnej energie. Z ukončených prípadov bola väčšina rozhodnutá v prospech zahraničných investorov. To znamená, že opatrenia ako tie, ktoré v rokoch 2010-2011 prijala španielska vláda, sa v rámci medzinárodného investičného práva nachádzajú mimo sféru suverénneho rozhodovania štátnej moci.

Práve vzťah medzi medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu je témou tejto dizertačnej práce. Hlavnou otázkou, ktorou sa predkladaná práca zaoberá, je do akej miery má hostiteľský štát právo využívať suverénnu moc na svojom území vo vzťahu k zahraničným investíciám. Táto otázka vyvstáva v súvislosti s konfliktom medzi dvoma na prvý pohľad nezlučiteľnými koncepciami. Na jednej strane konfliktu sa nachádza teória štátnej suverenity, v rámci ktorej môže štát na vlastnom území svojvoľne využívať rozsiahle právomoci bez vonkajších zásahov. Na druhej strane sa nachádza teória ochrany zahraničných investícií, ktorej účelom je podporiť medzinárodné investičné toky prostredníctvom vytvorenia stabilného medzinárodného právneho rámca pre zahraničné investície, nezávislého na štátnej moci hostiteľského štátu. Medzinárodnoprávna ochrana zahraničných investícií teda slúži ako ochrana zahraničných investorov pred svojvoľným využitím suverénnej štátnej moci. V súčasnom globálnom ekonomickom systéme stanovuje hranicu medzi legitímnym suverénnym aktom hostiteľského štátu a porušením právnej ochrany zahraničných investícií medzinárodné investičné právo. Práve otázka, kde sa táto hranica v súčasnosti nachádza a akým smerom sa posúva, je predmetom skúmania tejto práce.

Napriek tomu, že už Zmluva o priateľstve a obchode medzi USA a Francúzskom podpísaná v roku 1778 obsahuje ustanovenia o ochrane vlastníctva cudzincov², je možné konštatovať, že moderné medzinárodné investičné právo vo svojej dnešnej podobe predstavuje relatívne mladý odbor medzinárodného ekonomického práva. Pred druhou svetovou vojnou budilo medzinárodné právo vo vzťahu k ochrane majetkových práv cudzincov záujem najmä v špecifických situáciách, ako napríklad v kontexte októbrovej revolúcie v Rusku alebo v kontexte znárodnenia poľnohospodárskych a ropných investícií USA Mexikom v roku 1938³. Prvé moderné medzinárodné investičné zmluvy vznikali až po druhej svetovej vojne, pričom najväčší rozmach

² Treaty of Amity and Commerce Between The United States and France, Fr. – USA, 1778.

³ DOLZER, R. – SCHREUER, CH. Principles of International Investment Law. 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 14-15.

zaznamenalo medzinárodné investičné právo v 90-tych rokoch dvadsiateho storočia, kedy počet existujúcich medzinárodných investičných zmlúv vzrástol z 500 v roku 1990 na približne 2 000 v roku 2000. V tomto období sa do praxe medzinárodného investičného práva presadil systém urovnávania sporov medzi zahraničným investorom a hostiteľským štátom (ISDS) nezávislými medzinárodnými investičnými tribunálmi, ktorý dnes predstavuje kľúčový aspekt medzinárodnoprávnej ochrany zahraničných investícií. V novom tisícročí môžeme následne pozorovať rozvoj kritickej perspektívy na medzinárodnoprávnú ochranu zahraničných investícií, a to najmä v súvislosti s kontroverznými rozhodnutiami medzinárodných investičných tribunálov. Ako sa tento vývoj odrazil na súčasnej podobe režimov ochrany zahraničných investícií predstavuje jednu z otázok, na ktoré sa táto práca snaží odpovedať.

Medzinárodnoprávna ochrana zahraničných investícií má tri základné pramene. Prvým je obyčajové medzinárodné právo, ktoré je vo vzťahu k zahraničným investíciám reprezentované hlavne minimálnym medzinárodným štandardom zaobchádzania so zahraničnými investormi. Medzinárodná obyčaj predstavovala hlavný zdroj medzinárodného investičného práva v období pred rozmachom moderných medzinárodných investičných zmlúv. Práve na obyčajové právo sa spoliehali niektoré tribunály v prípadoch znárodnenia ropných zahraničných investícií, ako napríklad tribunál Irán-USA⁴, avšak aktuálny výskum nasvedčuje tomu, že súčasné tribunály obyčajovému právu nevenujú veľkú pozornosť⁵.

Druhým a najdôležitejším prameňom medzinárodného investičného práva sú medzinárodné investičné zmluvy a kapitoly o investíciách v rámci komplexných obchodných dohôd. UNCTAD v súčasnosti eviduje takmer 2 900 bilaterálnych investičných zmlúv a 390 iných medzinárodných zmlúv s investičnými ustanoveniami⁶. História medzinárodných investičných zmlúv siaha až do 18. storočia k zmluvám USA o priateľstve, obchode a navigácii, avšak v týchto zmluvách ešte nehrali pravidlá zaobchádzania s majetkom cudzincov prominentnú rolu. Významný nárast popularity bilaterálnych investičných zmlúv v deväťdesiatych rokoch 20. storočia sa dá pripísať najmä definitívnemu presadeniu neoliborálneho rozvojového modelu reprezentovaného Washingtonským konsenzom, ktorý považuje zahraničné investície za kľúčový

⁴ Iran-US Claims Tribunal, Tippetts, Abbeett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA, 19984.

⁵ HIRSH, M. Sources of International Investment Law, International Law Association Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law, 2011.

⁶ UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, 2019.

faktor ekonomického rastu, a preto kladie dôraz na ich ochranu pred arbitrárnym konaním hostiteľského štátu.

Tieto zmluvy poskytujú ochranu zahraničným investorom prostredníctvom ustanovení, ktoré napríklad ukladajú hostiteľskému štátu povinnosť zaobchádzať so zahraničnými investormi riadne a spravodlivo alebo štátu zakazujú vyvlastniť zahraničnú investíciu bez legitímneho dôvodu a bez kompenzácie. Významnú väčšinu medzinárodných investičných zmlúv predstavujú bilaterálne investičné zmluvy (BIT). Ide o dvojstranné dohody medzi krajinami, ktoré majú niektoré spoločné črty, ktoré sa však navzájom zároveň líšia v závislosti na záujmoch a investičných politikách vyjednávajúcich štátov. Kapitoly o zahraničných investíciách, ktoré v praxi v niektorých prípadoch nahrádzajú tradičné BIT sa taktiež nachádzajú v obchodných dohodách, ako napríklad Komplexná hospodárska a obchodná dohoda (CETA) medzi Kanadou na jednej strane a Európskou úniou a jej členskými štátmi na strane druhej alebo nedávno vyjednávané Transatlantické obchodné a investičné partnerstvo (TTIP). Špecifickou kategóriou sú multilaterálne zmluvy, ktoré však v oblasti medzinárodného investičného práva môžu mať veľký význam, príkladom čoho je Zmluva o Energetickej charte, ktorá predstavuje právny základ pre mnohé aktuálne spory medzi zahraničnými investormi a hostiteľskými štátmi v oblasti energetiky.

Tretím hlavným prameňom medzinárodného investičného práva sú rozhodnutia medzinárodných investičných tribunálov. Zatiaľ čo vo všeobecnosti sú v rámci medzinárodného práva súdne rozhodnutia považované za pomocné pramene, rozhodovanie medzinárodných investičných tribunálov je charakteristické častým odkazovaním na existujúcu judikatúru. UNCTAD v súčasnosti eviduje vyše 1 023 zverejnených prípadov medzinárodnej investičnej arbitráže, z toho 674 prípadov bolo ukončených. Všeobecný procedurálny rámec pre medzinárodnú investičnú arbitráž poskytuje Dohovor o Medzinárodnom stredisku pre riešenie sporov z investícií (ďalej len Dohovor ICSID), ktorý má v súčasnosti 154 členov. Mandát tribunálov väčšinou odvodzujú priamo z medzinárodnej investičnej zmluvy, v ktorých sa tradične nachádza arbitrážna doložka ohľadom urovnávania sporov medzi investorom a hostiteľským štátom.

Z dôvodov, pre ktoré je medzinárodné investičné právo zaujímavou oblasťou výskumu budú v tejto časti spomenuté dva hlavné. Po prvé ide o oblasť, ktorá po 90-tych rokoch charakteristických stabilitou a konsenzom zažíva obdobie dynamickej zmeny, ktorá má potenciál ovplyvňovať všetky sektory medzinárodných investičných tokov a verejných politik hostiteľských štátov. Túto zmenu je možné pozorovať v oblasti politik národných štátov ako aj v oblasti verejnej

mienky. Vo vzťahu k štátom môžeme pozorovať, že najmä krajiny importujúce kapitál zo zahraničia, ktoré sa v posledných dvadsiatich rokoch stali terčom medzinárodných investičných žalôb pristúpili k prehodnoteniu svojich investičných politík, čo sa prejavilo buď zmenou postoja v oblasti vyjednávania nových medzinárodných investičných zmlúv alebo v extrémnych prípadoch až k odstúpeniu od Dohovoru ICSID, ako tomu bolo v prípade Venezuely, Ekvádoru a Bolívie. Dôvodom tohto kroku boli obavy z dopadov medzinárodných investičných režimov na ich suverenitu.⁷ Uvidíme však, že k zmene svojho prístupu k otázke suverenity hostiteľského štátu v rámci medzinárodného investičného práva pristúpili aj najväčší kapitáloví exportéri. Vo vzťahu k verejnej mienke môžeme tiež pozorovať nárast opozície proti režimom ochrany zahraničných investícií, čo sa prejavilo napríklad 17. septembra 2016, kedy boli v siedmich najväčších nemeckých mestách organizované protesty proti vyjednávaniu novej obchodnej a investičnej zmluvy medzi USA a EÚ, na ktorých sa zúčastnili desiatky tisíc ľudí. Opäť bola ako hlavný dôvod opozície proti súčasným režimom ochrany zahraničných investícií citovaná obava zo straty národnej suverenity⁸.

Druhým dôvodom, prečo je medzinárodné investičné právo zaujímavým predmetom výskumu je fakt, že ide o oblasť, v ktorej dochádza k interakcii troch hlavných skupín aktérov medzinárodných vzťahov: národných štátov, nadnárodných korporácií a medzinárodných inštitúcií. Výsledky tejto interakcie významným spôsobom vstupujú do teoretickej diskusie medzi neoliberalizmom a neorealizmom v oblasti teórie medzinárodných vzťahov spôsobom, ktorý bude bližšie analyzovaný v kapitole 2 tejto práce.

K danej problematike pristupuje táto práca z pohľadu disciplíny medzinárodných vzťahov, ktoré je v tomto prípade vhodné najmä vzhľadom na to, že sa práca špecificky zameriava na konflikt medzi ochranou investorov a suverenitou hostiteľského štátu. Cieľom tejto práce je komplexná analýza daného konfliktu na úrovni medzinárodných režimov ochrany zahraničných investícií. Za týmto účelom bude v prvej kapitole predstavený súčasný stav skúmanej problematiky, pričom sa práca bude zameriavať na existujúci výskum, ktorý kombinuje analýzu medzinárodnoprávných noriem s teóriou medzinárodných vzťahov. V druhej kapitole bude predstavený teoretický rámec práce, ktorý pozostáva z teoretickej diskusie medzi neorealizmom

⁷ Gobierno Bolivariano denuncia convenio con Ciadi. Comunicado del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, 2012, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: <http://www.cadtm.org/Gobierno-Bolivariano-denuncia>

⁸ BBC, 2016, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: <https://www.bbc.com/news/world-europe-37396796>

a neoliberalizmom, konkrétne v otázke relatívneho postavenia štátu ako aktéra medzinárodných vzťahov voči medzinárodným organizáciám a nadnárodným korporáciám. V tretej kapitole budú prezentované základné ciele dizertačnej práce a metodologický rámec, ktorý umožní splnenie týchto cieľov.

Jadro dizertačnej práce bude tvoriť analýza konfliktu medzi ochranou investícií a národnou suverenitou v rámci režimov ochrany zahraničných investícií. Štvrtá kapitola sa preto bude venovať obsahu medzinárodných investičných zmlúv. V tejto časti budú prezentované výsledky obsahovej analýzy medzinárodných investičných zmlúv s cieľom zachytiť zmeny, ku ktorým došlo v oblasti medzinárodných investičných zmlúv vo vzťahu k študovanému konfliktu a následne budú analyzované pozície hlavných štátnych aktérov medzinárodných investičných režimov vo vzťahu k tomuto konfliktu. V piatej kapitole bude konflikt medzi ochranou investícií a suverenitou analyzovaný v rámci výsledkov medzinárodnej investičnej arbitráže vo forme rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov so zameraním na kľúčový koncept legitímnych očakávaní zahraničných investorov.

1. Súčasný stav riešenej problematiky

V tejto časti bude predstavený aktuálny stav skúmanej problematiky. V prvej podkapitole bude popísaný historický vývoj interakcie medzi oblasťou medzinárodného práva a disciplínou medzinárodných vzťahov. Následne bude pozornosť venovaná interdisciplinárnemu výskumu, ktorý konkrétnejšie spája medzinárodné investičné právo a teóriu medzinárodných vzťahov. Táto časť sa bude sústreďovať na existujúci výskum zameraný na medzinárodné investičné zmluvy a medzinárodnú investičnú arbitráž. V tretej časti bude prezentovaný výskum zameraný špecificky na predmet tejto práce, a teda otázku suverenity vo vzťahu k medzinárodnoprávnej ochrane zahraničných investícií. Na záver táto kapitola bude zaoberať reformou medzinárodných investičných zmlúv zo strany UNCTAD ako reakciou na kritiku súčasných medzinárodných investičných režimov.

1.1 Medzinárodné právo ako objekt skúmania medzinárodných vzťahov

Vedecký odbor medzinárodných vzťahov už od svojho vzniku považoval medzinárodné právo za užitočný príklad interakcie štátov ako základných jednotiek analýzy medzinárodných politických a ekonomických vzťahov. Táto špeciálna oblasť štúdia medzinárodných vzťahov sa niekedy označuje ako medzinárodné právo/medzinárodné vzťahy (IL/IR)⁹. Zakladatelia teórie medzinárodných vzťahov Carr¹⁰ a Morgenthau¹¹ sa tiež okrajovo venovali miestu medzinárodného práva v globálnej politickej sfére, ale v súlade s kladením dôrazu na vojenskú moc došli k záveru, že medzinárodné právo predstavuje oblasť medzinárodných vzťahov, ktorá má len obmedzený vplyv na konanie štátov. Medzi ďalších autorov, ktorí sa v tejto teoretickej fáze venovali

⁹ WHYTOCK, From International Law and International Relations to Law and World Politics. Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2018, s.1.

¹⁰ CARR, E. H. The Twenty Years' Crisis, 1919–1939. Basingstoke, U.K.: Palgrave, 1939.

¹¹ MORGENTHAU, H. J. Positivism, functionalism, and international law. American Journal of International Law, 1942, 34(2), 260–284.

medzinárodnému právu z hľadiska medzinárodných vzťahov patrili Kaplan, de Katzenbach¹², Deutsch, Hoffmann¹³, alebo Falk¹⁴.

Za začiatok empirického výskumu vplyvu medzinárodného práva na medzinárodné vzťahy môžeme považovať sedemdesiate roky, kedy sa autori v oblasti medzinárodného práva začali venovať otázkam medzinárodných konfliktov¹⁵. Dynamický rozvoj IL/IR však prichádza až so vznikom nových teoretických prístupov k medzinárodným vzťahom, ktoré sa profilujú kriticky voči realistickým prístupom. Tieto prístupy zdôrazňujú úlohu noriem v medzinárodných vzťahoch¹⁶ a schopnosť medzinárodných (aj právnych) režimov obmedzovať suverenitu národných štátov¹⁷. Medzi hlavné diela v tejto oblasti patria najmä diela od Abbota¹⁸ a Burleyho¹⁹. Tieto prístupy sa vo väčšine prípadov dajú subsumovať pod kategóriu neoliberalizmu a konštruktivismu v medzinárodných vzťahoch. Práve tieto prístupy k vzťahu medzinárodného práva a medzinárodných vzťahov a ich kritika/diskusia s neorealizmom v tejto problematike bude predstavovať základný teoretický rámec tejto práce.

V posledných rokoch sa autori v tejto oblasti venujú najmä otázkam 1) vzťahu medzi medzinárodným právom a suverenitou štátov²⁰, 2) ľudských práv, najmä vo vzťahu k medzinárodným konfliktom²¹, 3) otázkam tvorby noriem v medzinárodnom práve a medzinárodných vzťahoch²² a 4) otázkam vplyvu medzinárodného práva na environmentálnu

¹² KAPLAN, M. A. – DE KATZENBACH, N. *The Political Foundations of International Law*. New York: John Wiley & Sons, 1961.

¹³ DEUTSCH, K. W., – HOFFMANN, S. (Eds.). *The Relevance of International Law*. Cambridge, MA: Schenkman Publishing Company, 1968.

¹⁴ FALK, R. A. *The Status of Law in International Society*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1970.

¹⁵ Pozri napr. CHAYES, A. *Cuban Missile Crisis: International Crises and the Role of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1974, alebo BOWIE, R. R. *Suez 1956*. Oxford: Oxford University Press, 1974.

¹⁶ WENDT, A. Anarchy is what states make of it: The social construction of power politics. *International Organization*, 1992, 46(2), 391–425.

¹⁷ Pozri napr. KRASNER, S. (Ed.) *International Regimes*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1983.

¹⁸ ABBOTT, K. W. Modern international relations theory: A prospectus for international lawyers. *Yale Journal of International Law*, 1989, 14(2), 335–411.

¹⁹ BURLEY, A. Law among liberal states: Liberal internationalism and the act of state doctrine. *Columbia Law Review*, 1992, 92(8), 1907–1996.

²⁰ ALTER, K. J. *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2014, tiež CHILTON, A. S. – WHYTECK, C. A. Foreign sovereign immunity and comparative institutional competence. *University of Pennsylvania Law Review*, 2016 163(2), 411–486.

²¹ BAUMGARTNER, S. P. Does access to justice improve compliance with human rights norms—An empirical study. *Cornell International Law Journal*, 2011, 44(1), 441–491.

²² COHEN, E. S. Normative modeling for global economic governance: The case of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, 36(2), 567–604.

politiku na domácej aj globálnej úrovni²³. Tento stručný prehľad výskumu v oblasti IL/IR nie je vyčerpávajúci, ale je dostačujúci vzhľadom na stanovený cieľ práce²⁴.

Napriek tomu, že v oblasti medzinárodné právo/medzinárodné vzťahy tradične dominujú práce teoretikov medzinárodných vzťahov, právni experti sa otázke suverenity štátu z tohto teoretického hľadiska venovali tiež. Za zmienku stojí najmä práca Schreuera, ktorý v roku 1993 poukázal na „ústup“ suverénneho štátu v medzinárodných vzťahoch²⁵. Moja práca do značnej miery nadväzuje na jeho článok a kladie si otázku, ktorým smerom sa medzinárodné investičné režimy vyvíjajú v súčasnosti.

1.2 Medzinárodné investičné právo ako objekt skúmania medzinárodných vzťahov

Predmet výskumu tejto dizertačnej práce je omnoho užšie zameraný ako práce spomínané v predchádzajúcej časti, keďže sa zameriava špecificky na oblasť medzinárodného investičného práva. Medzinárodné investičné právo sa do pozornosti autorov skúmajúcich oblasť zahŕňajúcu medzinárodné právo aj medzinárodné vzťahy dostalo najmä v posledných dvoch desaťročiach, a to primárne v dôsledku niektorých kontroverzných, respektíve nekonzistentných rozhodnutí arbitrážnych tribunálov²⁶ a rastúcich obáv o suverenitu hostiteľských štátov (viď ďalej) v kombinácii s presadzovaním nacionalistického diskurzu v oblasti medzinárodnej ekonomiky. Tento vývoj prispel k rozvoju kritickej analýzy medzinárodného investičného práva.

V tejto práci bude investičné právo rozdelené na dva jeho základné elementy: 1) medzinárodné investičné zmluvy a 2) medzinárodná investičná arbitráž. Výskumníci v oblasti medzinárodných vzťahov tradične venujú viac pozornosti medzinárodným investičným zmluvám,

²³ ZARTNER, D. Courts, Codes, and Custom: Legal Tradition and State Policy Toward International Human Rights and Environmental Law. Oxford: Oxford University Press, 2014.

²⁴ Pre najaktuálnejšie komplexné prehľady interdisciplinárneho výskumu v oblasti IL/IR pozri HAFNER-BURTON, E. M. – VICTOR, D. G. – LUPU, Y. Political science research on international law: The state of the field. American Journal of International Law, 2012, 106(1), 47–97, alebo tiež WHYTOCK, C. A. From International Law and International Relations to Law and World Politics. Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2018.

²⁵ SCHREUER, C. The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International-Law? European Journal of International Law, 1993, Volume 4, Issue 4, pp. 447–471.

²⁶ Pozri napr. BROCKOVÁ, K. Conflicting Decisions in International Investment Arbitration, Polihrafsentr „Lira“, Uzhhorod, 2016, ISBN 978-617-596-227-5, alebo NILSSON, A. – ENGLESON, O. Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed? Journal of International Arbitration, 2013, 30, Issue 5, pp. 561–579.

zatiaľ čo medzinárodná investičná arbitráž je primárne skúmaná odborníkmi na medzinárodné právo.

Čo sa týka medzinárodných investičných zmlúv, kľúčovú otázku prieniku medzinárodného investičného práva a medzinárodných (najmä ekonomických) vzťahov dlhodobo predstavuje vzťah medzi medzinárodným investičným právom a prílevom priamych zahraničných investícií (FDI). Najviac skúmanou je neoliberala hypotéza, ktorá tvrdí, že bilaterálne vzťahy založené na pevne ukotvenom a rozvinutom medzinárodnom investičnom práve vedú k vyššej miere zahraničných investícií vďaka istote a predvídateľnosti, ktorú vymožitelnosť medzinárodného práva v hostiteľskom štáte poskytuje prípadným investorom zo zahraničia. Výskum v tejto oblasti naznačuje určitý vplyv medzinárodných investičných zmlúv na mieru zahraničných investícií²⁷ v bilaterálnych vzťahoch, avšak neposkytuje jednoznačnú podporu pre túto hypotézu²⁸. Medzi autorov, ktorí nachádzajú pozitívny vzťah medzi BIT a FDI patria napríklad Busse et al.²⁹, Egger a Pfaffermayr³⁰, Neumayer a Spess³¹ alebo Salacuse a Sullivan³². Naopak Hallward-Driemeier³³ a Tobin s Rose-Ackerman³⁴ nachádzajú nulový, až negatívny vzťah medzi týmito premennými. Tento výskumný problém je komplikovaný pomerne vysokou a neustále rastúcou diverzitou medzinárodných investičných a obchodných zmlúv a zároveň vysokou komplexnosťou bilaterálnych vzťahov, ktorá znemožňuje zohľadnenie politického a ekonomického kontextu

²⁷ YACKEE, J. Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link Between Investment Treaties and Foreign Direct Investment. In: K. Sauvant and L. Sachs (eds.), *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows* New York: Oxford University Press, 2009.

²⁸ Pozri UNCTAD, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2009, [cit. 2019-17-08]. Dostupné na: https://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf, alebo BÜTHE, T. – MILNER, H. V. *Bilateral investment treaties and foreign direct investment: A political analysis*. In K. P. Sauvant & L. E. Sachs (Eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 171–224, alebo SALACUSE, J., *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*, 24 *The International Lawyer* 3, 1990.

²⁹ BUSSE, M. – KONIGER, J. – NUNNENKAMP, P. *FDI promotion through bilateral investment treaties: more than a bit?* 2008.

³⁰ EGGER, P. – PFAFFERMAYR, M. *The impact of bilateral investment treaties on foreign direct investment*. *Journal of Comparative Economics*, 2003, Vol. 32, No. 4, pp. 788-804.

³¹ NEUMAYER, E. – SPESS, L. *Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?* *World Development*, 2005, Vol. 33, No. 10, pp. 1567– 1585.

³² SALACUSE, J. – N. SULLIVAN *Do BITs really work? an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain*, *Harvard International Law Journal*, 2004, Vol. 46, No. 1.

³³ HALLWARD – DRIEMEIER, M. *Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit and they could bite*, *World Bank Policy Research Paper* 2003, WPS 3121, World Bank, Washington, D.C.

³⁴ TOBIN, J. – ROSE-ACKERMAN, S. *Foreign direct investment and the business environment in developing countries: The impact of bilateral investment treaties*, *Economics and Public Policy Research Paper* No. 293, Yale Law School Center for Law, New Haven, 2004.

v jednotlivých prípadoch, ak ide o kvantitatívnu štúdiu s vysokým *n*. Niektorí autori sa preto snažia zredukovať skúmanú realitu a venujú sa napríklad len vplyvu bilaterálnych investičných zmlúv na zahraničné investície v rozvinutých krajinách³⁵, prípadne v konkrétnom regióne³⁶, avšak výsledky ani v týchto prípadoch nie sú dostatočne jednoznačné a štúdie sa stretávajú s problémom endogenity a intervenujúcich premenných.

Ďalej sa autori skúmajúci medzinárodné investičné zmluvy z politického hľadiska venujú interakcii medzinárodného a vnútroštátneho práva, a to najmä v otázkach vplyvu medzinárodného práva na vnútroštátne súdy³⁷. Existuje tiež výskum zaoberajúci sa komplexným zhodnotením vplyvu medzinárodných investičných zmlúv vo všetkých relevantných oblastiach³⁸. Viac analyticky (a menej empiricky) zameraný výskum, ktorý sa viac blíži ku klasickým právnym textom sa zaoberá kvalitatívnou analýzou konkrétnych zmlúv a princípov. Medzi oblasti, kde takýto výskum zasahuje do otázok, ktoré sú relevantné pre medzinárodné vzťahy a túto prácu, patria najmä analýzy medzinárodných investičných zmlúv, ktoré sa venujú konceptu regulačnej právomoci hostiteľského štátu³⁹. Otázke medzinárodných investičných zmlúv a ich vplyvu na medzinárodnú a vnútroštátnu politiku sa však nevenujú len vedecké články. UNCTAD napríklad prišiel v roku 2014 s konceptom reformy medzinárodných investičných zmlúv. Tento proces zahŕňa identifikáciu oblastí reformy, vypracovania „cestovnej mapy“ reformy a implementácie reformy na národnej, bilaterálnej, regionálnej a medzinárodnej úrovni⁴⁰.

Čo sa týka medzinárodnej investičnej arbitráže, táto je primárne doménou expertov na medzinárodné právo. Aj v tejto oblasti však mnohé práce prekračujú rámec právnej analýzy a zasahujú do oblasti medzinárodných politických vzťahov. Ide najmä o kriticky ladené texty,

³⁵ JANG, Y. J. The Impact of Bilateral Free Trade Agreements on Bilateral Foreign Direct Investment among Developed Countries, *The World Economy*, 2011, 34(9), 1628-1651.

³⁶ BENGUA-CALVO, M. – SANCHEZ-ROBLES, B. – SHACHMUROVE, Y. Back to BITs and Bites: Do Trade and Investment Agreements Promote Foreign Direct Investment within Latin America?, *SSRN Electronic Journal*, 2017.

³⁷ Pozri COPE, K. Treaty law and national legislative politics. In W. Sandholtz & C. A. Whytock (Eds.), *Research Handbook on the Politics of International Law*, Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2017, pp. 149–175, alebo SLOSS, D. L., & VAN ALSTINE, M. P. International law in domestic courts. In W. Sandholtz & C. A. Whytock (Eds.), *Research Handbook on the Politics of International Law* Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2017, pp. 79–115.

³⁸ KERNER, A. Why should I believe you? The costs and consequences of bilateral investment treaties. *International Studies Quarterly*, 2009, 53, 1, pp. 73-102.

³⁹ TITI, C. International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements. *The European Journal of International Law*, 2015, Vol. 26 no. 3., alebo GAUKRODGER, D. The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper, *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, Paris 2017.

⁴⁰ UNCTAD. Reform of the IIA Regime: Four Paths of Action and a Way Forward. IIA Issues Note, No. 3, 2014. , [cit. 29.8.2019], Dostupné na: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/118/>

ktoré spochybňujú legitimitu a funkcionalitu medzinárodnej investičnej arbitráže ako nástroja na urovnávanie sporov medzi zahraničným investorom a hostiteľským štátom (ISDS). Ešte väčší dôraz ako v prípade skúmania medzinárodných zmlúv je tu kladený na koncept regulačnej právomoci a potenciálny vplyv mechanizmu medzinárodnej investičnej arbitráže na ochotu, prípadne schopnosť hostiteľských štátov regulovať svoje právne prostredie v prospech svojho obyvateľstva⁴¹.

Kritika (a obhajoba) medzinárodnej investičnej arbitráže z politického hľadiska sa ďalej zameriava na vplyv medzinárodnej investičnej arbitráže na environmentálnu reguláciu⁴², na otázku vplyvu medzinárodnej investičnej arbitráže na vnútroštátny právny systém⁴³ a na problematiku privatizácie verejného medzinárodného práva⁴⁴. V oblasti environmentálnej ochrany môže v oblasti urovnávania sporov medzi zahraničným investorom a hostiteľským štátom dochádzať ku konfliktu medzi povinnosťami vyplývajúcimi pre štát z medzinárodných investičných zmlúv a medzinárodnými záväzkami v oblasti environmentálnej ochrany. V takýchto prípadoch je potom otázkou, ktoré práva a záväzky majú prednosť. V oblasti vplyvu medzinárodnej investičnej arbitráže na vnútroštátny právny systém sa kritici medzinárodnej investičnej arbitráže sústreďujú na obmedzenie pôsobnosti vnútroštátnych súdov v tejto oblasti, zatiaľ čo obhajcovia súčasného systému medzinárodnej investičnej arbitráže poukazujú na prípadný pozitívny vplyv na právny štát a celkové zlepšenie právneho systému v dôsledku skúseností s medzinárodnými normami a procesmi.

V neposlednom rade je nutné spomenúť výskum vychádzajúci z tradície kritickej teórie medzinárodných vzťahov, ktorý skúma medzinárodnú investičnú arbitráž z pohľadu delenia na globálny sever a globálny juh, prípadne analyzuje medzinárodnú investičnú arbitráž ako nástroj neoliberálneho imperializmu. Vo väčšine prípadov sa takýto výskum dá redukovať na tvrdenie, že medzinárodné režimy ochrany zahraničných investícií odrážajú štruktúru vzťahov medzi

⁴¹ TIENHAARA, K. Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science, *Evolution In Investment Treaty Law And Arbitration*, Chester Brown, Kate Miles, Eds., Cambridge University Press, 2011.

⁴² Pozri SLATER, T. L. Investor-State Arbitration and Domestic Environmental Protection. *Washington University Global Studies Law Review*, 2015, Vol. 14, 1, [cit. 29.8.2019], Dostupné na: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/>, alebo ALVAREZ, J. E. The Use (and Misuse) of European Human Rights Law in Investor-State Dispute Settlement. Chapter in Franco Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration* (Juris, Forthcoming), 2016.

⁴³ FRANCK, S. D. Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law, *Global Business & Development Law Journal*, 2007, Vol. 19.

⁴⁴ GAL-OR, N. Dispute resolution in international trade and investment law: Privatisation of the public? In J. Graz & A. Nolke (Eds.), *Transnational Private Governance and Its Limits*. New York: Routledge, 2008, pp. 209–221.

globálnym severom a globálnym juhom a ako také prispievajú k zachovaniu rozvojového *status quo*. Inými slovami povedané, z medzinárodných režimov ochrany zahraničných investícií profitujú podstatne výraznejšie rozvinuté štáty a úzke skupiny fyzických a právnických osôb s týmito štátmi zviazané⁴⁵.

Niektorí autori sa tiež pokúšajú o vytvorenie modelu na predpovedanie výsledkov arbitráže, avšak iba s obmedzeným úspechom⁴⁶, a to najmä v dôsledku neustálych zmien v očakávaniach relevantných aktérov vzhľadom na posuny v posudzovaní jednotlivých prípadov zo strany medzinárodných investičných tribunálov. Kritika medzinárodných investičných režimov sa zameriava aj na údajnú nekonzistentnosť rozhodnutí medzinárodných arbitrážnych tribunálov. Nekonzistentnosť sa prejavuje najmä v prípadoch, kedy rôzne tribunály prijímajú rozdielne rozhodnutia na základe rovnakých substantívnych princípov a v podobnom politicko-ekonomickom kontexte, v niektorých prípadoch dokonca na základe rovnakých medzinárodných investičných zmlúv. Možno najslávnejšími prípadmi v tomto kontexte sú takzvané „argentínske prípady“, ktoré boli v medzinárodnej arbitráži riešené v súvislosti s argentínskou ekonomickou krízou na prelome tisícročí⁴⁷.

1.3 Národná suverenita ako výskumný problém v oblasti medzinárodných investičných režimov

Podobne ako v predchádzajúcej časti, ktorá sa venovala vzťahu medzi teóriou medzinárodných vzťahov a medzinárodným investičným právom, aj otázku suverenity v režimoch ochrany zahraničných investícií je z metodologického hľadiska užitočné rozdeliť na dve oblasti výskumu. Prvou oblasťou je analýza medzinárodných investičných zmlúv a druhou analýza procesu medzinárodnej investičnej arbitráže. V oboch prípadoch sa existujúci výskum zameriava najmä na priestor na uplatnenie regulačnej právomoci hostiteľského štátu.

⁴⁵ Pozri napr. BEHN, D. BERGE, T. L. LANGFORD, M. Poor States or Poor Governance? Explaining Outcomes in Investment Treaty Arbitration. Northwestern Journal of International Law & Business, Forthcoming; PluriCourts Research Paper No. 16-04; University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2016-08. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2740516>, 2017. Pre súhrnnú analýzu výskumu zameraného na rozvojové vs. rozvinuté štáty, pozri FRANCK S. Conflating Politics and Development: Examining Investment Treaty Arbitration Outcomes. Va. J. Int'l L., 2014, 55:13.

⁴⁶ FRANCK, S. D. Predicting outcomes in investment treaty arbitration. Duke Law Journal, 2005, 65(3), 459–526.

⁴⁷ ALVAREZ, J. E. – TOPALIAN. The Paradoxical Argentinian Cases, World Arbitration and Mediation Review, 2012, Vol. 6, No. 3, alebo G.BROCKOVÁ, K. Conflicting Decisions in International Investment Arbitration. Polihrafsentr „Lira“, Uzhhorod, 2016, ISBN 978-617-596-227-5.

V oblasti medzinárodných zmlúv sa z vedúcich autorít v oblasti medzinárodného investičného práva tejto téme venoval napríklad Rudolf Dolzer, ktorý v roku 2005 identifikoval tri možné smery, ktorými sa medzinárodné investičné právo môže uberať: „Jeden možný prístup je zdôrazniť suverénnu moc štátu nad jeho právnym systémom a v tomto zmysle uprednostňovať štát v prípade neistoty. Odlišnou metódou je zdôrazňovať účel a zámer medzinárodnej investičnej zmluvy, ako sú definované v relevantných preambulách a dôjsť k záveru, že vytvorenie vhodného prostredia pre investície si vyžaduje zvýhodňovanie právnych záujmov investora. Treťou možnosťou je vyhnúť sa týmto dvom pozíciám a založiť rozhodnutie na jazyku konkrétnej zmluvy a jeho bežnom význame.“⁴⁸ Dolzer týmto stanovuje zaujímavú otázku, a to konkrétne otázku, ktorým z týchto smerov sa bude medzinárodné investičné právo uberať. Na túto otázku bude nadväzovať aj táto dizertačná práca.

Dolzer samozrejme nie je jediný, kto sa explicitne zaoberá otázkou vplyvu medzinárodných investičných zmlúv na suverenitu štátu. Najmä v posledných rokoch je možné sledovať nárast záujmu o túto problematiku. Thaliath tiež analyzuje dopady bilaterálnych investičných zmlúv na suverenitu štátu. Jeho záverom je, že došlo k posunu od zmlúv podporujúcich suverenitu štátu k zmluvám preferujúcim práva investorov⁴⁹. V rámci Dolzerovej charakteristiky sa teda podľa Thaliatha investičné režimy posúvajú smerom k „zvýhodňovaniu právnych záujmov investora“. Ide však o text analytického charakteru, v ktorom absentuje rozsiahlejší empirický výskum. Ďalší autori sa otázkou vplyvu medzinárodných investičných zmlúv na suverenitu zaoberajú často v špecifických oblastiach. Bird-Pollan sa tejto otázke venuje vo vzťahu k suverenite daňového systému štátu⁵⁰. Bjorklund sa zameriava na vzťah medzi suverenitou a ochranou investora v sporoch o odopretí spravodlivosti⁵¹. K redukcii skúmanej reality následne dochádza aj v geografickej rovine, kedy sa autori v záujme zachytenia vývoja

⁴⁸ DOLZER, R. The Impact Of International Investment Treaties On Domestic Administrative Law. 37 NYU Journal of International Law and Politics, 2005, [cit. 29.8.2019]. Dostupné na: <https://www.iilj.org/publications/the-impact-of-international-investment-treaties-on-domestic-administrative-law/>, pp. 970.

⁴⁹ THALIATH, J. Bilateral Investment Treaties and Sovereignty: An Analysis with Respect to International Investment Law. Christ University Law Journal, 2016, 5, 2, 1-8, pp.7.

⁵⁰ BIRD-POLLAN, J. The Sovereign Right To Tax: How Bilateral Investment Treaties Threaten Sovereignty. Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy, 2018, Vol. 32, No. 1.

⁵¹ BJORKLUND, A. Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims. Virginia Journal of International Law, 2005 45(4).

v konkrétnom kontexte zameriavajú na špecifický región⁵², prípadne jedinú krajinu⁵³. Vo všeobecnej rovine je častým výskumným cieľom článkov zaoberajúcich sa suverenitou vo vzťahu k medzinárodným investičným zmluvám nájsť určité „rovnováhy medzi ochranou investorov a suverenitou štátu“⁵⁴.

V doméne výskumu dopadov medzinárodných investičných režimov na suverenitu národných štátov v oblasti medzinárodnej investičnej arbitráže môžeme hovoriť relatívnom nedostatku empirických štúdií. Výskum v tejto oblasti je tradične skôr analytického charakteru. Na tento nedostatok poukázala aj jedna z najcitovanejších autoriek zaoberajúcich sa problematikou urovnávania sporov medzi zahraničným investorom a hostiteľským štátom Susan Franck⁵⁵. Je to samozrejme sčasti spôsobené aj komparatívnou nevýhodou medzinárodnej investičnej arbitráže ako predmetu výskumu, keďže je vo vzťahu k operacionalizácii podstatne jednoduchšie empiricky pracovať s medzinárodnými investičnými zmluvami, ktoré často obsahujú podobné alebo rovnaké formulácie ustanovení, ako s rozhodnutiami medzinárodných investičných tribunálov, ktoré obsahujú veľmi diverzifikovanú argumentáciu.

Existujúci výskum sa vo vzťahu k suverenite zameriava najmä na koncepciu regulačnej právomoci hostiteľského štátu, ako bolo spomenuté vyššie. V tomto kontexte sa niekedy hovorí „zmrazení“ regulácie v dôsledku obáv z nákladnej arbitráže⁵⁶. Výskum tejto oblasti zatiaľ nie je dostatočne rozvinutý a je komplikovaný faktom, že v sociálnych vedách je problematické dokázať príčinu absencie určitého fenoménu (regulácie v tomto prípade). Hypotéza „regulačného zmrazenia“ sa dá formulovať nasledovne: ISDS režimy majú negatívny dopad na motiváciu vlád regulovať podnikateľské prostredie vo verejnom záujme v dôsledku vzniku rizika finančne a politicky nákladnej medzinárodnej arbitráže. Zaujímavý politologický pohľad na možnosti

⁵² Pozri napr. DAGBANJA, D. The Limitation on Sovereign Regulatory Autonomy and Internationalization of Investment Protection by Treaty: An African Perspective. *Journal of African Law*, 2016, Vol. 60, (1), pp. 56-82.

⁵³ VANDEVELDE, K., 'A Comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests', in: K. Sauvant (ed.), *Yearbook of international Investment Law and Policy 2008/2009*, New York:Oxford University Press, 2009.

⁵⁴ GAUKRODGER, D. The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper. *OECD Working Papers on International Investment*, 2017, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/82786801-en>

⁵⁵ FRANCK, S. D. Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration. *North Carolina Law Review*, 2008, 86:1.

⁵⁶ BAETENS, TIETJEM, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Study prepared for the Minister of Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign affairs, The Netherlands, 2014, pp. 68.

testovania tejto hypotézy poskytuje napríklad Tienhaara⁵⁷ alebo Brown⁵⁸. Užitočnú definíciu „regulačného zmrazenia“ poskytujú Baetens a Tietjem, ktorí ho definujú ako situáciu, kedy „štátny aktér neprijme *bona fide* regulačné opatrenie z dôvodu vnímanej alebo skutočnej hrozby medzinárodnej investičnej arbitráže“. Baetens a Tietjem následne rozlišujú medzi 1) neprijatím konkrétneho legislatívneho opatrenia v očakávaní arbitráže, 2) zmrazením legislatívneho opatrenia po oboznámení sa s hrozbou arbitráže a 3) zmrazením legislatívneho opatrenia po vyriešení špecifického sporu⁵⁹. Inak povedané, mechanizmus medzinárodnej investičnej arbitráže môže fungovať a byť použitý ako nástroj odstrašovania vo vzťahu k regulácii vo verejnom záujme. Najčastejšie citované prípady údajného „regulačného zmrazenia“ súvisia so zákonmi o obaloch tabakových výrobkov⁶⁰.

1.4 UNCTAD a reforma medzinárodných investičných režimov

V predchádzajúcej časti bola okrem iného nepriamo zhrnutá kritika, ktorá bola v posledných rokoch v odborných dielach ako aj vo verejnej sfére vyjadrená ohľadne medzinárodných režimov ochrany zahraničných investícií v akademickej sfére. Problémy na úrovni medzinárodných investičných režimov však boli uznané aj medzinárodnými inštitúciami, a to najmä v prípade UNCTAD⁶¹, ktorý v reakcii na tento vývoj prišiel s programom reformy medzinárodných investičných zmlúv (*IIA Reform*). Táto časť sumarizuje súčasný stav skúmanej problematiky v rámci OSN.

UNCTAD je jednou z hlavných inštitúcií v štruktúre OSN, ktorá sa zaoberá aktuálnymi otázkami súvisiacimi s obchodom, investíciami a rozvojom. Z tohto titulu UNCTAD reaguje aj na kritiku medzinárodných investičných režimov, ktorá prichádza z akademického prostredia, ako

⁵⁷ TIENHAARA, K. Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science, *Evolution In Investment Treaty Law And Arbitration*, Chester Brown, Kate Miles, Eds., Cambridge University Press, 2011.

⁵⁸ BROWN, J. G. International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat? *Western Journal of Legal Studies*, 2013, Volume 3, Issue 1.

⁵⁹ Celý odsek BAETENS, TIETJEM, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Study prepared for the Minister of Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign affairs, The Netherlands, 2014, pp. 68.

⁶⁰ Pozri napr. OSTRÁNSKÝ, J. Tobacco Investment Disputes – Public Policy, Fragmentation of International Law and Echoes of the Calvo Doctrine, *Czech Yearbook of International Law*, Vol. 3, 2012, 161, alebo Phillip Morris v. Uruguay, Award, 2010.

⁶¹ UNCTAD. Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2014, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf, s UNCTAD. World Investment Report. 2017, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf

bolo ukázané v predchádzajúcej časti a aj zo strany politických predstaviteľov (najmä rozvojových) štátov. Námietky voči medzinárodným investičným režimom, či už vo vzťahu k medzinárodným zmluvám, alebo vo vzťahu k medzinárodnej investičnej arbitráži sú rôznorodé a samotný UNCTAD nie je konzistentný v ich identifikácii⁶². Tieto námietky však napriek tomu boli v rámci UNCTAD inkorporované do nasledovných piatich oblastí reformy medzinárodných investičných zmlúv (*IIA Reform*): 1. ochrana regulačnej právomoci 2. reforma urovnávania investičných sporov 3. podpora a uľahčenie investovania 4. zaručenie zodpovedného investovania 5. zvýšenie systémovej konzistentnosti. UNCTAD tiež definuje tri fázy reformy medzinárodných investičných zmlúv. Vo fáze I sa reforma zameriava na usmernenia pre uzatváranie nových medzinárodných investičných zmlúv medzi štátmi a táto fáza by mala znamenať posun k novej generácii medzinárodných investičných zmlúv. Vo fáze II by malo dôjsť k nahradeniu alebo modernizácii existujúcich medzinárodných investičných zmlúv. Fáza III sa dá charakterizovať ako zlepšenie synergie a konzistentnosti investičnej politiky a odkazuje najmä na investičné politiky samotných štátov⁶³.

Ochrana regulačnej právomoci sa vzťahuje k schopnosti štátov, ktoré sú hostiteľom zahraničnej investície, regulovať svoje investičné prostredie vo verejnom záujme⁶⁴. Cieľom tejto oblasti reformy IIA je teda ochrana suverenity štátov, ktorá je obmedzovaná medzinárodnými investičnými režimami, ktoré majú vo všeobecnosti za cieľ takejto regulácii zabrániť v prípade negatívneho dopadu na zahraničných investorov. Táto oblasť sa vzťahuje nielen na medzinárodné investičné zmluvy ale aj na oblasť medzinárodnej investičnej arbitráže, keďže prípady urovnávania sporov medzi investorom a štátom sú tradične iniciované práve v dôsledku opatrení hostiteľských štátov, ktoré sa táto oblasť snaží ochraňovať. Môže ísť napríklad o opatrenia na ochranu spotrebiteľa, prípadne na ochranu životného prostredia. Reforma IIA odporúča inkorporovať do nových medzinárodných investičných zmlúv jednoznačné ustanovenia garantujúce právomoc

⁶² Porovnaj UNCTAD. Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2014, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf, s UNCTAD. World Investment Report. 2017, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf

⁶³ UNCTAD. UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime, 2018, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition->

⁶⁴ UNCTAD. World Investment Report 2015, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, p. 128.

štátov prijímať opatrenia vo verejnom záujme bez možnosti investorov žiadať o kompenzáciu v týchto prípadoch.

Reforma urovnávania investičných sporov sa explicitne zaoberá režimom medzinárodnej investičnej arbitráže. Táto oblasť reformy má za cieľ riešiť problémy s transparentnosťou a konzistentnosťou rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov. Reforma si dáva za cieľ systémové opatrenia, ktoré zahŕňajú pravidlá transparentnosti, zriadenie stáleho medzinárodného súdu na riešenie investičných sporov, odvolacieho mechanizmu a iné⁶⁵.

Podpora a uľahčenie investovania odkazuje na rozvoj domácich a medzinárodných opatrení na podporu tokov zahraničných investícií. UNCTAD poukazuje na absenciu dostatočného počtu ustanovení medzinárodných investičných zmlúv smerujúcich k podpore investícií a opatrení na podporu investícií na vnútroštátnej úrovni. Cieľom reformy v tejto oblasti je teda expanzia dimenzie podpory a uľahčenia investovania v medzinárodných investičných zmluvách, spolu s nástrojmi vnútroštátnej politiky⁶⁶. Vo vzťahu k medzinárodným zmluvám sem možno zaradiť napríklad ustanovenia týkajúce sa prístupu na trh. (*market access*). V rámci tejto práce stojí táto oblasť reformy na strane ochrany investícií vo vzťahu k suverenite hostiteľského štátu.

Zaručenie zodpovedného investovania sa vzťahuje opäť nielen na oblasť medzinárodných investičných zmlúv, ale aj na oblasť medzinárodnej investičnej arbitráže, pretože práve neschopnosť medzinárodných investičných režimov zaručiť zodpovedné investičné aktivity môže v mnohých prípadoch viesť k situácii, kedy sa aktivity zahraničných investorov stanú podnetom pre regulačné opatrenie, ktoré môže následne daný investor napadnúť pred medzinárodným investičným tribunálom. Najčastejšie sa tento problém skloňuje v súvislosti s neochotou investorov viesť svoje investičné aktivity v súlade s konceptom udržateľného rozvoja a v súvislosti s dopadmi zahraničných investícií na lokálne komunity. V súčasnosti medzinárodné investičné zmluvy (až na výnimky) neobsahujú ustanovenia, ktoré by vyžadovali zodpovedné investovanie. Cieľom v tejto oblasti reformy IIA je preto 1) maximalizácia pozitívneho efektu zahraničných investícií na komunity a 2) eliminácia negatívnych dopadov⁶⁷. Zodpovednosť za túto oblasť samozrejme nesú primárne vlády hostiteľských štátov. V rámci medzinárodných

⁶⁵ UNCTAD. World Investment Report 2015, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, p. 128.

⁶⁶ UNCTAD. World Investment Report 2015, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, p. 128.

⁶⁷ UNCTAD. World Investment Report 2015, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, p. 128.

investičných režimov je však možné do medzinárodných investičných zmlúv zakomponovať ustanovenia týkajúce sa štandardov korporátnej a spoločenskej zodpovednosti, ktorých dodržanie by bolo podmienkou prístupu investorov k mechanizmu medzinárodnej investičnej arbitráže⁶⁸.

Zvýšenie systémovej konzistentnosti je oblasť reformy IIA, ktorá má za úlohu riešiť problém absencie všeobecne uznávaného multilaterálneho rámca pre investície. Pri absencii takéhoto rámca vedie atomizovaná a mnohovýstrová povaha medzinárodných investičných režimov k medzerám, prekryvaniu sa a diskrepanciám v jednotlivých medzinárodných investičných zmluvách, medzi medzinárodnými investičnými zmluvami a inými právnymi inštrumentami a medzi medzinárodnými investičnými zmluvami a vnútroštátnymi politikami. Príkladom konkrétneho navrhovaného riešenia v tejto oblasti je zavedenie stáleho medzinárodného súdu na riešenie sporov medzi investorom a štátom, ktorý by mal eliminovať, alebo aspoň zmierniť nekonzistentnosť systému prostredníctvom jednotného výkladu ustanovení medzinárodných investičných zmlúv.

⁶⁸ Príkladom môže byť investičný protokol podpísaný krajinami MERCOSUR: Intra-MERCOSUR Cooperation and Facilitation Investment Protocol, 2017, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3772/intra-mercosur-investment-facilitation-protocol-2017->

2. Teoretické východiská práce

V tejto časti práce bude predstavený základný teoretický rámec, z ktorého bude práca vychádzať a v rámci ktorého bude formulovať svoje výskumné otázky. Ako bolo spomenuté v úvode, prístup tejto dizertačnej práce k danej problematike vychádza z teórie medzinárodných vzťahov. Základné teoretické prístupy k medzinárodným vzťahom relevantné pre oblasť skúmania vzťahu medzi medzinárodnoprávnou ochranou investícií a suverenitou hostiteľského štátu sú neorealizmus a neoliberalizmus. V nasledujúcich odsekoch budú najprv charakterizované tieto dva teoretické rámce a následne budú predstavené koncepty v rámci medzinárodného investičného práva, ktoré sú relevantné pre fundamentálny teoretický spor medzi neorealizmom a neoliberalizmom. Nasledujúce riadky budú venované medzinárodnému investičnému právu ako oblasti interakcie aktérov medzinárodných vzťahov, v rámci ktorej je možné sledovať vývoj vplyvu jednotlivých aktérov v globálnej aréne na základe konfliktu medzi konceptami národnej suverenity a ochrany investícií.

2.1 Neorealizmus a neoliberalizmus ako teoretický rámec pre analýzu medzinárodných investičných režimov

Za zakladajúce dielo neorealizmu (niekedy nazývaného štrukturálny realizmus) je považované prvé vydanie Teórie medzinárodnej politiky od Kennetha Waltza v roku 1979⁶⁹, v ktorej Waltz predstavuje svoju verziu systémovej teórie medzinárodných vzťahov založenej na vplyve štrukturálnych faktorov na vzorce správania národných štátov. Neorealizmus bol ďalej rozvíjaný autormi ako Mearsheimer, Walt a ďalší. Aj keď neorealizmus preukázateľne čerpá z tradície klasického realizmu, odmieta ľudskú podstatu ako faktor medzinárodnej politiky a zdôrazňuje štrukturálne efekty anarchie a distribúcie (primárne vojenských) schopností. Anarchický charakter medzinárodných vzťahov podľa neorealistov obmedzuje priestor pre kooperáciu medzi štátmi, ktoré sa snažia o maximalizáciu ich moci, a to najmä prostredníctvom budovania vojenských prostriedkov. Neorealizmus rozlišuje tri základné formy distribúcie moci – unipolaritu, bipolaritu a multipolaritu, ktoré majú rozdielne implikácie pre svetový poriadok a správanie štátov. Autori pracujúci v tradícii neorealizmu tiež zdôrazňujú hierarchiu domén

⁶⁹ WALTZ, K., N. Theory of International Politics. Reading, MA : Addison-Wesley, 1979.

medzinárodných vzťahov, kedy najvyšší význam pripisujú vojenskej oblasti. Pre túto prácu je kľúčový pohľad neorealizmu na štát ako základnú jednotku medzinárodných vzťahov, ktorý je považovaný za suverénneho a jednoliateho aktéra⁷⁰.

Neoliberalizmus zahŕňa väčšie množstvo prístupov k medzinárodným vzťahom⁷¹, ktoré boli rozvinuté do určitej miery ako odpoveď na pesimistické predpovede neorealizmu v súvislosti s možnosťou kooperácie medzi svetovými veľmocami. Joseph Nye a Robert Keohane sú považovaní za zakladajúce postavy neoliberálneho prúdu v medzinárodných vzťahoch. Ich prístup vidí vzťahy medzi spoločnosťami nie len ako funkciu vzťahov medzi štátmi, ale ako komplexnú sieť interakcií medzi viacerými aktérmi, ktorí zahŕňajú okrem štátov aj nadnárodné korporácie a medzinárodné organizácie. Neoliberalizmus kladie dôraz na ekonomiku ako zdroj moci národných štátov a odmieta hierarchiu domén na čele s vojenskou dimenziou. Autori pracujúci v tradícii neoliberalizmu tiež kladú dôraz na globalizáciu ako významný proces modernej svetovej politiky. Pre túto prácu má kľúčový význam koncepcia medzinárodných režimov, ktoré umožňujú kooperáciu v globálnej aréne v ekonomických, ale aj ostatných oblastiach medzinárodných vzťahov a ktoré obmedzujú suverenitu národných štátov⁷². Pohľad neoliberalizmu na aktérov medzinárodných vzťahov sa líši od neorealizmu. Neoliberalizmus síce vo väčšine prípadov tiež uznáva štáty ako najdôležitejších aktérov v medzinárodnej aréne, tradične však priznáva väčší relatívny význam nadnárodným korporáciám a medzinárodným organizáciám, pričom zdôrazňuje obmedzenie národnej suverenity zo strany medzinárodného systému. Práve tento konflikt týkajúci sa relatívneho významu národných štátov a ostatných aktérov v medzinárodnej aréne bude považovaný za základný teoretický konflikt rozoberaný v tejto práci. Napriek tomu, že v poslednom období prešli neorealizmus a neoliberalizmus určitou konvergenciou (niekedy nazývanou neo-neo syntéza), významné rozdiely v otázke relatívneho významu jednotlivých aktérov pretrvávajú⁷³.

⁷⁰ BURCHILL, S. et al. *Theories of International Relations*, 3rd edition, New York, Palgrave Macmillan, 2009, ISBN-13: 978-1-4039-4865-6.

⁷¹ Nebudem v tejto práci vymenovávať kompletný zoznam verzií neoliberalizmu. Implicitne budem vychádzať primárne z komplexnej interdependencie a teórie režimov. Pre viac o neoliberalizme, pozri DUNNE, T. – KURKI, M. - SMITH, S. (eds). *International Relations Theories: Discipline and Diversity*, 3rd edn. Oxford : Oxford University Press, 2013.

⁷² DUNNE, T. – KURKI, M. - SMITH, S. (eds). *International Relations Theories: Discipline and Diversity*, 3rd edn. Oxford : Oxford University Press, 2013.

⁷³ Pozri napríklad SORENSEN, G. *The Transformation of the State Beyond the Myth of Retreat*. Red Globe Press, 2003, pp. 231, alebo BURCHILL, S. et al. *Theories of International Relations*, 3rd edition, New York, Palgrave Macmillan, 2009, ISBN-13: 978-1-4039-4865-6.

Na tomto mieste je ďalej nutné bližšie charakterizovať koncept medzinárodných investičných režimov, ktorý bude v práci využívaný ako termín vymedzujúci oblasť, v rámci ktorej bude analyzovaný vzťah medzi medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu. Pre účely tejto práce môžeme medzinárodné režimy definovať ako „implicitné alebo explicitné princípy, normy, pravidlá a rozhodovacie procedúry, okolo ktorých dochádza ku konvergencii aktérov v danej oblasti medzinárodných vzťahov“.⁷⁴ Vychádzajúc z tejto všeobecnej definície medzinárodných režimov zahŕňajú medzinárodné investičné režimy na jednej strane princípy, normy, pravidlá a rozhodovacie procedúry medzinárodného investičného práva a na strane druhej princípy, normy, pravidlá a rozhodovacie procedúry regulačného aparátu hostiteľského štátu⁷⁵. Konkrétne sú teda medzinárodné investičné režimy tvorené sieťou bilaterálnych a multilaterálnych investičných zmlúv a medzinárodných inštitúcií, ako sú napríklad UNCTAD, ICSID alebo inštitúcie ad hoc medzinárodnej investičnej arbitráže. Relevancia medzinárodných investičných režimov a medzinárodného investičného práva pre teóriu medzinárodných vzťahov spočíva (okrem iného) v ich vplyve na suverenitu národných štátov a ich interakciu s nadnárodnými korporáciami a medzinárodnými organizáciami ako aktérmi v medzinárodnej aréne. Tento vplyv bude bližšie analyzovaný v nasledujúcej podkapitole prostredníctvom konceptov ochrany investícií a národnej suverenity.

2.2 Národná suverenita

Koncept národnej suverenity je jedným zo základných pilierov medzinárodných vzťahov ako vedeckej disciplíny a ako politickej praxe a zároveň má významné miesto aj v rámci politických ideológií. Moderný koncept suverenity je tradične spájaný s Westfálskym mierom z roku 1648, ktorým európske veľmoci ukončili tridsaťročnú vojnu. Toto spojenie je niekedy spochybňované z toho titulu, že princíp suverenity sa v relevantných zmluvách explicitne nenachádza. Napriek tomu sa však dá konštatovať, že princíp *cuius regio, eius religio*, ktorý dáva právo určovať vierovyznanie na určitom území lokálnej autorite, je kompatibilný s moderným

⁷⁴ KRASNER, STEPHEN D. Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables. In International Regimes, edited by S. D. Krasner. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1983c.

⁷⁵ Pod investičné režimy by sa ešte dali zaradiť iné oblasti interakcie aktérov medzinárodných vzťahov, ako napríklad diplomatická podpora zahraničných investícií zo strany „vysielajúceho“ štátu, avšak tieto nie sú dôležité pre účely tejto práce.

konceptom národnej suverenity a westfálske mierové zmluvy sú prvými multilaterálnymi zmluvami, ktoré takýto princíp ustanovujú.

Vzhľadom na nekonzistentné používanie konceptu národnej suverenity v teórii medzinárodných vzťahov a medzinárodného práva je nutné pre účely tejto práce tento pojem jasne definovať. Táto práca sa odvoláva na konceptualizáciu suverenity od Stevena Krasnera, ktorý sa ako jeden z vedúcich odborníkov na medzinárodné vzťahy tejto otázke explicitne venuje minimálne od 90-tych rokov 20. storočia. Napriek tomu, že Krasner sa otázke suverenity venuje najmä v kontexte zlyhávajúcich štátov, jeho rámec je aplikovateľný všeobecne.

Krasner definuje tri základné aspekty suverenity:

- 1) Medzinárodná právna suverenita – základným pravidlom medzinárodnej právnej suverenity je vzájomné medzinárodné uznanie nezávislých teritoriálnych entít.
- 2) Westfálska suverenita – tento aspekt suverenity znamená „absenciu inej ako domácej autority nad štátom“⁷⁶. Inak povedané, základným princípom westfálskej suverenity je nezasahovanie do vnútroštátnych záležitostí iných štátov. Toto je aspekt, suverenity ktorý je najpoužívanější v bežnom ponímaní a v mediálnom priestore.
- 3) Vnútroštátna suverenita – vnútroštátna suverenita odkazuje na inštitúcie ktoré danému štátu vládnu a ich efektívnosť. V ideálnom prípade tieto inštitúcie poskytujú bezpečnosť, prosperitu a spravodlivosť pre svojich obyvateľov⁷⁷.

Táto práca bude pracovať iba s westfálskou suverenitou, keďže medzinárodnoprávna suverenita nezohráva významnú úlohu v medzinárodných investičných režimoch. Vnútroštátna suverenita s medzinárodnými investičnými režimami tiež súvisí len v tom zmysle, že medzinárodné investičné režimy v závislosti na uhle pohľadu podporujú alebo oslabujú právny štát⁷⁸.

V rámci medzinárodných investičných zmlúv existuje niekoľko ustanovení, ktoré ochraňujú westfálsku suverenitu štátu. Medzi tradičné ustanovenia v tomto duchu patrí napríklad ustanovenie ohľadom prijímania špecifických opatrení, ktoré môže byť formulované napríklad

⁷⁶ KRASNER, S. (Ed.) *Problematic Sovereignty: Contested Rules and Political Possibilities*. New York: Columbia University Press, 2001, [cit. 29.8.2019], Dostupné na: <http://www.jstor.org/stable/10.7312/kras12178>, pp. 11-12. [accessed 24. 07. 2019].

⁷⁷ Delenie suverenity prevzaté z KRASNER, S. *The Hole in the Whole: Sovereignty, Shared Sovereignty, and International Law*. Michigan Journal of International Law, 2004, Volume 25, Issue 4.

⁷⁸ Obhajcovia investičných režimov poukazujú na pozitívny efekt investičnej arbitráže na právny režim štátu cez interakciu vnútroštátnych právnych entít s medzinárodnými tribunálmi a normami. Kritici investičných režimov zdôrazňujú oslabenie právneho štátu cez „privatizáciu“ verejné práva.

nasledovným spôsobom: „...nič v tejto dohode sa nesmie interpretovať tak, že bráni niektorej zmluvnej strane v prijatí alebo presadzovaní opatrení potrebných na a) ochranu života alebo zdravia ľudí, zvierat alebo rastlín, b) na zabezpečenie súladu s právnymi predpismi alebo c) na zachovanie živých alebo neživých vyčerpatelných prírodných zdrojov“⁷⁹. V oblasti definície nepriameho vyvlastnenia sa na rozdiel od štandardnej úpravy v medzinárodných investičných zmluvách v posledných rokoch začína presadzovať nasledujúca formulácia: „S výnimkou zriedkavých okolností nediskriminačné a proporcionálne regulačné opatrenia zmluvnej strany uskutočnené v dobrej viere, ktoré sú určené a aplikované na ochranu legitímnych verejnoprospešných účelov, ako sú napríklad ochrana zdravia, bezpečnosť, obrana a ochrana životného prostredia, nepredstavujú nepriame vyvlastnenie“⁸⁰. Tieto ustanovenia formálne definujú oblasti, v ktorých koncept národnej suverenity dostáva prednosť pred ochranou investícií, avšak vyhodnotenie, či konkrétne opatrenie spĺňa kritériá týchto (a podobných) ustanovení je závislé na konkrétnom prípade a interpretácii týchto (a podobných a protichodných) ustanovení medzinárodných investičných zmlúv medzinárodnými investičnými tribunálmi v prípade medzinárodného investičného sporu.

V kontexte medzinárodných investičných režimov bude westfálska suverenita analyzovaná na dvoch úrovniach. Na úrovni medzinárodných investičných zmlúv a na úrovni medzinárodnej investičnej arbitráže. V prvom rade bude predmetom skúmania akým spôsobom obmedzujú medzinárodné investičné režimy suverenitu štátov. Následne bude na obidvoch úrovniach skúmané, či v poslednom období dochádza k posilneniu westfálskej suverenity alebo k jej oslabeniu a akým spôsobom k tomu dochádza. Vo vzťahu k medzinárodným investičným zmluvám to znamená kvalitatívne a kvantitatívne porovnávanie ustanovení zmlúv, ktoré sa explicitne alebo implicitne venujú ochrane suverenity štátu. Vo vzťahu k medzinárodnej investičnej arbitráži to znamená obsahovú analýzu tých častí rozhodnutí medzinárodných arbitrážnych tribunálov ktoré sa venujú argumentom založeným na westfálskej suverenite národných štátov.

⁷⁹ Dohoda medzi Slovenskou Republikou a Spojenými Arabskými Emirátmi o podpore a vzájomnej ochrane investícií, SR-SAE, 2017, [cit. 1.9.2017]. Dostupné na: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/25/20180202.html>

⁸⁰ Dohoda medzi Slovenskou Republikou a Spojenými Arabskými Emirátmi o podpore a vzájomnej ochrane investícií, SR-SAE, 2017, [cit. 1.9.2017]. Dostupné na: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/25/20180202.html>

2.3 Medzinárodnoprávna ochrana zahraničných investorov

V tejto časti dizertačnej práce bude stručne predstavený koncept medzinárodnoprávnej ochrany zahraničných investícií a budú ukázané príklady ustanovení, ktorými je tento koncept implementovaný v rámci medzinárodných investičných zmlúv⁸¹. Vo vzťahu k investičným zmluvám je v záujme presnosti potrebné objasniť, že v tejto práci bude termín investičná zmluva používaný v zmysle medzinárodnej investičnej zmluvy, a teda nebude používaný v zmysle zmluvy medzi investorom a hostiteľským štátom, v ktorom je tento termín tiež niekedy používaný. Pre tento koncept bude v tejto práci v prípade potreby použitý termín „investičný kontrakt“. Podobne v prípade investičnej arbitráže a investičných tribunálov budú tieto termíny používané výhradne v zmysle medzinárodnej investičnej arbitráže, a teda nebudú používané v zmysle komerčnej arbitráže, pri ktorej sa tieto termíny niekedy tiež používajú.

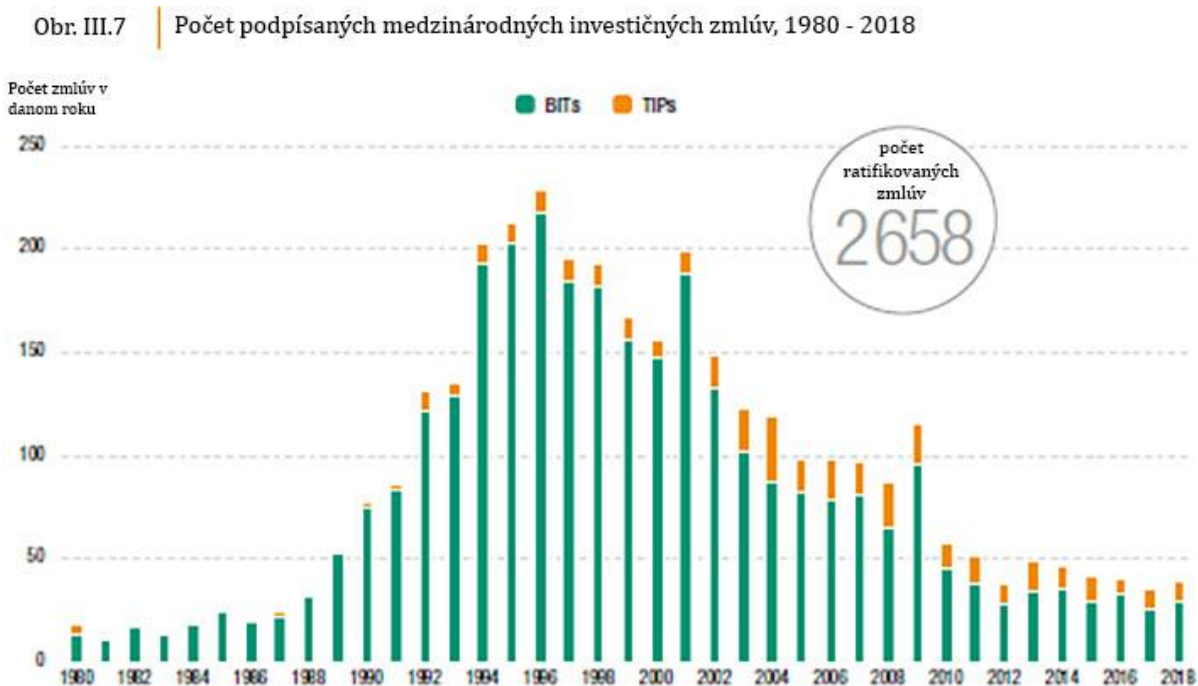
Medzinárodnoprávna ochrana zahraničných investícií je jedným zo základných konceptov neoliberalizmu, a to najmä v súvislosti s hypotézou o pozitívnom kauzálnom vplyve existencie medzinárodného právneho režimu ochrany investícií na objem zahraničných investícií v danom štáte. Medzinárodná ochrana investícií pozostáva zo všetkých opatrení na medzinárodnej úrovni, ktorých účelom je ochrana zahraničných investícií pred negatívnymi dopadmi konania hostiteľského štátu. Konečným cieľom ochrany investícií je zabezpečenie stabilného investičného prostredia, ktoré stimuluje zahraničné investície, čo je považované za kľúčový faktor ekonomického rastu a rozvoja. Medzinárodnoprávna ochranu zahraničných investícií je garantovaná sieťou bilaterálnych a multilaterálnych investičných zmlúv. Ako táto ochrana funguje v praxi, je potom záležitosťou medzinárodnej investičnej arbitráže, ktorá túto teóriu interpretuje v relevantných kontextoch. Pôvod dnes už mimoriadne hustej siete medzinárodných investičných zmlúv je možné vidieť v Zmluvách o priateľstve, obchode a navigácii USA, ktoré ustanovujú princíp ochrany „vlastníctva cudzincov“ pomocou „všetkých prostriedkov jeho (druhej strany) suverénnej moci“⁸². Odvtedy sa sieť investičných zmlúv rozvinula a dnes zahŕňa takmer 3000 BIT

⁸¹ Bližšie sa v tejto časti budem venovať iba ustanoveniam o vyvlastnení, štandarde riadneho a spravodlivého zaobchádzania, národnom zaobchádzaní a doložke najvyšších výhod. Vzhľadom na ciele tejto dizertačnej práce nie je potrebné definovať všetky ustanovenia, ktoré kodifikujú práva zahraničných investorov. Pre bližší popis týchto štandardov, pozri DOLZER, R. – SCHREUER, CH. *Principles of International Investment Law*. 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁸² DOLZER, R. – SCHREUER, CH. *Principles of International Investment Law*. 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 17.

a takmer 400 iných medzinárodných zmlúv s investičnými ustanoveniami⁸³ (pozri obrázok 1 – údaje z roku 2018).

Obrázok 1: Počet investičných zmlúv podpísaných v rokoch 1980-2018 a celkový počet zmlúv ratifikovaných v tomto období



Zdroj: <https://worldinvestmentreport.unctad.org/world-investment-report-2019/>

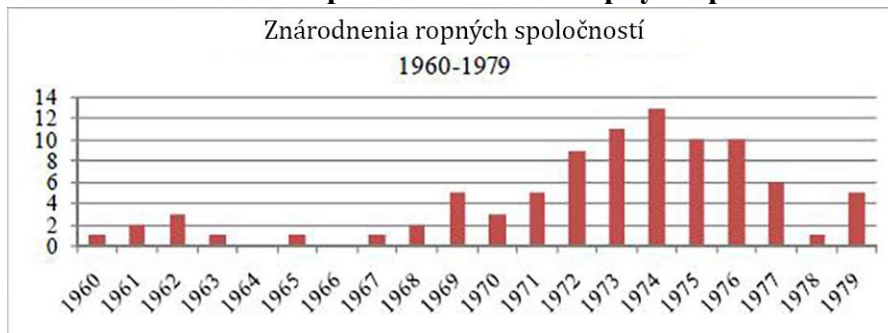
Tieto zmluvy obsahujú ustanovenia, ktoré kodifikujú práva zahraničných investorov. Medzi najčastejšie ustanovenia ochrany investícií patria napríklad: štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania (FET), doložka najvyšších výhod (MFN), režim národného zaobchádzania (NT), úplná ochrana a bezpečnosť (*full protection and security*), zákaz protiprávneho vyvlastnenia, náhrada škôd a strát, prevody, postúpenie práv a riešenie sporov medzi investormi a zmluvnými stranami.

Vyvlastnenie predstavuje najvážnejší možný zásah do vlastníckych práv zo strany štátu a ustanovenie ohľadom vyvlastnenia preto predstavuje základ väčšiny bilaterálnych investičných

⁸³ Údaje sú od UNCTADu, ktorého metodológia rozlišuje medzi tradičnými bilaterálnymi investičnými zmluvami a zmluvami s investičnými ustanoveniami, čo sú akékoľvek (vrátane multilaterálnych) medzinárodné zmluvy, ktoré obsahujú aj ustanovenia týkajúce sa zahraničných investícií. Pozri <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/>

zmlúv. Toto ustanovenie sa v investičných zmluvách začína presadzovať hlavne od sedemdesiatych rokov v reakcii na vlnu znárodňovania, a to najmä v oblasti nerastných surovín, v rozvojových krajinách, ktoré odmietli neoliberálny rozvojový model (pozri obrázok 2.).

Obrázok 2: Nárast počtu znárodnení ropných spoločností



Zdroj: GURIEV, M. – KOLOTILIN, A. – SONIN, K. Determinants of Nationalization in the Oil Sector. A Theory and Evidence from Panel Data. *Journal of Law Economics, and Organization*, 2010.

Medzinárodné právo v princípe uznáva právo štátu na vyvlastnenie, avšak medzinárodné investičné zmluvy stanovujú jasné kritériá, ktoré musí štát pri vyvlastnení splniť, aby tento akt bol považovaný za oprávnený z pohľadu medzinárodného práva. Aby bolo vyvlastnenie považované za legálne, musí byť vykonané vo verejnom záujme. Toto kritérium je veľmi všeobecné a investori vo väčšine prípadov toto kritérium nespochybňujú. Koniec koncov, je to práve vláda konkrétneho štátu, ktorá stanovuje, čo je verejným záujmom, a preto je problematické verejný záujem spochybňovať⁸⁴. Následne nesmie byť vyvlastňujúce opatrenie diskriminačné alebo svojvoľné v tradičnom význame týchto konceptov v medzinárodnom práve. Niektoré zmluvy obsahujú aj kritérium riadneho procesu, ktoré zodpovedá medzinárodnému minimálnemu štandardu podľa medzinárodného práva a štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania. Posledným a kľúčovým kritériom legálneho vyvlastnenia je vo všetkých moderných zmluvách vyplatenie promptnej, účinnej a spravodlivej náhrady. Práve toto kritérium je problematické, a to najmä v súvislosti s procesom determinácie, ako sa má promptná, účinná a spravodlivá náhrada vypočítať. Kontroverziu vyvoláva najmä doktrína budúcich ziskov, na základe ktorej je do kompenzácie započítaná nielen aktuálna hodnota investície, ale jej potenciálna hodnota na základe predpokladaných ziskov, o ktoré investor daným vyvlastňujúcim opatrením prichádza.

⁸⁴ V niektorých prípadoch sa však tribunál k tejto otázke vyjadruje. Pozri napr. *ADC v. Hungary. Award*. ICSID Case No. ARB/03/16, 2006, para. 429-433, kde tribunal spochybňuje verejný záujem v aktivitách štátu proti investorovi.

Kontroverznosť tejto doktríny spočíva najmä v jej potenciálnych dopadoch na verejné financie rozvojových štátov. Často citovaným prípadom v tomto kontexte je najmä *Occidental v. Ecuador*, kedy bolo Ekvádoru uložené zaplatiť 2,3 miliardy amerických dolárov (vrátane úrokov) ako kompenzáciu za vyvlastnenie zahraničnej investície v ropnom sektore⁸⁵.

Medzinárodné právo ďalej rozlišuje medzi priamym a nepriamym vyvlastnením, aj keď väčšina medzinárodných zmlúv neobsahuje explicitnú definíciu nepriameho vyvlastnenia. Rozdiel spočíva v tom, že v prípade priameho vyvlastnenia ide o stratu právneho postavenia ako vlastníka danej investície, zatiaľ čo v prípade nepriameho vyvlastnenia ide o opatrenie(a), ktoré oberajú investora o možnosť zmysluplne využívať svoju investíciu⁸⁶. Nepriamemu vyvlastneniu sa práca venuje bližšie neskôr ako problému vo vzťahu medzi suverenitou hostiteľského štátu a ochranou zahraničných investícií v rozhodovaní medzinárodných investičných tribunálov (pozri kap. 6.2).

Štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania (FET) je súčasťou takmer všetkých moderných investičných zmlúv, ako základný zo štandardov zaobchádzania so zahraničnými investíciami používaných v medzinárodnom investičnom práve. Zároveň predstavuje najrelevantnejší štandard zaobchádzania v praxi medzinárodnej investičnej arbitráže, keďže veľká väčšina úspešných sporov zo strany investorov je založená práve na porušení štandardu FET. Aj preto je zaujímavé, že až približne od roku 2000 začali medzinárodné investičné tribunály presnejšie definovať obsah tohto konceptu⁸⁷. História konceptu kopíruje do veľkej miery históriu bilaterálnych investičných zmlúv, keďže štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania bol už súčasťou spomínaných Zmlúv o priateľstve, obchode a navigácii USA. Moderná formulácia štandardu FET v rámci štandardov zaobchádzania má nasledujúcu podobu: „Každá zo zmluvných strán je povinná zabezpečiť pre investíciu zaobchádzanie v súlade s minimálnym štandardom zaobchádzania s cudzincami podľa obyčajového medzinárodného práva, vrátane štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania a úplnej ochrany a bezpečnosti“⁸⁸. Vo všeobecnosti je štandard FET považovaný za problematický štandard, a to najmä vzhľadom na jeho nekonzistentnú

⁸⁵ Konečná kompenzácia bola znížená rozhodnutím medzinárodného investičného tribunálu z roku 2015 v rámci procesu zrušenia pôvodného rozsudku. Pozri *Occidental v. Ecuador*. Decision on Annulment of the Award, (ICSID Case No. ARB/06/11, 2015).

⁸⁶ DOLZER, R. – SCHREUER, CH. *Principles of International Investment Law*. 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁸⁷ DOLZER, R. – SCHREUER, CH. *Principles of International Investment Law*. 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 130.

⁸⁸ Dohoda medzi Slovenskou Republikou a Spojenými Arabskými Emirátmi o podpore a vzájomnej ochrane investícií, SR-SAE, 2017, [cit. 1.9.2017]. Dostupné na: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/25/20180202.html>

interpretáciu (pozri o.i. kap. 6), čo bolo vo viacerých prípadoch uznané aj samotnými medzinárodnými investičnými tribunálmi. Tribunál v *CMS v. Argentina* napríklad konštatoval, že „Zmluva,... nedefinuje štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania a preto nie sú obavy Argentíny z jeho vágnosti bez opodstatnenia“⁸⁹. Hlavnou otázkou štandardu FET v kontexte tejto práce je, či tento štandard iba odráža medzinárodný minimálny štandard podľa obyčajového medzinárodného práva, alebo môže byť definovaný širšie. V posledných dvoch desaťročiach sa presadila flexibilná konceptualizácia, ktorá napríklad za súčasť štandardu považuje povinnosť štátu chrániť legitímne očakávania zahraničného investora (pozri kap. 6). Najnovšie investičné zmluvy preto v mnohých prípadoch obsahujú upresnenie formulácie, ktoré definuje štandard FET explicitne ako štandard, ktorý „nevyžaduje zaobchádzanie, ktoré by presahovalo alebo požadovalo viac, ako požaduje minimálny štandard obyčajového medzinárodného práva pre zaobchádzanie s cudzincami“⁹⁰.

Režim národného zaobchádzania je ďalším zo základných ustanovení investičných zmlúv. Jeho cieľom je vytvorenie nemenej výhodnej pozície pre zahraničných investorov v porovnaní s domácimi investormi. Vo formulácii národného zaobchádzania typickej pre moderné investičné zmluvy sa zmluvná strana zaväzuje „poskytnúť investorom druhej zmluvnej strany a ich investíciám také zaobchádzanie, ktoré nebude menej priaznivé ako to, ktoré poskytuje v porovnateľných situáciách svojim vlastným investorom a ich investíciám, pokiaľ ide o riadenie, výkon, prevádzku, údržbu, použitie, užívanie a predaj alebo iné nakladanie s investíciami na svojom území“⁹¹. Vzhľadom na relatívne homogénnu formuláciu patrí národné zaobchádzanie k najkonzistentnejšie interpretovaným ustanoveniam⁹².

Účelom doložky najvyšších výhod je zabezpečiť pre zahraničných investorov zaobchádzanie, „ktoré nebude menej priaznivé ako to, ktoré poskytuje v porovnateľných situáciách investorom ktoréhokoľvek tretieho štátu alebo ich investíciám, pokiaľ ide o riadenie,

⁸⁹ CMS v. Argentina. 2005. Award, ICSID CASE NO. ARB/01/8, para. 273.

⁹⁰ Dohoda medzi Slovenskou Republikou a Spojenými Arabskými Emirátmi o podpore a vzájomnej ochrane investícií, SR-SAE, 2017, [cit. 1.9.2017]. Dostupné na: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/25/20180202.html>

⁹¹ Dohoda medzi Slovenskou Republikou a Spojenými Arabskými Emirátmi o podpore a vzájomnej ochrane investícií, SR-SAE, 2017, [cit. 1.9.2017]. Dostupné na: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/25/20180202.html>

⁹² DOLZER, R. – SCHREUER, CH. Principles of International Investment Law. 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 199.

výkon, prevádzku, údržbu, použitie, užívanie a predaj alebo iné nakladanie s investíciami na svojom území“⁹³

Poskytnutie úplnej ochrany a bezpečnosti predstavuje jeden z najstarších štandardov ochrany vlastníctva cudzincov, ktorého korene siahajú do antiky. Jeho pôvodným účelom bolo zaručiť štátnu ochranu zahraničných investícií pred fyzickou ujmu, avšak rozsah tohto ustanovenia bol postupne rozšírený tak, že dnes zahŕňa aj povinnosť štátu poskytnúť zahraničným investorom bezpečnosť a právnu ochranu v prípade porušenia ich práv. Napriek tomu, že existujú variácie na formuláciu tohto štandardu, všeobecne patrí k najkonzistentnejším štandardom, čo sa týka formulácie. Kľúčovými elementami každej formulácie sú „bezpečnosť“ a „ochrana“, pričom tradičná formulácia znie nasledovne: „Každá zo zmluvných strán je povinná zabezpečiť pre investíciu zaobchádzanie v súlade s minimálnym štandardom zaobchádzania s cudzincami podľa obyčajového medzinárodného práva, vrátane ... úplnej ochrany a bezpečnosti“⁹⁴.

Dodatočnú ochranu zahraničným investorom poskytujú takzvané „zastrešujúce“ klauzuly (*umbrella clause*) medzinárodných investičných zmlúv. Tento názov je odvodený od toho, že tieto ustanovenia skrývajú investičné kontrakty pod ochranný „dáždnik“ bilaterálnych investičných zmlúv. Účelom týchto ustanovení je poskytnúť medzinárodnoprávnú zmluvnú ochranu vo vzťahu k investičným kontraktom medzi investorom a štátom. Hlavným dôsledkom týchto ustanovení je schopnosť zahraničných investorov žalovať štáty na úrovni medzinárodných investičných tribunálov nielen v dôsledku porušenia medzinárodných investičných zmlúv, ale aj v dôsledku porušenia investičného kontraktu. Formulácie „zastrešujúcich“ klauzúl sú rôznorodé a zahŕňajú napríklad povinnosť štátu „dodržiavať akýkoľvek prijatý záväzok“, „neustále garantovať dodržiavanie prijatých záväzkov“, prípadne rozšírenie jurisdikcie v oblasti riešenia sporov medzi investorom a štátom na „akýkoľvek spor vo vzťahu k investícii“⁹⁵. V súčasnosti sú tieto ustanovenia čím ďalej, tým menej populárne, avšak ešte v roku 2006 obsahovalo túto klauzulu približne 40 percent bilaterálnych investičných zmlúv⁹⁶. „Zastrešujúcu“ klauzulu obsahuje aj Zmluva o Energetickej charte, ktorá však umožňuje štátom derogáciu.

⁹³ Dohoda medzi Slovenskou Republikou a Spojenými Arabskými Emirátnami o podpore a vzájomnej ochrane investícií, SR-SAE, 2017, [cit. 1.9.2017]. Dostupné na: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/25/20180202.html>

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ YANACA-SMALL, K. Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements. OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2006 <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>, pp. 3.

⁹⁶ Ibid., pp. 5

Významným faktorom ochrany zahraničných investícií je aj to, či daná investičná zmluva chráni investíciu aj pred jej zriadením (*pre-establishment*), alebo až po ňom. Tento faktor sa väčšinou týka režimu národného zaobchádzania a doložky najvyšších výhod, avšak v niektorých prípadoch môže byť ustanovený samostatne a mať širšiu platnosť⁹⁷.

Najmä v novších zmluvách zohrávajú dôležitú úlohu ustanovenia, ktoré z ochrany zahraničných investícií vymedzujú určité oblasti, alebo určitý druh regulačných opatrení. Tieto výnimky sú najčastejšie v oblasti daňových opatrení, národnej bezpečnosti alebo prudenciálnych opatrení, čo sú opatrenia finančnej regulácie, ktoré od zahraničných investorov požadujú manažment rizík. Tradične ide napríklad o požiadavky na kapitálové a hotovostné rezervy. Takisto sa môžu výnimky týkať všeobecne opatrení sledujúcich legitímny verejný záujem. Tieto výnimky však v judikatúre medzinárodnej investičnej arbitráže nie sú jednoznačne interpretované a aj ich formulácie sa v zmluvách líšia. Otázkou je najmä to, či tieto výnimky predstavujú „povolenie“ na prijatie opatrení, ktorých sa týkajú alebo iba umožňujú štátom využiť ich ako súčasť obhajoby v prípade investičného sporu⁹⁸.

Vzhľadom na to, ako boli koncepty národnej suverenity a ochrany zahraničných investícií definované v predchádzajúcich riadkoch, je evidentné, že si navzájom odporujú v teoretickej rovine. Medzinárodnoprávna ochrana zahraničných investícií totiž definuje špecificky oblasti, v ktorých sa štát vzdáva svojho výlučného práva na vykonávanie westfálskej suverenity. Ak môže byť diskusia medzi neorealizmom a neoliberalizmom považovaná (sčasti) za diskusiu o relatívnom význame národných štátov, medzinárodných organizácií a nadnárodných korporácií, v rámci medzinárodných investičných režimov môže byť tá istá diskusia považovaná za diskusiu o relatívnom význame konceptov národnej suverenity a ochrany zahraničných investícií. Tento konflikt medzi suverenitou a ochranou investícií vzniká v oblasti medzinárodných investičných zmlúv. Aby sme pochopili, akým spôsobom medzinárodné investičné režimy ovplyvňujú suverenitu národných štátov, je nutné sa bližšie pozrieť aj na to, akým spôsobom je tento konflikt vyriešený v právnej praxi, to znamená v judikatúre medzinárodných investičných tribunálov, ktoré tento konflikt v svojich rozhodnutiach interpretujú.

⁹⁷ Pozri napr. Agreement Between Japan And The Republic Of Armenia For The Liberalization, Promotion And Protection Of Investment, 2018.

⁹⁸ HENCKELS, C. Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions? B.C.L. Review. 2825, 2018.

3. Ciele dizertačnej práce a metodológia

3.1 Ciele práce a výskumné otázky

V tejto časti dizertačnej práce budú stručne predstavené ciele dizertačnej práce a výskumné otázky, ktorých zodpovedanie umožní naplnenie týchto cieľov. Dizajn práce vychádza z prístupu K. Puncha, ktorý pre štruktúru výskumného projektu odporúča využitie hierarchie konceptov podľa schémy: výskumná oblasť, výskumná téma, všeobecné výskumné otázky, špecifické výskumné otázky⁹⁹. Vo vzťahu k otázke využitia hypotéz namiesto výskumných otázok sa táto práca prikláňa k Punchovmu postoju, ktorý zdôrazňuje význam hypotéz najmä v rámci tradičného hypoteticko-deduktívneho modelu spoločenskovedného výskumu¹⁰⁰. Hypotézy sú nevyhnutné v prípade, že môžu byť dedukované z teórie a následne tak môžu byť využité na testovanie danej teórie. Napriek tomu, že táto práca vychádza z teórie medzinárodných vzťahov, teoretické koncepcie neorealizmu a neoliberalizmu slúžia len ako analytické rámce a nie sú overované v tradičnom zmysle testovania teórie vo vedeckom výskume. Dynamický vývoj režimov medzinárodnoprávnej ochrany zahraničných investorov má síce význam pre teoretickú diskusiu v oblasti medzinárodných vzťahov, z hlavných teoretických koncepcií však nie je možné odvodiť vedecké hypotézy ohľadom tohto vývoja a preto bude výskum v tejto práci štruktúrovaný prostredníctvom výskumných otázok.

Výskumnú oblasť v tejto práci predstavujú režimy medzinárodnoprávnej ochrany zahraničných investícií. Výskumnou témou je vzťah medzi medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu.

Cieľom výskumu v tejto práci je komplexné zhodnotenie vzťahu medzi medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investorov a suverenitou hostiteľského štátu z pohľadu teórie medzinárodných vzťahov. Práca sa teda v najširšej rovine zaoberá súperením medzi globalizačnými a nadnárodnými tendenciami v medzinárodnej ekonomicko-politickej sfére na jednej strane a suverenitou národných štátov na strane druhej. Tento konflikt bude analyzovaný na dvoch základných úrovniach: 1) na úrovni obsahu ustanovení investičných zmlúv a 2) na úrovni rozhodnutí tribunálov medzinárodnej investičnej arbitráže. Na obidvoch úrovniach nás budú zaujímať primárne najaktuálnejšie a najvýznamnejšie trendy vo vzťahu ku konfliktu medzi

⁹⁹ PUNCH, K. Úspešný návrh výskumu. Vyd. 1, Praha, Portál, 2008, s. 37-38. ISBN: 978-80-7367-468-7.

¹⁰⁰ PUNCH, K. Úspešný návrh výskumu. Vyd. 1, Praha, Portál, 2008, s. 47-4q8. ISBN: 978-80-7367-468-7.

ochranou suverenity hostiteľskej krajiny a ochranou zahraničných investícií. Všeobecná výskumná otázka tejto práce preto môže byť sformulovaná nasledovne:

Ako sa v posledných dvoch desaťročiach vyvíja vzájomný vzťah konceptov medzinárodnoprávnej ochrany investícií a suverenity v rámci medzinárodných investičných režimov?

Táto otázka je relevantná v 1) praktickej rovine, kedy analyzuje zmeny v investičných režimoch a 2) v rovin teórie medzinárodných vzťahov, kde sčasti odpovedá na otázku relatívneho významu štátov, nadnárodných korporácií a medzinárodných organizácií v globálnom meradle.

Vzhľadom na rozdelenie výskumu na úroveň obsahu ustanovení medzinárodných investičných zmlúv a úroveň rozhodnutí arbitrážnych tribunálov medzinárodnej arbitráže, je vhodné na každej úrovni definovať špecifické/pomocné výskumné otázky. Vo vzťahu k medzinárodným investičným zmluvám sa práca bude zaoberať otázkou:

O1: Aké sú najnovšie trendy v oblasti tvorby medzinárodných investičných zmlúv vo vzťahu ku konfliktu medzi národnou suverenitou a medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investorov?

Vo vzťahu k tejto otázke teda budú porovnávané zmeny v obsahu a charaktere investičných zmlúv v čase a v geografickom priestore. Otázka bude zodpovedaná v dvoch častiach, vo všeobecnej rovine sa bude práca zaujímať o globálny vývoj a v konkrétnej rovine sa bude zaujímať o postoj najdôležitejších aktérov.

Vo vzťahu k medzinárodnej investičnej arbitráži bude vzhľadom na obmedzený rozsah práce skúmaný iba najdôležitejší koncept (viď ďalej) súčasnej praxe medzinárodných investičných arbitráží – legitímne očakávanie investora, ktoré sú chránené v rámci tradičnej interpretácie štandardu FET. V tejto rovine sa práca zameria na hlavné otázky, ktoré tribunály riešia vo vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní a na to, či a ako tieto otázky súvisia s konfliktom medzi suverenitou a ochranou investícií. Zároveň bude práca skúmať, aký je vzťah medzi zmenami v obsahu investičných zmlúv a praxou medzinárodnej investičnej arbitráže. Vo vzťahu k medzinárodnej investičnej arbitráži budú preto zodpovedané nasledujúce otázky:

O2: Aké sú hlavné otázky, ktoré investičné tribunály riešia v rámci medzinárodnej investičnej arbitráže vo vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní ako kľúčového konceptu arbitrážnej praxe v otázke konfliktu medzi suverenitou a ochranou investícií?

Na základe odpovede na tieto otázky bude následne možné analyticky identifikovať, aký vplyv budú mať zmeny v obsahu investičných zmlúv vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou suverenity a ochranou investícií na arbitrážnu prax v prípade konceptu legitímnych očakávaní. Táto otázka bude formulovaná nasledovným spôsobom:

O3: Aký vplyv budú mať zmeny v novej generácii investičných zmlúv na prax investičnej arbitráže vo vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní?

Práca bude teda analyzovať, či zmeny v investičných zmenách, ktoré identifikujeme v prvej časti, majú priamu väzbu na prax medzinárodnej investičnej arbitráže vo vzťahu k legitímnym očakávaniam. Zodpovedanie týchto otázok nám poskytne jasný pohľad na to, akým smerom sa uberajú investičné režimy vo vzťahu ku konfliktu medzi národnou suverenitou a ochranou investícií.

3.2 Metodológia

Táto časť práce sa bude venovať tomu, ako budú otázky predstavené v predchádzajúcej časti zodpovedané. Vzhľadom na to, že výskum dizertačnej práce je štruktúrovaný za pomoci výskumných otázok, je nutné vopred jasne stanoviť, akým spôsobom budú tieto otázky zodpovedané. Vzhľadom na charakter otázok a typ relevantných dostupných zdrojov je ideálnou metódou na zodpovedanie týchto otázok obsahová analýza. Obsahová analýza je nástrojom analýzy primárnych, najmä textových zdrojov. Zatiaľ čo pôvodne bol termín obsahová analýza používaný výhradne na označenie prác, ktoré sa snažili o analýzu textov pomocou počítania použitia konkrétnych slov (*word count*), v súčasnosti sa nástroje obsahovej analýzy rozšírili takým spôsobom, že je dnes ťažké túto metodológiu zadefinovať tak, aby bola definícia dostatočne úsporná, ale aby zároveň zahŕňala všetky relevantné aspekty. Pre účely tejto práce preto budeme

vychádzať z populárnej a širokej definície od Krippendorfa, ktorý obsahovú analýzu definuje ako „výskumnú metódu na vytváranie opakovateľných a platných tvrdení vychádzajúcich z textu (alebo iných relevantných zdrojov) ohľadom kontextov ich používania“¹⁰¹

Obsahovú analýzu tradične delíme na kvantitatívnu a kvalitatívnu, avšak toto delenie je iba teoretické, pretože v praxi sa v prípade obsahovej analýzy je užitočnejšie hovoriť o kontinuu, pričom reálny výskum sa vždy nachádza niekde na spektre medzi čisto kvalitatívnym a čisto kvantitatívnym výskumom¹⁰². Pre obsahovú analýzu sú kľúčové procesy zberu a kódovania textových dát, ktoré budú v nasledujúcich riadkoch priblížené v kontexte tejto práce.

Vzhľadom na štruktúru práce a výskumné otázky, bude obsahová analýza aplikovaná na dvoch úrovniach: na úrovni medzinárodných investičných zmlúv a na úrovni medzinárodnej investičnej arbitráže. Čo sa týka zdrojov dát potrebných na vykonanie obsahovej analýzy bude práca obmedzená na textové zdroje a konkrétne budú využité medzinárodné investičné zmluvy (pre otázku 1) a rozhodnutia medzinárodných investičných tribunálov (pre otázku 2) a kombináciu oboch typov zdrojov (pre otázku 3). Dostupnosť zdrojov pre tento výskum by mala byť zabezpečená, keďže v oboch prípadoch sú tieto zdroje verejne prístupné v databázach UNCTADu. Analýza sa bude v niektorých ohľadoch líšiť na jednotlivých úrovniach (medzinárodné investičné zmluvy a medzinárodná investičná arbitráž), takže k popisu zvoleného postupu pristúpim na každej úrovni samostatne.

Vo vzťahu k investičným zmluvám budú sledované najnovšie trendy vo vzťahu ku konfliktu medzi národnou suverenitou a ochranou zahraničných investícií. Otázka O1 bude zodpovedaná v dvoch častiach. V prvej časti bude porovnávaná vzorka nových investičných zmlúv podpísaných v rokoch 2018 – 2019 (ako zmlúv predstavujúcich novú generáciu investičných dohôd) so vzorkou porovnateľných zmlúv z rokov 1997 – 2001 (ako zmlúv predstavujúcich predošlú generáciu investičných dohôd). V druhej časti budú analyzované investičné zmluvy rozhodujúcich aktérov vo vzťahu k objemu importovaného a exportovaného kapitálu, ktorých zmluvy majú najväčší vplyv na celkovú podobu investičných režimov. V tejto časti boli na analýzu vybrané Spojené štáty americké, Európska únia a Čína ako hlavní aktéri

¹⁰¹ KRIPPENDORFF, K. Content analysis: An introduction to its methodology (2nd ed.). Thousand Oaks, CA: Sage, 2004, p. 18.

¹⁰² Pre detailnejšie informácie ohľadom obsahovej analýzy, pozri KRIPPENDORFF, K. Content analysis: An introduction to its methodology (2nd ed.). Thousand Oaks, CA: Sage, 2004, a NEUENDORF, K. A. The content analysis guidebook. Thousand Oaks, CA: Sage, 2002.

a Brazília, India a Argentína ako najrelevantnejšie rozvojové krajiny. Výsledkom týchto dvoch analýz bude ucelený obraz o tom, ktorým smerom sa režimy ochrany investícií uberajú vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou investícií a suverenitou v rámci systému ako celku a aj vo vzťahu k politikám hlavných aktérov.

Porovnanie dvoch vzoriek investičných zmlúv z dvoch rôznych období si vyžaduje bližšie spresnenie použitého postupu s ohľadom na replikovateľnosť výskumu. Čo sa týka výberu vzorky, vzhľadom na ciele práce a dostupné zdroje bol použitý zámerný výber. Týmto spôsobom boli do vzorky vyselektované všetky zmluvy z rokov 2018 – 2019 ktoré: 1) boli podpísané do 12.9.2019 2) boli zverejnené UNCTADom, 3) boli dostupné v jazyku, ktorý umožňoval analýzu v rámci tohto výskumného projektu¹⁰³. Takto selektovaná vzorka obsahovala 28 investičných zmlúv¹⁰⁴, čo je počet, ktorý umožňuje na základe analýzy dospieť k všeobecným záverom ohľadom trendov

¹⁰³ Výskum bol obmedzený na zmluvy v nasledujúcich jazykoch: angličtina, francúzština, španielčina, nemčina, slovenčina.

¹⁰⁴ Investment Agreement Between The Government Of Australia And Hong Kong, 2019. Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement (“Iacepa”), 2019. Agreement Between Australia And The Oriental Republic Of Uruguay On The Promotion And Protection Of Investments, 2019. Cooperation And Facilitation Investment Agreement Between The Federative Republic Of Brazil And The United Arab Emirates, 2019. Investment Protection Agreement Between The European Union And Its Member States, Of The One Part, And The Republic Of Singapore, Of The Other Part, 2019. Investment Protection Agreement Between The European Union And Its Member States, Of The One Part, And The Socialist Republic Of Viet Nam Of The Other Part, 2019. Agreement Between The Government Of The Hong Kong Special Administrative Region Of The People’s Republic Of China And The Government Of The United Arab Emirates For The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 2019. United States, Mexico, Canada Agreement, (Usmca), 2018. Agreement Between The Argentine Republic And Japan For The Promotion And Protection Of Investment, 2018. Agreement Between Japan And The Republic Of Armenia For The Liberalization, Promotion And Protection Of Investment, 2018. Agreement For The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments Between The Argentine Republic And The United Arab Emirates, 2018. Peru-Australia Free Trade Agreement (Pafta), 2018. Agreement Between Australia And The Oriental Republic Of Uruguay On The Promotion And Protection Of Investments, 2018. Treaty Between The Republic Of Belarus And The Republic Of India On Investments, 2018. Cooperation And Investment Facilitation Agreement Between The Federative Republic Of Brazil And The Co-Operative Republic Of Guyana, 2018. Free Trade Agreement Between Brazil And Chile, 2018. Cooperation And Facilitation Investment Agreement Between The Federative Republic Of Brazil And The Republic Of Suriname, 2018. Agreement Between The Government Of Canada And The Government Of The Republic Of Moldova For The Promotion And Protection Of Investments, 2018. Free Trade Agreement Between The Republic Of Korea And The Republics Of Central America, 2018. Agreement Between Japan And The Hashemite Kingdom Of Jordan For The Promotion And Protection Of Investment, 2018. Agreement Between Japan And The United Arab Emirates For The Promotion And Protection Of Investment, 2018. Agreement Between The Government Of The Republic Of Turkey And The Government Of The Kingdom Of Cambodia On The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 2018. Agreement Between The Government Of The Republic Of Kazakhstan And The Government Of The United Arab Emirates On Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 2018. Accord Entre Le Gouvernement De La Republique Du Mali Et Le Gouvernement De La Republique De Turquie Relatif A La Promotion Et La Protection Reciproques Des Investissements, 2018. Accord Relatif A La Promotion Et La Protection Reciproques Des Investissements Entre Le Gouvernement De La Republique Du Mali Et Le Gouvernement Des Emirats Arabes Unis, 2018. Sri Lanka-Singapore Free Trade Agreement, 2018. Acuerdo Entre Los Emiratos Árabes Unidos Y La República Oriental Del Uruguay Para La Promoción Y Protección Recíprocas De Inversiones, 2018.

v nových investičných zmluvách. Vzorka „starších“ investičných zmlúv bola selektovaná taktiež zámerným výberom spomedzi zmlúv podpísaných v rokoch 1997 – 2001. Obdobie bolo vybrané s ohľadom na to, že až približne od roku 2002 je možné registrovať významnejšiu kritiku investičných režimu z hľadiska obmedzovania suverenity národných štátov, a preto je práve porovnanie so zmluvami pred tohto obdobia relevantné. Preferované boli zmluvy, ktorých zmluvné strany boli zmluvnými stranami v rámci vzorky nových investičných zmlúv s cieľom dosiahnuť čo najrelevantnejšie porovnanie. Vybraných bolo takisto 28 investičných zmlúv¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Acuerdo Entre El Gobierno De La Republica Argentina Y El Gobierno De La Republica De La India Sobre Promocion Y Proteccion Reciproca De Inversiones, 1999. Treaty Between The Federal Republic Of Germany And Bosnia And Herzegovina Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investments, 2001. Agreement Between The Republic Of Austria And The United Arab Emirates For The Promotion And Protection Of Investments, 2001. Agreement Between The Government Of Canada And The Government Of The Republic Of Costa Rica For The Promotion And Protection Of Investments, 1998. Agreement Between The Government Of Canada And The Government Of The Eastern Repubuc Of Uruguay For The Promotion And Protection Of Investments, 1997. Agreement Between The Government Of The Republic Of Croatia And The Government Of Canada For The Promotion And Protection Of Investments, 1997. Agreement Between The Government Of The Republic Of Croatia And The Government Of The Republic Of India On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 2001. Agreement Between The Government Of The Republic Of The Philippines And The Government Of The Argentine Republic On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investment, 1999. Agreement Between The Government Of The United Kingdom Of Great Britain And Northern Ireland And The Government Of The Republic Of Angola For The Promotion And Protection Of Investments, 2001. Agreement On Encouragement And Reciprocal Protection Of Investments Between The Kingdom Of The Netherlands And The Federative Republic Of Brazil, 1998. Agreement Between Japan And Mongolia Concerning The Promotion And Protection Of Investment, 2001. Agreement Between Japan And The Islamic Republic Of Pakistan Concerning The Promotion And Protection Of Investment, 1998. Agreement Between The Government Of Japan And The Government Of The Russian Federation Concerning The Promotion And Protection Of Investments, 1998. Agreement Between The Government Of The Hashemite Kingdom Of Jordan And The Government Of The People's Republic Of China On The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 2001. Agreement Between The Government Of The Kingdom Of Cambodia And The Government Of The Republic Of Cuba Concerniing The Prom0tion And Protection Of Investments, 2001. Acuerdo Entre La Republica De Colombia Y La Republica De Chile, 2000. Agreement Between The State Of Kuwait And The Republic Of India For The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, 2001. Agreement On Encouragement And Reciprocal Protection Of Investments Between The Republic Of Nicaragua And The Kingdom Of The Netherlands, 2001. Agreement Between The Government Of The Kingdom Of Morocco And The Government Of The Republic Of El Salvador On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 1999. Agreement Between The Government Of The Kingdom Of Morocco And The Government Of The Republic Of Indian On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 1999. Agreement Between The Government Of New Zealand And The Government Of The Republic Of Chile The Promotion And Protection Of Investment, 1999. Dohodamedzi Vládou Slovenskej Republiky A Vládou Malty O Podpore A Vzájomnej Ochrane Investícií, 1999. Agreement Between The Government Of The Republic Of Singapore And The Government Of The Republic Of Slovenia On The Mutual Promotion And Protection Of Investments, 1999. Agreement Between The Republic Of Turkey And The Republic Of South Africa Concerning The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 2000. Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The Republic Of Lithuania For The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, 1998. Uae, Agreement Between The Government Of The United Arab Emirates And The Government Of The Kingdom Of Sweden On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 1999. Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The Hashemite Kingdom Of Jordan Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, 1997. Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The Republic Of El Salvador Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, 1999.

Týchto 28 investičných zmlúv síce predstavuje len pomerne malú časť zmlúv podpísaných v relevantnom období, avšak zmluvy z tohto obdobia sú charakteristické pomerne vysokou mierou homogenity, čo znamená, že by táto vzorka mala stačiť na to, aby sme mohli dospieť k záverom relevantným z pohľadu cieľov tejto práce.

Procesu kódovania textu investičných zmlúv, ako základu obsahovej analýzy, je v prípade investičných zmlúv výrazne uľahčený vysokou mierou ich štruktúrovanosti. Investičné zmluvy sú obsahovo rozdelené do jednotlivých článkov, ktoré sú majú vlastné nadpisy, čím automaticky poskytujú vopred stanovené kódy pre analýzu. V prvej fáze analýzy preto stačilo duálne zaznačiť prítomnosť/neprítomnosť jednotlivých kódov/ustanovení investičných zmlúv v oboch vzorkách, pričom nás zaujímajú samozrejme iba ustanovenia, ktoré majú nejaký vplyv na konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a národnou suverenitou. V druhej fáze bolo potom nutné pristúpiť ku kvalitatívnemu kódovaniu, kedy boli predmetom skúmania nielen prítomnosť/neprítomnosť ustanovení ale aj relevantné rozdiely v ich formulácii. V niektorých prípadoch, ako napríklad pri rôznych výnimkách v rámci investičných zmlúv sme zaznamenávali napríklad ich počet, avšak pri niektorých ustanoveniach, ako napríklad FET bolo nutné zakódovať aj ich konkrétnu podobu, pretože aj malé rozdiely vo formulácii majú potenciálne významný vplyv na konflikt medzi ochranou suverenity a ochranou zahraničných investícií. Čo sa týka logiky výskumu je evidentné, že na tejto úrovni má výrazne (aj keď nie výlučne) deduktívny charakter, keďže sme vychádzali z existujúcich teórií ochrany investícií a suverenity a následne sme identifikovali koncepty, ktoré sú známe v rámci investičných zmlúv, zaznamenali ich frekvenciu a ich formuláciu v selektovaných investičných zmluvách.

V druhej časti výskumu zameraného na investičné zmluvy bola následne pozornosť venovaná analýze vývoja investičných zmlúv kľúčových aktérov investičných režimov: Spojených štátov amerických, Číny a Európskej únie. Táto časť má voľnejšiu štruktúru a spolieha sa na jednoduchú analýzu celkového kontextu vo vzťahu k študovanému konfliktu vo vzťahu k jednotlivým aktérom. Do určitej miery však pri analýze konkrétnych zmlúv preberá analytický rámec z časti, v ktorej boli porovnávané väčšie vzorky investičných zmlúv.

Vo vzťahu k medzinárodnej investičnej arbitráži bolo nutné pristúpiť k výraznej redukcii reality¹⁰⁶ vzhľadom na možnosti tohto výskumu. V práci sú otázky nepriameho vyvlastnenia a interakcie vnútroštátneho a investičného práva vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou

¹⁰⁶ Pozri napr. SEDLÁKOVÁ R. Výzkum médií: Nejužívanější metody a techniky, Grada, 2014, s. 40-43.

suverenity a ochranou investícií iba v obmedzenej miere. Väčšia pozornosť je venovaná kľúčovému konceptu legitímnych očakávaní¹⁰⁷. V tomto kontexte bola opäť využitá obsahová analýza, avšak vzhľadom na charakter otázky (O2) bolo nutné zvoliť o niečo odlišnejší prístup. Výber vzorky rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov bol opäť zámerný, pričom dôraz bol kladený na to, aby boli rozhodnutia čo najaktuálnejšie. Základný výber obsahoval 33 rozhodnutí, čo predstavovalo všetky verejne dostupné rozhodnutia publikované v rokoch 2018 – 2019. Tieto rozhodnutia síce nepredstavujú všetky prípady, ku ktorým vyšlo rozhodnutie v tomto období, keďže mnoho rozhodnutí nebolo zverejnených, ale nie je dôvod predpokladať, že príčina nezverejnenia rozhodnutí súvisí s otázkami, ktorými sa táto práca zaoberá, a preto je možné vzorku považovať za reprezentatívnu pre všetky prípady v danom období. V rámci predbežnej analýzy boli následne zo vzorky vylúčené prípady, ktoré sa skončili v jurisdikčnej fáze, čo znamená, že v nich nedošlo k meritórnemu rozhodnutiu. Výsledná vzorka obsahovala 30 prípadov. Následne boli eliminované prípady, v ktorých nebol súčasťou žaloby aspekt legitímneho očakávania. Výslednú vzorku pre otázku O2 predstavovalo 28 rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov.

Proces kódovania bol na úrovni rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov náročnejší ako pri obsahu investičných zmlúv, čo súviselo najmä s charakterom použitých dát, keďže rozhodnutia medzinárodných arbitrážnych tribunálov nemajú štandardizovaný charakter a tradične sú v podobe takmer súvislého textu rozdeleného na kapitoly a odseky. Vzhľadom na charakter otázky O2 bolo nutné aplikovať indukčnú logiku výskumu, kedy proces kódovania spočíval nie v priradovaní častí textu pod existujúce kódy (ako v prípade investičných zmlúv), ale v identifikácii najčastejšie sa opakujúcich konceptov v súvislosti s legitímnymi očakávaniami. Tieto koncepty následne slúžili na zodpovedanie položenej otázky O2.

Zodpovedanie otázky O3 bolo následne dosiahnuté skombinovaním výsledkov na úrovni investičných zmlúv a rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov. V obsahu investičných zmlúv boli identifikované najnovšie trendy vo vzťahu k ustanoveniam týkajúcim sa konfliktu medzi suverenitou a ochranou investícií, a v rámci rozhodnutí tribunálov bolo identifikované, na čo sa tribunály zameriavajú pri rozhodovaní ohľadom legitímnych očakávaní investora. Na

¹⁰⁷ V tejto časti má výskum charakter prípadovej štúdie, kde legitímne očakávania predstavujú prípad konceptu, ktorý má vplyv na konflikt medzi ochranou investícií a suverenitou hostiteľského štátu, a na tomto prípade je ukázané, ako tento konflikt funguje na úrovni investičnej arbitráže, a aký vplyv majú v tomto prípade zmeny v obsahu investičných zmlúv na tento konflikt.

základe výsledkov bude možné analyticky dospieť k zodpovedaniu otázky, či, a ako zmeny v obsahu investičných zmlúv ovplyvnia prax rozhodovania tribunálov o legitímnych očakávaniach.

Čo sa týka potenciálnych problémov vo vzťahu k metodológii, tak v podstate výlučne súvisia s charakterom obsahovej analýzy ako výskumnej metódy a zhrnuté sú napríklad v spomínaných prácach Krippendorffa a Neuendorfa¹⁰⁸. Najmä kvalitatívna analýza, na ktorú sa práca bude do určitej miery spoliehať vyžaduje výrazný vplyv výskumníka na proces výskumu, čo zvyšuje subjektivitu záverov. V rámci analýzy medzinárodných zmlúv je možné predpokadať na základe skúseností s podobným výskumom menšie problémy, a to najmä z dôvodu štandardizovanej štruktúry medzinárodných zmlúv. Inak povedané, investičné zmluvy sú si obsahovo podobné a preto uľahčujú proces kódovania (operacionalizácie) v rámci obsahovej analýzy. V rámci rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov je možné predpokladať väčšie problémy, vzhľadom na ich nekonzistentnú podobu, ktorá sťažuje proces kódovania a znižuje jeho objektivitu. Za určitých okolností sa tento problém dá adresovať prostredníctvom triangulácie kódovania, avšak tento výskumný projekt túto možnosť nemá.

¹⁰⁸ KRIPPENDORFF, K. Content analysis: An introduction to its methodology (2nd ed.). Thousand Oaks, CA: Sage, 2004, a NEUENDORF, K. A. The content analysis guidebook. Thousand Oaks, CA: Sage, 2002.

4. Súčasné trendy v oblasti negociácie medzinárodných investičných zmlúv

Táto časť práce je zameraná na konflikt medzi ochranou investícií a národnou suverenitou na úrovni medzinárodných investičných zmlúv. Na základe obsahovej analýzy 56 investičných zmlúv podpísaných v rokoch 2018-2019, a v rokoch 1997-2001 poukazuje na zmenu, ktorou režimy ochrany zahraničných investícií prešli v posledných dvadsiatich rokoch. Následne sa táto časť venuje najvýznamnejším krajinám a ekonomickým blokom, a ich aktuálnemu postoju k investičným zmluvám. Bližšia pozornosť bude venovaná USA, EU a Číne ako najväčším zahraničným investorom na svete, ktorých postoj ku konfliktu medzi ochranou zahraničných investícií a národnou suverenitou bude mať významný vplyv na budúci vývoj systému, a následne na postoj Indie, Argentíny a Brazílie ako významných aktérov z pomedzi rozvojových krajín, ktoré v režimoch ochrany investícií vystupujú najmä ako importéri kapitálu. Samostatne bude analyzovaný prípad Slovenskej republiky. V kontexte cieľov práce a výskumných otázok táto časť poskytne odpoveď na otázku 1 (O1).

4.1 Vzťah medzi ochranou zahraničných investícií a národnou suverenitou hostiteľského štátu v súčasných medzinárodných investičných režimoch

V tejto časti budú predstavené výsledky obsahovej analýzy investičných zmlúv podpísaných v rokoch 2018 – 2019 a 1997 - 2001, ktorá bola zameraná na identifikáciu častí, ktoré súvisia s konfliktom medzi ochranou zahraničných investícií a národnou suverenitou hostiteľského štátu. Investičné zmluvy boli kódované na základe teoretického rámca predstaveného v tejto práci. To znamená, že identifikované boli najvýznamnejšie ustanovenia, ktoré súvisia s konfliktom medzi ochranou investícií a národnou suverenitou a tieto ustanovenia boli zakódované v dvoch fázach. V prvej fáze bola jednoducho zaznamenaná ich prítomnosť/neprítomnosť v danej zmluve, a v druhej fáze boli zaznamenané relevantné detaily, ktoré majú vplyv na konflikt medzi ochranou investícií a národnou suverenitou. Ustanovenia, ktoré boli kódované sú nasledovné: 1) definícia investície, 2) štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania (FET), 3) ochrana pred/po zriadení investície 4) národné zaobchádzanie, 5) doložka najvyšších výhod, 6) vyvlastnenie 7) nekonformné opatrenia, 8) zákaz zavedenia požiadaviek na

investora, 9) prudenciálna výnimka, 10) bezpečnostná výnimka, 11) daňová výnimka, 12) všeobecné výnimky.

Vo vzťahu k definícii investície je možné pozorovať väčšiu detailnosť v prípade novej generácie investičných zmlúv a zároveň väčšiu diverzitu. Zmluvy z rokov 1997 – 2003 obsahujú takmer identické definície, ktoré investíciu charakterizujú pomocou otvoreného vymenovania foriem aktív, ktoré sú považované za investíciu. Investícia tak v týchto zmluvách zahŕňa (nie výlučne): 1) hmotné a nehmotné vlastníctvo vrátane práv, ako sú hypotéky, zálohy a ručenia, 2) spoločnosť alebo akcie či iné podiely na spoločnosti, 3) peňažné pohľadávky alebo nároky na plnenie, ktoré majú ekonomickú hodnotu a sú spojené s investíciami, 4) duševné vlastníctvo, 5) akékoľvek právo vyplývajúce zo zákona alebo zmluvy a akékoľvek oprávnenie a povolenie v súlade so zákonom. Výnimku v tomto smere predstavujú iba tri zmluvy, ktoré obsahujú obmedzenia definície investície, pričom za investíciu nepovažujú napríklad nároky na peňažné prostriedky pochádzajúce výlučne z komerčných zmlúv¹⁰⁹. Zmluvy uzavreté v posledných dvoch rokoch majú omnoho detailnejšie a reštriktívnejšie definície investície, ktoré zahŕňajú v mnohých prípadoch viac ako tri obmedzenia, ako napríklad vyňatie portfóliových investícií predstavujúcich menej ako desaťpercentný podiel z definície¹¹⁰. Vyskytujú však aj zmluvy so „starou“ definíciou. V priemere na jednu zmluvu vychádza 1,6 obmedzení definície. V princípe ide o rozdiel medzi na aktíva zameranou definíciou investície, typickou pre staršie zmluvy a definíciou zameranou na reálny prínos do ekonomiky objavujúcou sa v nových zmluvách. Dá sa teda konštatovať, že v oblasti definície investície moderné zmluvy chránia suverenity štátu viac, keďže z ochrany investícií explicitne vyčleňujú niektoré aktíva.

Vo vzťahu k zrejme najvýznamnejšiemu ustanoveniu ochrany investícií, FET, môžeme takisto vidieť rozdiel medzi „staršími“ zmluvami a zmluvami uzavretými v rokoch 2018 - 2019. Prvým rozdielom medzi starými a novými zmluvami je v tom, že v nových zmluvách ustanovenie FET chýba častejšie. Až 6 z 28 analyzovaných zmlúv z posledných rokov negarantuje explicitne štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania. Tento fakt mierne skresľuje celkový obraz, keďže 4 z týchto zmlúv boli podpísané Brazíliou, ktorá explicitne odmieta FET ako štandard ochrany investícií. Napriek tomu je tento fakt dôležitý, keďže Brazília a India (ktorá tiež podpísala

¹⁰⁹ Agreement Between The Government Of Canada And The Government Of The Republic Of Costa Rica For The Promotion And Protection Of Investments, 1998, art. 1(g).

¹¹⁰ Treaty Between The Republic Of Belarus And The Republic Of India On Investments, 2018

zmluvu bez FET) predstavujú významných importérov kapitálu. Absencia FET v zmluve limituje ochranu investícií, keďže investori nemôžu žalovať štáty na základe tohto ustanovenia, ktoré je súčasťou takmer každého sporu medzi investorom a štátom (viď kapitola 6). Čo sa týka zmlúv, kde sa ustanovenie FET nachádza, tak v prípade nových zmlúv môžeme hovoriť a vyššej miere špecifickosti. Nové zmluvy vo väčšine prípadov obsahujú nielen ustanovenie, ktoré nariaďuje štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania, ale aj spresnenie, že toto ustanovenie „nevyžaduje zaobchádzanie, ktoré presahuje minimálny štandard zaobchádzania podľa medzinárodného obyčajového práva.“¹¹¹ Z arbitrážnej praxe vyplýva, že takáto charakteristika chráni národnú suverenitu viac, ako vnímanie FET ako autonómneho štandardu, ktorý presahuje minimálny štandard zaobchádzania. Takto definovaný FET sa nachádza v 18 z 22 zmlúv z rokov 2018 – 2019, ktoré FET obsahujú (82 %).

V nových zmluvách je navyše ďalej špecifikované, že FET zhrňa ochranu pred „odopretím spravodlivosti v trestnoprávnom, občianskoprávnom alebo správnom konaní“ a „porušenie riadneho procesu“¹¹². Táto špecifikácia je prítomná opäť v 18 z 22 zmlúv, ktoré obsahujú FET. Staršie zmluvy obsahujú FET v 26 prípadoch z 28 (93 %), pričom žiadna zmluva neobsahuje nijakú špecifikáciu. Vzhľadom na charakter rozdielov vo FET v starších a nových zmluvách je možné konštatovať, že v teoretickej rovine poskytujú nové zmluvy vyššiu ochranu suverenity štátov a mierne obmedzujú ochranu investícií. Je však otázne do akej miery budú mať tieto zmeny vplyv na prax medzinárodnej investičnej arbitráže. V tomto kontexte je ešte dôležité poukázať na zmluvy, ktoré sa špecificky venujú konceptu legitímnych očakávaní investora vo vzťahu k FET. 7 nových zmlúv ďalej špecifikuje, že pri rozhodovaní, či došlo k porušeniu FET môže tribunál vziať do úvahy či boli vytvorené „legitímne očakávania investora,... a ktoré boli následne zmarené“¹¹³. Nové zmluvy uzatvorené Európskou Úniou však taktiež špecifikujú, že zmarenie legitímnych očakávaní samo osebe neznamena porušenie FET. Na to, aby došlo k porušeniu zmluvy by zmarenie legitímnych očakávaní muselo vychádzať z rovnakých udalostí alebo okolností, ktoré viedli k porušeniu FET cez odopretie spravodlivosti porušenie riadneho procesu, konanie v zlej

¹¹¹ Agreement Between Australia And The Oriental Republic Of Uruguay On The Promotion And Protection Of Investments, 2019

¹¹² Niektoré zmluvy ešte zahŕňajú aj „preukázateľne arbitrárne konanie“, a „konanie v zlej viere“, pozri napr. Investment Protection Agreement Between The European Union And Its Member States, Of The One Part, And The Republic Of Singapore, Of The Other Part, 2019, s. 4, od. 2.4(2).

¹¹³ Ibid, s. 4, od. 2.4(3).

viere, alebo arbitrárne konanie.¹¹⁴ Ako vyplynie z analýzy arbitrážnej praxe v nasledujúcej časti, práve tieto ustanovenia môžu mať kľúčový význam na konflikt medzi ochranou investícií a suverenitou v praktickej rovine.

Významnou charakteristikou investičných zmlúv vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou investícií a národnou suverenitou je to, či zmluva chráni investície pred ich zriadením (*pre-establishment*), alebo až po ich zriadení. V tomto smere naša analýza naznačuje kontinuitu v investičných zmluvách, kedy ako v prípade nových, tak aj v prípade starších zmlúv je poskytovaná ochrana pred zriadením investície v desiatich prípadoch. Zároveň treba poznamenať, že v dvoch nových zmluvách sa ochrana pred zriadením týka len doložky najvyšších výhod. To znamená, že zmluvy neposkytujú ochranu pred nerovnakým zaobchádzaním vo vzťahu k domácim investorom vo fáze pred zriadením investície (vo vzťahu k povoleniu a zriadeniu investície). V starších zmluvách je toto obmedzenie prítomné v štyroch prípadoch. Vo vzťahu k tomuto ustanoveniu teda nevidíme žiadny posun smerom k ochrane suverenity.

Čo sa týka ustanovení ohľadom národného zaobchádzania, tie naďalej patria ku kľúčovým položkách investičných zmlúv. Prítomné sú v 26 z 28 (93 %) nových zmlúv a 26 z 28 (93 %) starších zmlúv. Rozdiel medzi staršími a novými zmluvami v tomto kontexte opäť spočíva vo väčšej obsiahlosti nových zmlúv, ktoré v šiestich prípadoch špecifikujú, že pri porovnávaní zaobchádzania s domácimi investormi záleží (okrem iného) na tom, či „zaobchádzanie medzi investormi rozlišuje na základe legitímneho verejnoprospešného účelu.“¹¹⁵ Nové zmluvy zároveň častejšie obsahujú výnimky z národného zaobchádzania. V prípade nových zmlúv sú takéto výnimky prítomné v siedmich prípadoch, pričom v starších zmluvách iba v troch prípadoch. Tieto výnimky sa tradične týkajú špecifických sektorov a v zmluvách sa nachádzajú v podobe priamo vymenovaných sektorov, ktorých sa ochrana netýka¹¹⁶, alebo ustanovenia, ktoré spresňuje, že tieto sektory budú medzi stranami dohodnuté neskôr¹¹⁷.

Doložka najvyšších výhod je takisto takmer všadeprítomná. Nachádza sa v 26 z 28 nových zmlúv a v každej zo starších zmlúv. Aj v prípade doložky najvyšších výhod sú však mnohé nové

¹¹⁴ Ibid, s. 4

¹¹⁵ Pozri napr. Agreement Between The Argentine Republic And Japan For The Promotion And Protection Of Investment, 2018, s. 6, čl. 2(3)

¹¹⁶ Pozri napr. Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The Hashemite Kingdom Of Jordan Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, 1997.

¹¹⁷ Pozri napr. Agreement Between The Government Of The Hong Kong Special Administrative Region Of The People's Republic Of China And The Government Of The United Arab Emirates For The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 2019.

zmluvy detailnejšie ako staršie zmluvy. Týka sa to opäť najmä špecifikácie, že pri porovnávaní zaobchádzania s domácimi investormi záleží (okrem iného) na tom, či „zaobchádzanie medzi investormi rozlišuje na základe legitímneho verejnoprospešného účelu.“¹¹⁸ Staršie zmluvy neobsahujú žiadne výnimky, zatiaľ čo nové zmluvy obsahujú výnimky chrániace štátnu suverenitu v špecifických sektoroch v štyroch prípadoch.

Čo sa týka ustanovení ohľadom vyvlastnenia, tie sú prítomné ako v starších (100 %), tak aj v nových (100 %) zmluvách. Iba 7 z 28 nových zmlúv však obsahuje tradičné ustanovenie o vyvlastnení, aké vidíme vo všetkých starších zmluvách. Rozdiel spočíva napríklad v bližšej špecifikácii faktorov na posudzovanie, či opatrenie predstavuje vyvlastnenie. Medzi tieto faktory nové zmluvy zaraďujú: 1) ekonomický dopad a trvanie opatrenia, 2) miera do akej opatrenie obmedzuje možnosť využívania investície, 3) povaha opatrenia, alebo série opatrení, najmä jeho účel, kontext a zámer¹¹⁹. Toto spresnenie sa nachádza v 14 z 28 nových zmlúv. Z hľadiska teoretického rámca tejto práce je najvýznamnejšie ustanovenie, ktoré v nových zmluvách spresňuje, že „primerané nediskriminačné opatrenie prijaté na legitímny verejne prospešný účel... nepredstavuje nepriame vyvlastnenie.“¹²⁰ Toto spresnenie je prítomné v 16 z 28 nových zmlúv. Práve toto ustanovenie v teoretickej rovine poskytuje vyššiu ochranu národnej suverenity v porovnaní so staršími zmluvami s obmedzenou definíciou. Špecifickú kategóriu tvoria nové brazílske investičné zmluvy, ktoré sa explicitne obmedzujú na ochranu pred priamym vyvlastnením¹²¹, čím výrazne (opäť v teoretickej rovine) rozširujú priestor na vládnu reguláciu a tým aj štátnu suverenitu.

Nové zmluvy zároveň častejšie explicitne umožňujú štátom udržiavať, prípadne zavádzať nekonformné opatrenia. V nových zmluvách sa tieto ustanovenia nachádzajú v deviatich prípadoch, zatiaľ čo v starších zmluvách iba v jednom prípade. Je pravda, že vo vzťahu k tomu do akej miery tieto ustanovenia posilňujú národnú suverenitu existuje pomerne široké spektrum v závislosti na formulácii konkrétneho odseku zmluvy. Niektoré zmluvy jednoducho umožňujú štátom pokračovať existujúce opatrenia, ktoré sú v rozpore s ustanoveniami ohľadom ochrany

¹¹⁸ Pozri napr. USMCA, 2018, 14-5(4).

¹¹⁹ Pozri napt. Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam of the other part, 2019.

¹²⁰ Pozri napr. Agreement Between Australia And The Oriental Republic Of Uruguay On The Promotion And Protection Of Investments, 2019, s. 18, Annex B. 3(b).

¹²¹ Pozri napr. Cooperation And Investment Facilitation Agreement Between The Federative Republic Of Brazil And The Co-Operative Republic Of Guyana, 2018.

investorov v danej zmluve v konkrétnej oblasti, napríklad v daňovej sfére¹²². Nové zmluvy však v niektorých prípadoch túto ochranu rozširujú na viaceré sektory, prípadne na oparenia lokálnej samosprávy alebo na vládnu podporu a granty¹²³.

Naopak v oblasti požiadaviek (*performance requirements*) na investora je medzi novými a staršími zmluvami minimálny rozdiel. V nových zmluvách sú investori pred takýmito požiadavkami chránení v jedenástich prípadoch, zatiaľ čo v starších zmluvách v deviatich prípadoch. Nové zmluvy sú detailnejšie aj v tomto smere a definujú v priemere viac typov požiadaviek, ktoré sú zakázané. Príkladom sú napríklad požiadavky na dosiahnutie určitej miery domáceho obsahu, na export určitého percenta tovarov a služieb, na technologický transfer a iné¹²⁴. Čo sa týka rozsahu zákazu tohto typu požiadaviek, tak nové zmluvy majú zadaných v priemere 10,3 typov požiadaviek na investora, ktoré sú zakázané, pričom v prípade starších zmlúv je to tradične (aj v priemere) iba 5. Je teda možné konštatovať, že na rozdiel od ostatných ustanovení, v tejto oblasti nové zmluvy rozširujú ochranu zahraničných investícií a zároveň obmedzujú štátnu suverenitu viac ako staršie zmluvy.

V rámci konfliktu medzi národnou suverenitou a ochranou investícií patria ešte medzi významné ustanovenia rôzne výnimky, ktoré rozširujú sféru štátnej suverenity a priestor štátu na reguláciu svojho investičného prostredia. Špecifickými príkladmi takýchto výnimiek sú napríklad bezpečnostná výnimka, daňová výnimka alebo prudenciálna výnimka (strana 20). Bezpečnostná výnimka má tradične nasledovné znenie: „Nič v tejto dohode nevylučuje, aby každá zo zmluvných strán použila opatrenia na ochranu svojich základných bezpečnostných záujmov“¹²⁵. Prudenciálna výnimka má tradične nasledovné znenie: „Nič v tejto dohode nevylučuje, aby každá strana použila alebo zachovala primerané opatrenia z prudenciálnych dôvodov, ako napr....“¹²⁶. Daňová výnimka má tradične nasledovné znenie: „Nič v tejto dohode nebude platiť pre daňové opatrenia“¹²⁷. V niektorých prípadoch sa daňová výnimka neuplatňuje plošne, ale len vo vzťahu k vybraným ustanoveniam. V zmluve medzi Austráliou a Hongkongom napríklad neplatí pre ustanovenia

¹²² Pozri napr. Agreement Between The Government Of Canada And The Government Of The Republic Of Moldova For The Promotion And Protection Of Investments, 2018.

¹²³ Pozri napr. Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the Republics of Central America, 2018, 9-8 – 9-9(9.13).

¹²⁴ Pozri napr. USMCA, 2018, 14-9(14.10).

¹²⁵ Investment Agreement Between The Government Of Australia And Hong Kong, 2019, s. 15, čl. 19(1).

¹²⁶ Ibid., s. 16, čl. 21(1).

¹²⁷ Ibid. S. 12, čl. 13(2).

o vyvlastnení¹²⁸. Bezpečnostná výnimka sa nachádza v 21 z 28 nových zmlúv, zatiaľ čo iba v troch z 28 starších zmlúv. Prudenciálna výnimka sa nachádza v 15 z 28 nových zmlúv a v žiadnej z analyzovaných starších zmlúv. Daňová výnimka sa nachádza v 20 z 28 nových zmlúv a v 10 z 28 starších zmlúv. Tieto výsledky jasne ukazujú, že o vzťahu k výnimkám poskytujú nové zmluvy výrazne vyššiu ochranu národnej suverenity ako staršie zmluvy, čím zároveň obmedzujú ochranu investorov v relevantných oblastiach.

Nové zmluvy zároveň vo väčšine prípadov obsahujú všeobecné výnimky, ktoré stanovujú, že zmluvy nebránia hostiteľským štátom prijímať opatrenia „potrebné na: a) ochranu života a zdravia ľudí, zvierat a rastlín; b) zabezpečenie súladu právnych predpisov, ktoré nie sú v rozpore s ustanoveniami tejto zmluvy; alebo c) ochranu živých a neživých vyčerpatel'ných prírodných zdrojov“¹²⁹. 25 z 28 nových zmlúv toto (alebo podobné) ustanovenie obsahuje, pričom nie je prítomné v žiadnej z analyzovaných starších zmlúv. V teoretickej rovine teda aj v tomto smere nové zmluvy chránia národnú suverenitu viac ako staršie zmluvy, avšak treba zdôrazniť, že medzinárodné arbitrážne tribunály tento princíp konzistentne aplikovali ako princíp obyčajového medzinárodného práva aj v prípadoch iniciovaných na základe starších zmlúv, ktoré toto ustanovenie neobsahovali a preto je otázne do akej miery bude mať táto zmena v obsahu investičných zmlúv dopad na arbitrážnu prax. V deklaratívnej rovine a v rovine diskurzu o investičných zmluvách je možné hovoriť aj v tomto prípade o posune smerom k ochrane národnej suverenity.

Na záver ešte do konfliktu medzi národnou suverenitou a ochranou zahraničných investícií vstupujú niektoré ustanovenia ohľadom urovnávania sporov medzi investorom a štátom. Napriek tomu, že v tejto oblasti existujú veľké rozdiely medzi novými a staršími zmluvami, v kontexte teoretického rámca tejto práce sú rozdiely minimálne. To znamená, že rozdiely medzi zmluvami majú relatívne malý priamy vplyv na konflikt medzi ochranou investícií a národnou suverenitou hostiteľského štátu. V tomto smere majú potenciálne najväčší vplyv ustanovenia, ktoré obmedzujú prístup investorov k mechanizmu urovnávania sporov medzi investorom a štátom., Tieto ustanovenia sa nachádzajú v 16 z 24 nových zmlúv¹³⁰, pričom niektoré z nich majú výrazný vplyv na konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu.

¹²⁸ Pozri napr. Investment Agreement Between The Government Of Australia And Hong Kong, 2019.

¹²⁹ Formulácia sa v niektorých prípadoch mierne líši. Pozri napr. Agreement Between Japan And The Hashemite Kingdom Of Jordan For The Promotion And Protection Of Investment, 2018

¹³⁰ Mínuš brazílske zmluvy, ktoré neobsahujú ustanovenia o ISDS.

Najvýznamnejšie z hľadiska teoretického rámca tejto práce sú zmluvy podpísané Brazíliou, ktoré nedávajú zahraničným investorom možnosť obrátiť sa na medzinárodný investičný tribunál, čo znamená, že právna suverenita štátu je zachovaná v plnej miere na rozdiel od tradičného systému medzinárodnej investičnej arbitráže, kedy sa štát vzdáva výhradného posudzovania investičných sporov so zahraničnými investormi prostredníctvom ustanovení o urovnávaní sporov medzi investorom a štátom, ktoré zahraničným investorom umožňujú obrátiť sa na medzinárodný tribunál. Menší, avšak nie nezanedbateľný vplyv na konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu, majú ustanovenia, ktoré nastavujú časové obmedzenie na podanie žaloby za porušenie investičnej zmluvy (tradične tri roky)¹³¹. Ďalšou možnosťou je obmedzenie prístupu k ISDS na základe povinnosti vyčerpať lokálne možnosti (*exhaustion of local remedies*). Toto ustanovenie ukladá zahraničným investorom povinnosť obrátiť sa so sporom na vnútroštátne sudy pred tým, ako im je umožnené využiť mechanizmus urovnávania sporov medzi investorom a štátom na medzinárodnej úrovni. Toto ustanovenie sa však nachádza iba v jednej analyzovanej zmluve medzi Indiou a Bieloruskom.¹³²

Na základe výsledkov analýzy prezentovaných v tejto kapitole, môžeme konštatovať, že napriek obmedzeniam, ktorým výskum čelil v oblasti metodológie, je možné konštatovať s vysokou mierou authority, že nové zmluvy poskytujú vyššiu mieru ochrany suverenity ako staršie zmluvy, čím táto kapitola poskytuje odpoveď na otázku O1. Posilnenie národnej suverenity sa týka najmä oblasti štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania, ktorý je v nových zmluvách vymedzený užšie, oblasti vyvlastnenia, kde nové zmluvy vo väčšine prípadoch špecifikujú, že opatrenia vo verejnom záujme nepredstavujú nepriame vyvlastnenie a oblasti výnimiek priamo chrániacich štátnu suverenitu. Výnimky, ktoré rozširujú suverénny priestor na vládnu reguláciu investičného prostredia sú prítomné v ustanoveniach o národnom zaobchádzaní, ako aj v doložkách najvyšších výhod a zároveň sú prítomné aj ako samostatné ustanovenia chrániace suverenitu v konkrétnych oblastiach alebo všeobecne vo vzťahu ku konceptu regulácie za legitímnym verejnoprospešným účelom. Treba však podotknúť, že niektoré z týchto nových ustanovení nemusia mať nutne významný vplyv na prax medzinárodnej investičnej arbitráže, keďže ich interpretácia je vo veľkej miere v rukách medzinárodných investičných tribunálov. Na

¹³¹ Agreement Between Australia And The Oriental Republic Of Uruguay On The Promotion And Protection Of Investments, 2018, s. 12, čl. 14(10).

¹³² Treaty Between The Republic Of Belarus And The Republic Of India On Investments, 2018, s. 19, čl. 15(1).

opačnej strane spektra konfliktu medzi ochranou investícií a národnou suverenitou hostiteľského štátu môžeme vidieť, že napriek rozšíreniu ochrany štátnej suverenity hostiteľského štátu, aj ochrana zahraničných investícií bola v niektorých oblastiach posilnená, napríklad v prípade ustanovení ohľadom zákazu dodatočných požiadaviek na investora, ktorých rozsah je v nových zmluvách väčší. Závery tejto kapitoly sú v súlade s publikáciami UNCTAD a detailnejšie potvrdzujú pokrok reformy medzinárodných investičných zmlúv, ako bola prezentovaná v predchádzajúcej časti tejto práce.

4.2 Významní aktéri medzinárodných investičných režimov a ich postoj k skúmanej problematike

V tejto časti budú stručne priblížené postoje najväčších exportérov kapitálu, ako aktérov s kľúčovým vplyvom na vývoj investičných režimov a zároveň postoje rozvojových krajín reprezentujúcich opozíciu voči súčasným režimom ochrany zahraničných investícií. Z titulu objemu zahraničných investícií boli pre túto analýzu vybrané USA, EÚ a Čínska ľudová republika ako najvýznamnejší aktéri a Brazília, Argentína a India, ako rozvojové krajiny so špecifickou skúsenosťou s režimami ochrany zahraničných investícií. Zároveň bude pozornosť venovaná investičným zmluvám Slovenskej republiky ako príkladu malého štátu v investičných režimoch.

4.2.1 Čína a konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu na úrovni medzinárodných investičných zmlúv

Prístup Čínskej ľudovej republiky k investičnému právu a k ochrane zahraničných investícií sa vyvíjal na pozadí koloniálnej skúsenosti Číny a marxistickej ideológie, ktoré viedli nevyhnutne k vysokej miere skepsy voči liberálnym režimom ochrany zahraničných investícií. Tieto režimy boli považované za nástroje koloniálnej nadvlády a imperializmu¹³³. Za kľúčový medzník v prístupe ČĽR k investičnému právu je v literatúre označovaný rok 1998, kedy došlo k zmene prístupu od reštriktívneho modelu zameraného na reguláciu zahraničných investícií, k liberálnemu modelu zameranému vo väčšej miere na ochranu investorov¹³⁴. Staršie investičné zmluvy, ktoré Čína podpísala v deväťdesiatych rokoch boli unikátne, a to najmä v tom zmysle, že

¹³³ BERGER, A. The Politics of China's Investment Treaty-Making Program, 2011, s.7.

¹³⁴ CAI, C. Outward Foreign Direct Investment Protection and the Effectiveness of Chinese BIT Practice, 2006.

tradične neobsahovali ustanovenie o národnom zaobchádzaní, ktoré ako sme videli v predchádzajúcej kapitole, boli v tejto generácii investičných zmlúv štandardom. Druhou kľúčovou charakteristikou týchto investičných zmlúv bolo špecifické ustanovenie o urovnávaní sporov medzi investorom a štátom, ktoré obmedzuje prístup k medzinárodnej investičnej arbitráži na spory ohľadom výšky(!) kompenzácie za vyvlastnenie. Tieto dva znaky prvotných čínskych investičných zmlúv zaraďujú tieto zmluvy na stranu ochrany národnej suverenity hostiteľského štátu na spektre medzi ochranou investícií a ochranou suverenity.

Moderné investičné zmluvy podpísané ČĽR sa týchto špecifických charakteristík vzdávajú a výrazne sa približujú modernému štandardu. To sa týka aj konfliktu medzi ochranou investícií a národnou suverenitou. Z hľadiska vplyvu investičných zmlúv na ekonomiku ČĽR patria medzi najvýznamnejšie zmluvy podpísané v posledných rokoch s Južnou Kóreou (2008), Kanadou (2012) a Švajčiarskom (2009). Tieto zmluvy poukazujú na pomerne vysokú mieru flexibility zo strany Číny vo väčšine otázok, s výnimkou národného zaobchádzania, v ktorom si Čína v týchto zmluvách naďalej presadzuje špecifické ustanovenia. Zmluvy obsahujú všetky hlavné ustanovenia ochrany investícií (národné zaobchádzanie, doložka najvyšších výhod, štandard FET), pričom v rámci národného zaobchádzania ponechávajú Číne možnosť nezávisle rozhodovať o prijatí/neprijatí investície, čo sa tradične viaže napríklad ku screeningu investícií. Zaujímavé je, že toto ustanovenie je v každej z týchto zmlúv formulované ináč. V zmluve s Južnou Kóreou je špecifikované, že ustanovenie o národnom zaobchádzaní „sa netýka žiadneho nekonformného opatrenia platného na území Čínskej ľudovej republiky...“¹³⁵ V zmluve so Švajčiarskom sa podobná formulácia nachádza až v dodatkoch. Zmluva s Kanadou obsahuje neobvyklú špecifikáciu, ktoré ustanovuje, že „expansion“ investície je chránená v rámci národného zaobchádzania v súlade s existujúcimi sektorálnymi reguláciami, ktoré môžu klásť „požiadavky ohľadom informácií a špeciálne formality“ na zahraničných investorov.¹³⁶

V ostatných ustanoveniach sú zmluvy charakteristické pomerne vysokou mierou diverzity. Zmluva so Švajčiarskom nechráni investície pred zriadením, zatiaľ čo v prípade doložky najvyšších výhod zmluva s Južnou Kóreou a Kanadou takúto ochranu poskytujú. Rozdiely sa nachádzajú aj v oblasti výnimiek, ktoré poskytuje najmä zmluva s Kanadou, ktorá obsahuje

¹³⁵ Agreement Between The Government Of The People's Republic Of China And The Government Of The Republic Of Korea On The Promotion And Protection Of Investments, 2008, čl. 3(2).

¹³⁶ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2012, s. 6, čl. 6(3).

najväčšie množstvo výnimiek, a to vo vzťahu k opatreniam za cieľom ochrany života, zdravia, verejného poriadku a prírodných zdrojov a takisto špecifické výnimky v oblasti bezpečnosti, daní a prudenciálnych opatrení. Pomerne ojedinelým ustanovením je dodatočná výnimka týkajúca sa „kultúrnych odvetví“¹³⁷. Práve zmluva s Kanadou poskytuje najvyššiu mieru ochrany národnej suverenity prostredníctvom priestoru, ktorý vytvára pre reguláciu v spomínaných oblastiach.

Poslednou zmluvou, ktorú ČLR podpísala je zmluva s Tureckom v roku 2015, ktorej text nie je verejne dostupný v anglickom jazyku. Analýza v tejto kapitole preto neposkytuje ten najaktuálnejší pohľad na čínsku pozíciu ohľadom konfliktu medzi ochranou suverenity a ochranou zahraničných investícií. Napriek tomu je možné na jej základe uzavrieť, že od deväťdesiatych rokov sa postoj ČLR k tomuto konfliktu posunul výrazne smerom k ochrane investícií, a to najmä vo vzťahu k urovnávaniu sporov medzi investorom a štátom, ktoré bolo čínskou stranou prijaté ako platný nástroj urovnávania investičných sporov. Treba však zároveň dodať, že toto tvrdenie je dané najmä pôvodnou pozíciou Číny, ktorá bola na samom okraji spektra na strane ochrany národnej suverenity, a preto napriek posunu smerom k ochrane investícií, v porovnaní s moderným štandardom, ktorý vyplýva z analýzy v predchádzajúcej kapitole sa Čína stále nachádza skôr na strane ochrany suverenity, a to najmä vo vzťahu k režimu národného zaobchádzania, v rámci ktorého si Čína ponecháva vysokú mieru regulačnej autonómie. V ostatných otázkach však najnovšie čínske zmluvy poukazujú na flexibilitu čínskeho prístupu, kedy sa analyzované zmluvy výrazne líšia vo forme aj v obsahu. Zmluva s Kanadou napríklad do veľkej miery kopíruje kanadský model.

4.2.2 USA a konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu na úrovni medzinárodných investičných zmlúv

Prístup USA k investičným zmluvám bol dlhodobo charakteristický presadzovaním neoliberalného modelu zameraného na ochranu investícií a čo najvoľnejší pohyb kapitálu. USA boli pionierom investičného práva už v období pred sedemdesiatymi rokmi, kedy bol pohyb kapitálu relatívne obmedzený. Práve zmluvy USA o „priateľstve, obchode a navigácii“ predstavovali prvotné investičné zmluvy, ktoré chránili „majetok cudzincov“, čiže zahraničné

¹³⁷ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2012, s. 22-23.

investície. Prvú modelovú investičnú zmluvu, ktorá sa stala predlohou investičných zmlúv USA na vyše dvadsať rokov bola predstavená Reaganovou administratívou v roku 1982. Tento model predstavoval odklon od prístupu Carterovej administratívy, ktorý bol relatívne neutrálny voči zahraničným investíciám a znamenal jasný príklon k podpore medzinárodného pohybu a ochrany zahraničného kapitálu, a to najmä smerom do menej rozvinutých krajín¹³⁸. Inovatívnosť tohto modelu spočívala najmä v dôraze na národné zaobchádzanie, ktoré v tomto období ešte nebolo bežným ustanovením investičných zmlúv. Kľúčovým prvkom bol takisto dôraz na investičnú arbitráž nezávislým medzinárodným tribunálom, čo v tej dobe znamenalo odklon od doktríny *Calvo*, ktorú presadzovali napríklad krajiny v Latinskej Amerike a takisto na zákaz dodatočných požiadaviek, ako napríklad požiadavky na dosiahnutie určitej úrovne domáceho obsahu v produkte. Čo sa týka ostatných ustanovení relevantných pre konflikt medzi ochranou investícií a národnou suverenitou, tak výnimky obsahuje len v oblasti bezpečnosti, nepriame vyvlastnenie nie je špecifikované a FET tiež nie je nijak obmedzené ani špecifikované. Preto môžeme konštatovať, že tento model sa nachádza na strane ochrany investícií v rámci spektra medzi ochranou investícií a národnou suverenitou. Vplyvom USA ako dominantného aktéra vo vzťahu k medzinárodnému právu sa tento model stal na vyše dvadsať rokov v mnohých ohľadoch de facto modelom medzinárodným, ako sme videli z analýzy v predchádzajúcej kapitole.

V roku 2004 predstavili USA nový model bilaterálnej investičnej zmluvy. Tento model implementuje niektoré prvky kritiky investičných režimov a má pomerne blízko k modernému štandardu, ktorý bol popísaný v predchádzajúcej kapitole. Na spektre medzi ochranou investícií a ochranou suverenity hostiteľského štátu sa však tento model nachádza skôr na strane ochrany investícií v porovnaní s týmto štandardom. V tomto smere je kľúčové, že si model zachoval prvok ochrany investícií pred ich zriadením, čo zostáva charakteristickým prvkom investičných zmlúv USA. Na strane ochrany investícií ešte model obsahuje extenzívny zoznam požiadaviek, ktoré vlády nesmú klásť na investorov, vrátane ochrany pred prenosom technológií. Definícia investície nie je reštriktívna ako v prípade nových zmlúv a v tomto smere skôr pripomína zmluvy z deväťdesiatych rokov. Na strane ochrany suverenity však model obsahuje možnosť výnimiek z národného zaobchádzania a výnimky v oblasti bezpečnosti, ochrany života, daňových opatrení. Definícia FET je tiež špecifická a nepresahuje minimálny štandard zaobchádzania a z nepriameho

¹³⁸ RUTTENBERG, V., H. The United States Bilateral Investment Treaty Program: Variations On The Model, 1987, s. 3.

vyvlastnenia sú vyňaté legitímne opatrenia vo verejnom záujme. Dá sa preto konštatovať, že už v modeli z roku 2004 sa USA v určitej miere posunuli smerom k ochrane suverenity. Na základe tohto modelu boli zo strany USA podpísané dve bilaterálne zmluvy (S Uruguajom a Rwandou) a zároveň 9 investičných kapitol v rámci dohôd o voľnom obchode¹³⁹. Tieto zmluvy pokračujú v trende z predchádzajúceho obdobia, kedy USA podpisovalo zmluvy, ktoré sa relatívne striktne držali ich modelu¹⁴⁰.

V roku 2012 bol následne uverejnený nový model BIT zo strany USA. Vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou investícií a národnou suverenitou tento nový model predstavuje minimálnu odchýlku od modelu z roku 2004¹⁴¹. V podstate jedinou zmenou relevantnou pre náš teoretický rámec je nové obmedzenie požiadaviek, ktoré môže zmluvná strana klásť na investorov, ktoré zakazuje vládne požadovať využitie domácej technológie. V rámci režimu pod týmto modelom BIT nebola podpísaná žiadna bilaterálna investičná zmluva a iba dve multilaterálne dohody. TTP navyše nebolo USA ratifikované, takže nie je úplne možné povedať, že vyjadruje postoj USA k ustanoveniam o ochrane investícií. Najrelevantnejšou novou zmluvou je preto Dohoda medzi Spojenými štátmi, Mexikom a Kanadou (USMCA). Napriek tomu, že zmluva obsahuje všetky tradičné ustanovenia ochrany zahraničných investícií a chráni investície pred ich zriadením, v niektorých bodoch sa odchyľuje od modelovej zmluvy USA z roku 2012. V prvom rade obsahuje mierne reštriktívnejšiu definíciu investície¹⁴². Na rozdiel od amerického modelu tiež špecifikuje že pri porovnávaní zaobchádzania s domácimi investormi záleží (okrem iného) na tom, či „zaobchádzanie medzi investormi rozlišuje na základe legitímneho verejnoprospešného účelu.“¹⁴³ V rámci minimálneho štandardu zaobchádzania je špecifikované, že konanie štátu inkonzistentné s očakávaniami investora samo osebe nie je považované za jeho porušenie¹⁴⁴. Zaujímavou črtou zmluvy je tiež fakt, že urovnávanie sporov medzi investorom a štátom nie je možné vo vzťahu medzi americkou a kanadskou stranou. Na prvý pohľad sa môže zdať, že tento fakt výrazne oslabuje ochranu investícií, avšak dôvodom tohto ustanovenia je dlhoročná a konzistentná skúsenosť medzinárodnej investičnej arbitráže na úrovni vnútroštátnych súdov

¹³⁹ Ide o zmluvy s J. Kóreou, Panamou, Marokom, Bahrajnom, Kolumbiou, Peru, Ománom, Austráliou a stredoamerickými štátmi (pozri <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/223/united-states-of-america>)

¹⁴⁰ RUTTENBERG, V., H. The United States Bilateral Investment Treaty Program: Variations On The Model, 1987.

¹⁴¹ KANTOR, M. Little Has Changed in the New US Model Bilateral Investment Treaty, 2012.

¹⁴² Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, 2018, s. 14-2.

¹⁴³ Ibid., s. 14-4.

¹⁴⁴ Toto súvisí s konceptom legitímnych očakávaní, pozri kapitolu 6.

v prípade kanadských a amerických investorov. USMCA teda predstavuje zaujímavý prípad zmluvy, v ktorej sa USA mierne odchyľili od svojho modelu a v určitej (malej) miere obmedzili ochranu svojich investorov. Z hľadiska teórie vyjednávania sa dá tento fakt pripísať multilaterálnemu charakteru vyjednávania USMCA a celkovo silnému postaveniu Kanady ako významného aktéra investičných režimov.

Na záver ešte stojí za zmienku postoj USA ku konceptu legitímnych očakávaní. Ten síce nevyplýva z analýzy investičných zmlúv, ale je veľmi relevantný pre budúcnosť investičných zmlúv a mohol by ovplyvniť ich podobu v budúcnosti. V rámci nedávno skončenej arbitráže David Aven v. Costa Rica bolo USA prizvané vyjadriť sa ako tretia strana k svojej interpretácii minimálneho štandardu zaobchádzania v rámci zmluvy DR-CAFTA. USA potvrdili, že koncept legitímnych očakávaní „...nie je súčasťou rovnakého a spravodlivého zaobchádzania v rámci minimálneho štandardu zaobchádzania...“¹⁴⁵. Vzhľadom na závery prezentované v nasledujúcej kapitole predstavuje tento postoj zo strany USA príklon na stranu obmedzenia ochrany investícií a podporenie národnej suverenity v otázke rovnakého a spravodlivého zaobchádzania.

Celkovo je možné konštatovať, že postoj USA k investičným zmluvám prešiel podobným vývojom ako celkový režim ochrany zahraničných investícií v tom zmysle, že do nových zmlúv USA zakomponovali ustanovenia, ktoré adresujú niektoré prvky kritiky investičných zmlúv a zvyšujú mieru ochrany národnej suverenity v teoretickej rovine. Čo sa týka postoja USA v porovnaní s moderným štandardom, tak sa USA stále nachádza na strane ochrany investorov v rámci spektra medzi ochranou investícií a ochranou suverenity hostiteľského štátu. Týka sa to najmä širokej definície investície, zákazu požiadaviek na zahraničných investorov a ochrany investícií pred ich zriadením.

4.2.3 Európska únia a konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu na úrovni medzinárodných investičných zmlúv

Postoj Európskej únie k investičným režimom predstavuje významný indikátor toho, akým smerom sa medzinárodné režimy ochrany investícií uberajú a budú uberať v blízkej budúcnosti vzhľadom na ekonomickú silu tohto zoskupenia štátov. V prípade Európskej únie je vždy nutné brať do úvahy, že suverenita funguje na dvoch úrovniach: na úrovni členských štátov a na úrovni EÚ ako ekonomicko-politického celku. Pre substantívne investičné právo, a teda aj pre túto prácu

¹⁴⁵ David Aven v. Costa Rica, 2018, s. 19.

má vo vzťahu ku konfliktu medzi suverenitou hostiteľského štátu a ochranou zahraničných investícií väčší význam analýza postoja Európskej komisie, ktorá od roku 2009, kedy sa vstupom do platnosti Lisabonskej zmluvy presunuli priame zahraničné investície do oblasti exkluzívnej kompetencie EÚ, vyjednáva investičné zmluvy za EÚ ako celok¹⁴⁶. Pre úplnosť však v tejto časti najprv stručne zanalyzujeme situáciu vo vzťahoch medzi členskými štátmi EÚ, kde sa konflikt medzi ochranou investícií a národnou suverenitou odohráva najmä v procedurálnej rovine.

Medzi pôvodnými členskými štátmi Európskych spoločenstiev existovala implicitná zhoda ohľadom neuzatvárania klasických investičných zmlúv medzi členmi a tie ktoré boli uzatvorené neboli ratifikované. Výnimku tvorili iba zmluvy Nemecka s Portugalskom a Gréckom, ktoré však neobsahovali urovnávanie sporov medzi investorom a štátom na úrovni investičných tribunálov. Rozšírenie EÚ o krajiny východnej Európy však nastolilo otázku investičných zmlúv v rámci EÚ, keďže krajiny západnej Európy uzatvorili v deväťdesiatych rokoch zmluvy s väčšinou krajín bývalého Sovietskeho zväzu. Zatiaľ čo investičné tribunály platnosť týchto zmlúv tradične uznávali¹⁴⁷, Európska komisia ich tradične vidí ako nekompatibilné s Európskym právom, pričom dokonca v roku 2015 začala procesy ohľadom porušenia pravidiel proti piatim členským štátom s cieľom primäť štáty k terminovaniu ich investičných zmlúv v rámci EÚ. Za kľúčový moment v celom procese je považované rozhodnutie Súdneho dvora Európskej únie (SDEU) ohľadom *Achmea v. Slovenská republika*, v ktorom SDEU vyhlásil ustanovenia o medzinárodnej investičnej arbitráži investičných zmlúv medzi členskými štátmi za nekompatibilné s Európskym právom. Zatiaľ najaktuálnejším vývojom v otázke investičných zmlúv medzi členskými štátmi EÚ sú dva dokumenty z roku 2019. V januári sa najprv členské štáty zaviazali k terminovaniu investičných zmlúv v rámci EÚ v deklarácii k právnym dopadom rozhodnutia SDEU v prípade *Achmea*¹⁴⁸, a následne v októbri dosiahli dohodu ohľadom plurilaterálnej zmluvy o terminovaní bilaterálnych investičných zmlúv v rámci EÚ¹⁴⁹. Táto zmluva vstupom do platnosti okamžite terminuje existujúce bilaterálne investičné zmluvy v rámci EÚ, vrátane doložiek o ukončení platnosti. To

¹⁴⁶ Členským štátom zostáva právomoc vyjednávať vlastné zmluvy s tretími štátmi, s ktorými nie sú uzatvorené zmluvy na úrovni EÚ.

¹⁴⁷ Pozri napr. *Eastern Sugar v. Czech Republic*. 2007, SCC Case No. 088/2004.

¹⁴⁸ Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the *Achmea* judgment and on investment protection, dostupné na https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en

¹⁴⁹ Pozri https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/191024-bilateral-investment-treaties_en.pdf

bude mať výrazný dopad aj na prebiehajúce spory, v rámci ktorých zmluva nariaďuje priradenie mediátora a zmierovacie konanie.

Budúcnosť režimu ochrany zahraničných investícií v rámci EÚ bude teda bez tradičných bilaterálnych investičných zmlúv. Na jednej strane to môže viesť k posilneniu suverenity štátov v procedurálnej rovine v prípade, že budú investičné spory vedené v rámci právnych systémov jednotlivých štátov, čo zatiaľ vyzerá ako najschodnejšia cesta. Na druhej strane strácajú členské štáty definitívne schopnosť využívať tradičné bilaterálne investičné zmluvy s členskými štátmi, čím sa vzdávajú schopnosti zadefinovať svoje vlastné substantívne pravidlá v oblasti konfliktu medzi suverenitou a ochranou investícií vo vzťahoch s týmito štátmi. Vývoj v Európskej únii tak paradoxne zároveň posilňuje suverenitu členských štátov vo vzťahu k urovnávaniu sporov medzi investorom a štátom a zároveň suverenitu obmedzuje vo vzťahu k schopnosti ovplyvniť substantívne ustanovenia investičného práva riadiaceho ich vzťahy s kľúčovými partnermi. Postupom času je však možné aj to, že sa investičné spory presunú na celoeurópsku úroveň¹⁵⁰. Treba zdôrazniť, že čo sa týka práva v rámci EÚ, ochrana investícií momentálne nie je ošetrená prostredníctvom substantívnych ustanovení typických pre bilaterálne investičné zmluvy¹⁵¹. Investície sú chránené iba v rámci základných slobôd a princípu nediskriminácie. Ozývajú sa preto aj hlasy, ktoré volajú po regulácii ochrany investícií na úrovni EÚ¹⁵².

Pre túto prácu a pre vývoj režimov ochrany zahraničných investícií je však dôležitejší postoj EÚ ako celku, práve vzhľadom na to, že je to Európska komisia, ktorá má prednosť vo vyjednávaní investičných zmlúv s tretími štátmi, vrátane obchodných a investičných zmlúv s USA a Čínou, ktoré budú mať veľký dopad na režimy ochrany zahraničných investícií. Postoj Európskej komisie je vyjadrený v rámci investičných kapitol ekonomických zmlúv uzavretých Európskou úniou od roku 2009. Ide konkrétne o zmluvy s Kanadou (2016), Singapurom (2018) a Vietnamom (2019). V nasledujúcich riadkoch bude koncept suverenity používaný v súvislosti s Európskou úniou ako nositeľom suverenity svojich členov v oblasti priamych zahraničných investícií podľa Lisabonskej zmluvy.

¹⁵⁰ Európska komisia sa netají ambíciou vytvoriť stály súd na urovnávanie sporov medzi investorom a štátom.

¹⁵¹ Právo EÚ obsahuje niekoľko výnimiek vo vzťahu k voľnému pohybu kapitálu, ktoré sa týkajú daňových a prudenciálnych opatrení, a opatrenia v oblasti verejnej politiky a verejnej bezpečnosti, ktoré boli napríklad použita na Cypre počas ekonomickej krízy.

¹⁵² LAVRANOS, N. After Achmea: The Need for an EU Investment Protection Regulation, Kluwer Arbitration Blog, 2018.

Hlavný rozdiel v analyzovaných zmluvách spočíva v tom, že zmluva s Kanadou poskytuje ochranu investícií pred ich zriadením, zatiaľ čo zmluvy so Singapurom a Vietnamom chránia investície až po ich zriadení. Tento rozdiel poukazuje na určitú mieru flexibility Európskej únie, ktorej členské štáty uzatvárajú skôr zmluvy, ktoré chránia investície až po ich zriadení. Zároveň to naznačuje, že by EÚ mohla byť ochotná aj v rámci TTIP zaviesť ochranu investícií pred zriadením. Ochrana pred zriadením samozrejme obmedzuje suverenitu vo väčšej miere.

Čo sa týka definície investícií, zmluvy Európskej únie obsahujú širokú definíciu, ktorá sa vo svojej podstate viac podobá na štandard starších zmlúv. Zmluvy obsahujú iba jedno obmedzenie definície investície. Vo vzťahu k FET štandardu sú zmluvy pomerne konzistentné. Všetky poskytujú špecifikácie ohľadom toho, aké konanie zo strany štátu predstavuje jeho porušenie. Všetky tri zmluvy zároveň počítajú s konzultáciami, v rámci ktorých má dôjsť k dohode, či aj konanie iné ako vymenované v zmluve v súčasnej podobe môže predstavovať porušenie FET. Vo vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní, ktoré patria ku kľúčovým konceptom medzinárodnej investičnej arbitráže, ako ukážeme v nasledujúcej kapitole, zmluvy iba konštatujú, že legitímne očakávania môžu zohrať úlohu pri rozhodovaní tribunálu. V rámci zaobchádzania s investíciami je veľmi zaujímavou položkou netradičná zastrešujúca klauzula v zmluvách so Singapurom a Vietnamom. Zatiaľ čo CETA zastrešujúcu klauzulu neobsahuje v súlade s moderným štandardom¹⁵³, zmluvy so Singapurom a Vietnamom majú doložky, ktoré za špecifických podmienok zakazujú štátom porušiť akékoľvek písomné dohody s investorom¹⁵⁴.

Vo vzťahu k národnému zaobchádzaniu a doložke najvyšších výhod sú zmluvy v súlade s moderným štandardom a obsahujú pomerne vysoký počet výnimiek v podobe sektorov, ktoré sú z týchto ustanovení vyňaté¹⁵⁵. Tieto výnimky sú navyše v mnohých prípadoch špecifické pre jednotlivé členské krajiny EÚ. Slovenskej republiky sa napríklad v rámci CETA netýka doložka najvyšších výhod v oblasti nákupu pôdy. Posledný významný rozdiel medzi zmluvami je prítomný v oblasti požiadaviek na plnenie a ustanovení o prístupe na trh, ktoré sú obsiahle v rámci CETA¹⁵⁶ a úplne absentujú v prípade zmlúv so Singapurom a Vietnamom. V tomto bode je suverenita

¹⁵³ Pozri napr. UNCTAD. World Investment Report 2019, s. 107.

¹⁵⁴ Tieto ustanovenia nemajú tradičnú podobu zastrešujúcej klauzuly, a ani UNCTAD ich neklasifikuje ako zastrešujúce klauzuly, avšak podľa nášho názoru je možné ich právny efekt porovnávať s tradičnými zastrešujúcimi klauzulami.

¹⁵⁵ Napr. kultúrne odvetvia pre Kanadu a audiovizuálne odvetvia pre EÚ v prípade CETA. Pozri komplexná hospodárska a obchodná dohoda (ceta), s. 42, čl. 8.2(3).

¹⁵⁶

chránená oveľa viac v rámci zmlúv so Singapurom a Vietnamom. Výnimky ohľadom ochrany života, verejného poriadku, bezpečnosti daňových a prudenciálnych opatrení obsahujú všetky zmluvy.

Na základe tejto analýzy je možné dospieť k záveru, že v rámci Európskej únie je režim ochrany zahraničných investícií nastavený spôsobom, ktorý vo vzťahu k tvorbe a vyjednávaní investičných zmlúv a formulácii ustanovení týchto zmlúv nepočíta s vysokou mierou suverenity jednotlivých štátov. Na procedurálnej úrovni, teda vo vzťahu k procesu urovnávania sporov medzi investorom a štátom je však v súvislosti s terminovaním investičných zmlúv v rámci EÚ suverenita štátov posilnená vzhľadom na to, že pri absencii tradičných bilaterálnych investičných zmlúv sa investičné spory zrejme presunú na vnútroštátnu úroveň.

Z hľadiska globálnych režimov ochrany investícií má význam najmä pozícia EÚ vo vzťahu k tretím krajinám. V tejto oblasti je prístup EÚ pomerne flexibilný, aj keď malá vzorka podpísaných zmlúv znemožňuje ďalekosiahle závery. Napriek tomu sa však dá konštatovať, že CETA podpísaná v roku 2016 sa vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou investícií a suverenitou pomerne výrazne líši od zmlúv podpísaných v rokoch 2018 a 2019, pričom práve novšie zmluvy sú ešte viac zamerané na ochranu suverenity. Tento fakt má minimálne dve alternatívne vysvetlenia. Po prvé je možné, že sa v tomto období postoj Európskej komisie k tomuto konfliktu vyvíjal, keďže práve novšie zmluvy chránia suverenitu viac. Po druhé je možné, že vzhľadom na ekonomickú silu a politický vplyv Kanady bola EÚ nútená k výraznejším kompromisom pri vyjednávaní s Kanadou. To by nasvedčovalo tomu, že práve zmluvy so Singapurom a Vietnamom sa najviac blížila k postoju EÚ ku konfliktu medzi ochranou suverenity a ochranou investícií. Tieto zmluvy poskytujú objektívne vysokú mieru ochrany suverenity.

4.2.4 Rozvojové krajiny a konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu na úrovni medzinárodných investičných zmlúv – prípad Brazílie, Indie a Argentíny

V tejto časti bude pozornosť venovaná postojom vybraných rozvojových krajín vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou zahraničných investícií a národnou suverenitou. Krajiny na analýzu boli vybrané na základe dvoch kritérií: 1) ekonomická sila, ktorá zároveň súvisí s vplyvom pozície týchto aktérov na podobu režimov ochrany zahraničných investícií a 2) špecifické skúsenosti

krajiny s režimami ochrany zahraničných investícií. Na základe týchto kritérií boli na analýzu vybrané Brazília, India a Argentína.

Postoj Indie k režimom ochrany zahraničných investícií sa podobne ako v prípade mnohých rozvojových krajín vyvíjal najmä v kontexte rastúceho počtu prípadov medzinárodných investičných arbitráží iniciovaných proti nej. Historicky patrí India k aktívnym aktérom na poli uzatvárania investičných zmlúv, keďže k dnešnému dňu celkovo uzatvorila 86 bilaterálnych investičných zmlúv a zároveň 14 ďalších zmlúv s investičnými ustanoveniami. Z týchto väčšinou multilaterálnych zmlúv stojí za zmienku najmä zmluva India s ASEANom z roku 2014¹⁵⁷. Zmena postoja India k režimom ochrany zahraničných investícií je pripisovaná najmä rozhodnutiu tribunálu v prípade *White Industries v. India*¹⁵⁸ v ktorom bol zahraničný investor schopný na základe doložky najvyšších výhod v rámci bilaterálnej investičnej zmluvy medzi Indiou a Austráliou využiť štandard „efektívnych prostriedkov vynucovania práv“, ktorý táto zmluva síce neobsahovala, ale ktorý sa nachádzal v zmluve medzi Indiou a Kuvajtom¹⁵⁹. Toto ustanovenie pripisuje vláde povinnosť „poskytnúť efektívne prostriedky na presadenie nárokov a vymáhanie práv vo vzťahu k investíciám,...“¹⁶⁰. Tribunál rozhodol, že prieskany vo vymáhaní rozsudku komerčnej arbitráže s investorom boli v rozpore s týmto ustanovením.

V relatívne krátkom období bolo následne proti Indii iniciované pomerne veľké množstvo prípadov urovnávania sporov medzi investorom a štátom, čo primälo indickú vládu k oficiálnej zmene svojej politiky v oblasti ochrany zahraničných investícií. Do dnešného dňa bolo proti Indii začatých 24 konaní medzinárodnej investičnej arbitráže, pričom tradične sú tieto konania iniciované investormi inkorporovanými v krajinách EU, ako napríklad Holandsko, Spojené kráľovstvo alebo Francúzsko. V roku 2016 preto India predstavila svoj nový model investičnej zmluvy a následne oficiálne vyhlásila úmysel renegociovať svoje existujúce investičné zmluvy na základe tohto modelu. Pôvodné investičné zmluvy Indie majú veľmi blízko k štandardným investičným zmluvám z tohto obdobia. Najdôležitejšie zmluvy s Holandskom¹⁶¹, Francúzskom¹⁶²

¹⁵⁷ ASEAN - India Investment Agreement, 2014.

¹⁵⁸ RANJAN P. – SINGH, H. – VARDHANA J. - SINGH, R. India's Model Bilateral Investment Treaty: Is India Too Risk Averse, 2018.

¹⁵⁹ White Industries Australia Limited v. Republic of India. UNCITRAL, Final Award, 2011.

¹⁶⁰ Idib, od. 11.2.2. – 11.2.8.

¹⁶¹ Agreement between the Republic of India and the Kingdom of the Netherlands for the promotion and protection of investments, 1995.

¹⁶² Agreement between the Government of France and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, 1997.

a Spojeným kráľovstvom¹⁶³ verne kopírujú európsky model v období 90-tych rokov. Zmluvy síce chránia investície až po ich zriadení, avšak túto ochranu takmer vôbec neobmedzujú výnimkami a detailnými definíciami. Definícia investície je stručná a neobsahuje spresnenia, riadne a spravodlivé zaobchádzanie bližšie definované nie je. Zmluvy obsahujú ako doložku najvyšších výhod, tak aj národné zaobchádzanie. Niektoré zmluvy obsahujú aj zastrešujúcu klauzulu¹⁶⁴. Nepriame vyvlastnenie nie je spresnené a zmluvy neobsahujú výnimky z rozsahu pôsobnosti.

Nový model investičnej zmluvy predstavený v roku 2016 predstavuje výrazný posun smerom k ochrane národnej suverenity. Indická modelová zmluva je unikátna najmä v dvoch ohľadoch. Po prvé, v modeli absentuje doložka najvyšších výhod, čo sa dá primárne pripísať už spomínanému prípadu *White Industries v. India*. Po druhé absentuje ustanovenie štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania, ktorý je nahradený definíciou konaní, ktoré sú stranám zakázané v rámci obyčajového práva, ako napríklad odoprenie spravodlivosti¹⁶⁵. Obe tieto ustanovenia výrazne obmedzujú ochranu zahraničných investorov a zvyšujú rozsah národnej suverenity v oblasti regulácie investičného prostredia.

Modelová zmluva ďalej explicitne obmedzuje ochranu investícií na obdobie po ich ustanovení. Definícia investície je detailná a obsahuje pomerne netradičný element, kedy investícia musí „mať význam pre rozvoj zmluvnej strany, na ktorej území je investícia spravená“¹⁶⁶, čo môže mať v niektorých prípadoch vplyv na úrovni medzinárodnej investičnej arbitráže¹⁶⁷. Modelová zmluva obsahuje zároveň výnimky, ktoré z pôsobnosti zmluvy vynímajú napríklad opatrenia lokálnych autorít, alebo vládne subvencie¹⁶⁸. Nepriame vyvlastnenie je zadefinované v súlade s moderným štandardom. Špecifické ustanovenie predstavuje aj článok 23.1, ktorý definuje, že „táto zmluva bude interpretovaná v kontexte vysokej miery ohľadu, ktorý medzinárodné právo berie na štáty vo vzťahu k ich rozvoju a implementácii domácich politík“.¹⁶⁹ Toto ustanovenie je treba vidieť v kontexte toho, že v rámci medzinárodných investičných arbitráží sa investori snažia presadiť interpretáciu investičných zmlúv v kontexte ich účelu, ktorým

¹⁶³ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, 1994.

¹⁶⁴ Agreement between the Republic of India and the Kingdom of the Netherlands for the promotion and protection of investments, 1995, čl.4 (5).

¹⁶⁵ Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, 2016, čl. 3(1).

¹⁶⁶ Idib, čl. 1(4).

¹⁶⁷ Pozri napr. *LESI SpA et Astaldi SpA v. Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3.

¹⁶⁸ Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, 2016, čl. 2(4).

¹⁶⁹ Ibid, čl. 23(1).

je ochrana investícií (pozri kap. 6.3). Modelová zmluva však má význam len do tej miery, do akej je krajina schopná presadiť jej ustanovenia vo vyjednávaní investičných zmlúv. Preto je nutné sa pozrieť na to, ako vyzerajú zmluvy, ktoré India na základe tohto modelu uzavrela.

Na základe tohto modelu boli k dnešnému dňu uzavreté zmluvy s dvoma krajinami: Bieloruskom a Brazíliou. Zmluva s Brazíliou má vo vzťahu k základným princípom veľkú mieru podobnosti s indickou modelovou zmluvou, a to najmä s ohľadom na ochranu národnej suverenity. Od indického modelu sa líši iba v niektorých detailoch. Definícia investície neobsahuje formuláciu z indického modelu ohľadom „významu pre rozvoj“. Ustanovenie o vyvlastnení je obmedzené na priame vyvlastnenie, pričom indický model chráni aj pred nepriamym vyvlastnením. Možno najvýznamnejšou je však absencia urovnávania sporov medzi investorom a štátom na medzinárodnej úrovni, ktorá je taktiež prítomná v indickom modeli. Táto zmluva naznačuje, že India je ochotná sa od svojho modelu odchýliť v prípade, že odchýlky smerujú k vyššej ochrane národnej suverenity. Zmluva s Bieloruskom kopíruje indickú modelovú zmluvu takmer doslova. Vzhľadom na to, že kľúčovými investičnými partnermi Indie sú vyspelé krajiny EÚ, USA a Čína však treba poznamenať, že napriek tomu, že modelová zmluva Indie jasne deklaruje postoj Indie k vzťahu medzi národnou suverenitou a ochranou investícií, do akej miery sa tento postoj prejaví v praxi bude otázkou vyjednávania prípadných nových zmlúv práve s týmito krajinami.

Ešte viac, ako v prípade Indie bol postoj Argentíny k medzinárodným režimom ochrany zahraničných investícií formovaný v súvislosti s prípadmi medzinárodnej investičnej arbitráže, ktorým bola Argentína vystavená. Takzvané „argentínske prípady“ medzinárodnej investičnej arbitráže predstavujú dodnes zrejme najanalyzovanejšiu skupinu prípadov, a preto v tejto časti iba stručne zhrniem relevantné okolnosti a dôsledky¹⁷⁰. V reakcii na ekonomickú krízu z roku 2001 pristúpila argentínska vláda k sérii opatrení, ktoré mali výrazný dopad na zahraničných investorov a ich schopnosť generovať zisk. Najvýznamnejším z týchto opatrení bolo odpútanie argentínskeho pesa od dolára v januári 2002, čo viedlo k jeho znehodnoteniu, avšak s ohľadom na neschopnosť obyvateľstva dovoliť si základné verejné služby boli tarify za tieto v mnohých prípadoch sprivatizované služby direktívne nastavené podľa pôvodného konvertibilného programu (jeden dolár za jedno peso). V dôsledku tohto opatrenia bolo proti Argentíne iniciované bezprecedentné

¹⁷⁰ Pre analýzu tzv. „argentínskych prípadov“, pozri napr. LAVOPA, F. Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System: The Case of Argentina, alebo BROCKOVÁ, K. Conflicting Decisions in International Investment Arbitration.

množstvo prípadov medzinárodnej investičnej arbitráže. Krízové opatrenia argentínskej vlády dodnes viedli k viac ako štyridsať prípadom urovnávania sporov medzi investorom a štátom, pričom medzi najvýznamnejšie patria napríklad *CMS v. Argentina*, *Enron v. Argentina*, *LG&E v. Argentina*. Napriek tomu, že sa jej v posledných rokoch začína približovať Španielsko patrí dodnes prvenstvo v celkovom počte ISDS prípadov Argentíny (61).

Skúsenosť Argentíny s medzinárodnými investičnými arbitrážami viedla pochopiteľne k prehodnoteniu prístupu v oblasti vyjednávania investičných zmlúv. Investičné zmluvy na základe ktorých boli iniciované prípady v súvislosti s krízovými opatreniami patrili k staršej generácii zmlúv, ktoré neposkytovali takmer žiadnu explicitnú ochranu národnej suverenity a zároveň obsahovali tie najširšie ochrany investícií. Najviac prípadov proti Argentíne bolo iniciovaných na základe tradičnej zmluvy s USA¹⁷¹. Medzi ďalšie zmluvy, ktoré sa v argentínskych prípadoch často objavujú patria zmluvy s Francúzskom, Španielskom a v menšom množstve s inými európskymi krajinami. Americkým modelom z roku 1982, s ktorým je argentínska zmluva takmer identická sme sa už zaoberali v predchádzajúcom texte, takže na tomto mieste iba pripomenieme, že ide o model zameraný na ochranu investícií, ktorý poskytuje ochranu suverenity iba v oblasti národnej bezpečnosti a v oblasti špecifických výnimiek z národného zaobchádzania.

Ako sa zmenil postoj Argentíny k investičným zmluvám je možné dedukovať na základe nedávno podpísaných zmlúv. Po roku 2001 sa Argentína z vyššie spomenutých dôvodov na pätnásť rokov odmlčala čo sa týka podpisovania nových investičných zmlúv. V období novej generácie investičných zmlúv podpísala Argentína tri zmluvy: s Katarom (2016), Spojenými arabskými emirátmi (2018) a Japonskom (2018). Zatiaľ čo tieto zmluvy predstavujú menej radikálny posun smerom k ochrane národnej suverenity ako modelové zmluvy Indie a Brazílie (viď ďalej), viac menej korešpondujú s moderným štandardom a adresujú najmä oblasti relevantné pre Argentínu na základe jej skúsenosti s prípadmi urovnávania sporov medzi investorom a štátom.

Čo sa týka definície investície je Argentína relatívne flexibilná. Zmluvy s Katarom a Japonskom obsahujú širokú definíciu investície bez obmedzení, zatiaľ čo definícia v zmluve so Spojenými arabskými emirátmi je užšia z toho pohľadu, že z definície investície vymedzuje okrem

¹⁷¹ Treaty Between United States Of America And The Argentine Republic Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection Of Investment, 1991.

iného aj koncesie na ťažbu nerastných surovín¹⁷². Podobnú flexibilitu môžeme pozorovať aj v prípade ustanovení ohľadom vyvlastnenia, kde zmluva s Katarom obsahuje „starú“ verziu ustanovení ohľadom vyvlastnenia a zmluvy s Japonskom a Spojenými arabskými emirátmi už obsahujú detailne ustanovenia, ktoré definujú spôsob posudzovania či došlo k nepriamemu vyvlastneniu a špecifikáciu, že „legitímne opatrenia vo verejnom záujme nepredstavujú nepriame vyvlastnenie“¹⁷³. Relatívne konzistentný je prístup Argentíny vo vzťahu k štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania, ktoré vo všetkých troch zmluvách obmedzuje na zaobchádzanie v súlade s minimálnym medzinárodným štandardom zaobchádzania. Rozdielna je však formulácia v zmluve s Japonskom, ktorá stanovuje, že zmarenie legitímnych očakávaní investora samo osebe neznamená porušenie štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania. V zmluve so Spojenými arabskými emirátmi sa zase nachádza ustanovenie, ktoré tvrdí, že nediskriminačné a nearbitrárne opatrenia vo verejnom záujme neporušujú minimálny štandard zaobchádzania.

Ochrana investícií je v nových zmluvách obmedzená na obdobie po ustanovení investície, na rozdiel napríklad od zmluvy s USA z roku 1991. V nových zmluvách sa zároveň nachádzajú nové výnimky, v oblasti daňových opatrení, ktoré sú z pôsobnosti zmlúv vyňaté, v oblasti prudenciálnych opatrení a v oblasti legitímnych regulačných opatrení vo verejnom záujme. Pre Argentínu je z historického hľadiska významná aj eliminácia zastrešujúcej klauzuly, ktorá sa v nových zmluvách už nenachádza¹⁷⁴.

Brazília predstavuje v mnohých ohľadoch špecifický prípad vo vzťahu k investičným zmluvám, avšak vzhľadom na jej ekonomickú silu, najmä v rámci Latinskej Ameriky ide o významného aktéra, ktorý má vplyv na globálny systém ochrany zahraničných investícií. Historicky sa Brazília, podobne ako ostatné latinskoamerické krajiny, radí medzi najskeptickejšie štáty voči medzinárodným režimom ochrany zahraničných investícií. Skeptický postoj Brazílie k podpore zahraničných investícií sa čiastočne zmenil až po ukončení vlády vojenskej junty v osemdesiatych rokoch. Pod prezidentom Collor de Mellom Brazília vstúpila do MIGA a začala s politikou podpory prílevu zahraničných investícií. Brazília následne v deväťdesiatych rokoch vyjedнала 14 investičných zmlúv, prevažne s európskymi krajinami. Ani jedna z týchto zmlúv však

¹⁷² Agreement For The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments Between The Argentine Republic And The United Arab Emirates, čl. 1(e).

¹⁷³ Agreement For The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments Between The Argentine Republic And The United Arab Emirates, čl. 6 (3,8)

¹⁷⁴ Pozri napr. Agreement Between The Argentine Republic And Japan For The Promotion And Protection Of Investment, 2018.

nikdy nebola ratifikovaná, čo dodnes predstavuje rébus pre analytikov, najmä vzhľadom na brazílsky politický systém s mimoriadne silnou exekutívou, ktorá vyjednávania týchto zmlúv iniciovala¹⁷⁵. Brazília takisto nikdy nepodpísala zmluvu ICSID. Podobne ako v prípade investičných zmlúv bolo hlavným argumentom, že urovnávanie sporov medzi investorom a štátom na medzinárodnej úrovni je protiústavné.

Napriek tomu, že absencia investičných zmlúv nemala v prípade Brazílie výrazný negatívny dopad na objem zahraničných investícií došlo v roku 2013 k zmene politiky vo vzťahu k investičným zmluvám, čo vyústilo do predstavenie modelovej bilaterálnej investičnej zmluvy Brazílie v roku 2015 (*Cooperation and Facilitation Investment Agreement – CFIA*). Táto modelová zmluva predstavuje podľa väčšiny kritérií najradikálnejší príklon k ochrane suverenity na úrovni medzinárodných investičných zmlúv. Najvýznamnejším faktom je úplná absencia urovnávania sporov medzi investorom a štátom, avšak aj ostatné elementy tejto modelovej zmluvy predstavuje výrazný odklon nielen od štandardu z deväťdesiatych rokov, ale zároveň aj posun od nového štandardu ešte výraznejšie smerom k ochrane národnej suverenity hostiteľského štátu. Urovnávanie sporov medzi investorom a štátom je nahradené zmierovacím konaním prostredníctvom novej inštitúcie ombudsmana a v prípade neúspechu tohto procesu arbitrážou medzi štátmi. Podobne ako tradičná medzinárodná investičná arbitráž absentuje aj štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania a ustanovenie o vyvlastnení sa týka iba priameho vyvlastnenia. Zmluva poskytuje investíciám ochranu až po ich ustanovení a investícia definície patrí k najužším (s najviac obmedzeniami).

V praxi predstavuje významnú otázku do akej miery je v týchto princípoch Brazília flexibilná. Túto otázku je možné zodpovedať na základe analýzy investičných zmlúv podpísaných v období od predstavenia modelovej zmluvy CFIA. Od roku 2015 podpísala Brazília 13 CFIA prevažne s regionálnymi partnermi a rozvojovými krajinami. Tieto zmluvy vo veľkej miere korešpondujú s modelom CFIA, čo je očakávaný záver vzhľadom na významné postavenie Brazílie v svetovej ekonomike relatívne voči partnerom s ktorými tieto zmluvy vyjedнала. Napriek tomu je v zmluvách možné pozorovať určitú variáciu. Rozdiely medzi zmluvami a modelovou

¹⁷⁵ LEMOS, L. – CAMPELLO, D. The Non-Ratification of Bilateral Investment Treaties in Brazil: A Story of Conflict in a Land of Cooperation. 2013.

zmluvou CFIA sa nachádza napríklad v oblasti definície investície¹⁷⁶. Malé rozdiely je možné pozorovať aj na úrovni urovnávania sporov medzi investorom a štátom¹⁷⁷. Tieto málo významné rozdiely je možné pripísať snahe o prispôsobenie jednotlivých zmlúv špecifickej situácii konkrétnych krajín. Vplyv CFIA ako modelu investičnej zmluvy je však nespochybniteľný, čoho dôkazom je pozitívne prijatie na medzinárodnej úrovni, ako aj fakt, že CFIA bol použitý ako vzor pre Protokol o spolupráci a podpore investícií v rámci MERCOSUR podpísaný v roku 2017.

Na základe analýzy v predchádzajúcich riadkoch je možné konštatovať, že postoj analyzovaných rozvojových krajín ku konfliktu medzi ochranou zahraničných investícií a ochranou národnej suverenity na úrovni investičných zmlúv zdôrazňuje ochranu národnej suverenity, a to v ešte väčšej miere ako v prípade kľúčových exportérov kapitálu, ktorých postoje boli analyzované v predchádzajúcej časti. Týka sa to najmä Brazílie a Indie, ktorých modelové zmluvy predstavujú výrazný posun, aj v porovnaní s modernými zmluvami, ako napríklad CETA. Postoj Argentíny je viac v línii s moderným štandardom, ktorý však tiež kladie väčší dôraz na národnú suverenitu ako tomu bolo v minulosti. Napriek významu a potenciálu analyzovaných rozvojových krajín je otázne do akej miery budú mať ich postoje vplyv na globálnej úrovni, minimálne však predstavujú alternatívne prístupy s konceptami ako napríklad absencia FET alebo dokonca alternatívne mechanizmy urovnávania sporov medzi investormi a štátom.

4.2.5 Slovenská republika a konflikt medzi ochranou zahraničných investícií a suverenitou hostiteľského štátu na úrovni medzinárodných investičných zmlúv

V tejto časti bude prezentovaný vývoj obsahu investičných zmlúv vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou zahraničných investícií a národnou suverenitou hostiteľského štátu v Slovenskej republike. Vo svojej krátkej histórii patrí Slovensko medzi aktívne krajiny, čo sa týka podpisovania investičných zmlúv. Aktuálny stav ochrany investícií vo vzťahu k mnohým kľúčovým štátom bol však determinovaný federálnou Československou vládou, keďže v období po páde Sovietskeho zväzu a pred získaním formálnej suverenity Slovenskej republiky vyjednávala investičné zmluvy federálna vláda. Zmluvy vyjednané v tomto období získali následne platnosť aj na území už

¹⁷⁶ Porovnaj napr. Cooperation And Facilitation Investment Agreement Be'tween The Federative Republic Of Brazil And The Republic Of Suriname, 2018, a acuerdo de cooperación y de facilitación de inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Colombia, 2015.

¹⁷⁷ MARTINS, J. H. V. Brazil's Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIA) and Recent Developments, Investment Treaty News, 2019.

samostatného Slovenska. Medzi najvýznamnejšie z týchto zmlúv z hľadiska ochrany investícií patria zmluvy s najsilnejšími ekonomikami sveta, ktoré boli podpísané už na začiatku deväťdesiatych rokov s krajinami ako USA, Nemecko, Veľká Británia a Francúzsko. Tieto zmluvy do veľkej miery kopírujú štandardný model starších investičných zmlúv, ktorý bol prezentovaný v rámci tejto kapitoly. Aktuálne je na území Slovenska v platnosti 52 investičných zmlúv, pričom tri ďalšie čakajú na vstup do platnosti.

Pri určovaní pozície Slovenska voči konfliktu medzi národnou suverenitou a ochranou zahraničných investícií nastáva problém vo vzťahu k slabej vyjednávacej pozícii Slovenskej republiky ako malého štátu. Vzhľadom na vnímanú a deklarovanú potrebu prilákať zahraničné investície po rozpadnutí Sovietskeho bloku sa dá predpokladať, že aj keby Slovensko (a predtým ČSFR) malo záujem o vysokú mieru ochrany suverenity v obsahu investičných zmlúv, tak by nedokázalo takúto ochranu presadiť vo vzťahu k najvýznamnejším svetovým exportérom kapitálu, ktorý neočakávali žiadny prílev kapitálu zo Slovenska a teda nemali výraznú potrebu chrániť vlastnú suverenitu. Z tohto pohľadu sú možno lepším indikátorom pozície Slovenska voči konfliktu medzi národnou suverenitou a ochranou investícií zmluvy s rozvojovými krajinami. Zmluvy z obdobia deväťdesiatych rokov a prelomu tisícročia však nemajú žiadne špecifické črty, ktoré by naznačovali, že Slovensko vníma konflikt medzi suverenitou a ochranou investícií ako dôležitý aspekt bilaterálnych investičných zmlúv.

Zaujímavou a špecifickou je zmluva so Spojenými štátmi americkými, ktorá síce obsahuje väčšinu tradičných črt amerického modelu z tohto obdobia, ale je zaujímavá tým, že neposkytuje plnú ochranu investícií pred ich zriadením, ktorá je prítomná takmer v každej investičnej zmluve USA a je súčasťou spomínaného modelu z roku 1982, na základe ktorého podpisovali USA investičné zmluvy v tomto období. Vo vzťahu k zriadeniu investícií zakazuje iba dodatočné požiadavky v oblasti obmedzení exportu a lokálneho pôvodu produktov¹⁷⁸. Z hľadiska praxe medzinárodnej investičnej arbitráže sa z obdobia deväťdesiatych rokov a prelomu tisícročia ukázali ako najvýznamnejšie zmluvy so Švajčiarskom, Holandskom a Rakúskom, na základe ktorých bolo iniciovaných 10 z trinástich medzinárodných investičných arbitráží proti Slovenskej republike. V tomto smere Slovensko nepredstavuje odklon od celosvetových trendov, kde najmä holandské a švajčiarske zmluvy predstavujú preferovaný základ pre investičné spory, a to najmä

¹⁷⁸ Treaty Between The Czech And Slovak Federal Republic And The United States Of America Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection Of Investment. 1991.

vzhľadom na absenciu ustanovení chrániacich suverenity hostiteľskej krajiny a prítomnosť zastrešujúcich klauzúl. Treba však zároveň dodať, že tieto zmluvy neposkytujú ochranu pred zriadením investície¹⁷⁹.

Vo vzťahu k uzatváraniu investičných zmlúv zo strany Slovenskej republiky stojí za zmienku ešte zopakovať už spomínaný vývoj v rámci Európskej únie, kedy od roku 2009 má Slovensko iba obmedzenú suverenity vo vzťahu k uzatváraniu investičných zmlúv. Primárna právomoc na vyjednávanie zmlúv je v rukách Európskej komisie. Slovenská republika však má možnosť vyjednávať zmluvy s tretími krajinami (mimo EÚ) v prípade, že zmluvu s touto krajinou v danom momente nevyjednáva aj Komisia. Slovensko zároveň nemôže vyjednávať zmluvy v rámci EÚ a jeho existujúce BIT budú terminované vstupom do platnosti plurilaterálnej zmluvy o terminovaní bilaterálnych investičných zmlúv v rámci EÚ. Napriek tomu však Slovensko zostáva pomerne aktívnym aktérom na poli režimov ochrany zahraničných investícií, kedy napríklad v roku 2016 podpísala zmluvy s Iránom a Spojenými arabskými emirátmi.

Tieto zmluvy sa výrazne líšia od ostatných zmlúv vyjednaných Slovenskou republikou, a to najmä v tom, že sa výrazne sa približujú modernému štandardu, ktorý sme predstavili predchádzajúcej časti tejto kapitoly, najmä v oblasti rozšírenia ochrany národnej suverenity. Definícia investície patrí medzi mimoriadne detailne v oboch zmluvách. Pomerne zaujímavé je explicitné a neobvyklé (opäť v oboch zmluvách) ustanovenie, ktoré určuje, že zmluva poskytuje „ochranu len v poinvestičnej fáze a nevzťahuje sa na predinvestičnú fázu alebo záležitosti prístupu na trh“¹⁸⁰. Článok o vyvlastnení špecifikuje, že „nediskriminačné opatrenia zmluvnej strany, ktoré sú navrhnuté a uplatňované na ochranu legitímnych verejnoprospešných cieľov, ako sú ochrana zdravia, bezpečnosť a ochrana životného prostredia, tieto nepredstavujú opatrenia, ktoré majú obdobný účinok ako vyvlastnenie alebo znárodnenie“.¹⁸¹ Rozdiel medzi zmluvami je najmä v oblasti výnimiek. Zaujímavý je najmä dôraz na prírodné zdroje v zmluve so Spojenými arabskými emirátmi, kde je samostatný článok nazvaný *Prírodné zdroje*, ktorý obsahuje jediné ustanovenie: „Práva a povinnosti týkajúce sa prírodných zdrojov podliehajú vnútroštátnym právnym predpisom

¹⁷⁹ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic. 1991., Agreement Between The Czech And Slovak Federal Republic And The Swiss Confederation On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 1990.

¹⁸⁰ Dohoda medzi Slovenskou republikou a Spojenými arabskými emirátmi o podpore a vzájomnej ochrane investícií. 2016, čl. 2(2).

¹⁸¹ Dohoda medzi Slovenskou republikou a Iránskou islamskou republikou o podpore a vzájomnej ochrane investícií, 2016, čl. 6(5).

hostiteľského štátu; pre vylúčenie pochybností, táto zmluva sa nevzťahuje na prírodné zdroje.“¹⁸² Ďalšie výnimky sa týkajú ochrany života, národných záujmov, daňových opatrení. Zaujímavé sú ešte aj špecificky formulované výnimky ohľadom zdravotného poistenia a dôchodkového systému.¹⁸³ Z hľadiska suverenity je ešte relatívne netradičným ustanovenie, ktoré pri posudzovaní národného zaobchádzania a doložky najvyšších výhod vyžaduje brať do úvahy (okrem iného) „vplyv investície na miestnu komunitu, kde je umiestnená investícia“ a „na životné prostredie“¹⁸⁴.

Na základe analýzy v tejto časti je možné konštatovať, že postoj Slovenskej republiky ku konfliktu medzi ochranou zahraničných investícií vo vzťahu k národnej suverenite sa vyvíjal podobným spôsobom ako globálny režim ochrany investícií, to znamená smerom k väčšiemu dôrazu na ochranu suverenity v nových investičných zmluvách. Na základe porovnania s moderným štandardom, ktorý bol predstavený v predchádzajúcej časti je dokonca na mieste tvrdenie, že slovenské investičné zmluvy patria k zmluvám, ktoré vymedzujú najväčší priestor pre suverénnu reguláciu štátu. Z časti je možné tento prístup pripísať extenzívnej skúsenosti Slovenskej republiky s mechanizmom medzinárodnej investičnej arbitráže. Závery v tejto časti treba brať do určitej miery s rezervou vzhľadom na to, že sme zámerne ignorovali politický kontext a fakt, že postoj Slovenskej republiky k tejto otázke bol formulovaný v období vlád pod vedením strany SMER a pri zmene vlády sa postoj a aj podoba budúcich zmlúv môže zmeniť.

Na záver analýzy medzinárodných investičných zmlúv kľúčových aktérov medzinárodných investičných režimov a Slovenskej republiky je možné konštatovať, že táto analýza potvrdzuje všeobecný trend posilňovania štátnej suverenity hostiteľského štátu. Platí to pre všetkých aktérov s výnimkou Číny, ktorá však predstavuje špecifický príklad vzhľadom na jej pôvodný prístup k medzinárodným investičným zmluvám charakteristický silnou ochranou suverenity hostiteľského štátu. V porovnaní s globálnymi trendmi však nové čínske zmluvy takisto poskytujú relatívne silnú ochranu suverenity. Trend posilňovania národnej suverenity je možné pozorovať najmä vo vzťahu k definícii investície, vo vzťahu k formulácii nepriameho vyvlastnenia a vo vzťahu k výnimkám, ktoré sú všeobecné, ako napríklad daňové výnimky, aj špecifické, ako napríklad výnimky v rámci režimu národného zaobchádzania. Zatiaľ čo väčšina analyzovaných

¹⁸² Dohoda medzi Slovenskou republikou a Spojenými arabskými emirátmi o podpore a vzájomnej ochrane investícií. 2016, čl. 3.

¹⁸³ Pozri Dohoda medzi Slovenskou republikou a Iránskou islamskou republikou o podpore a vzájomnej ochrane investícií. 2016, čl. 11(3).

¹⁸⁴ Pozri Dohoda medzi Slovenskou republikou a Iránskou islamskou republikou o podpore a vzájomnej ochrane investícií. 2016, čl. 4(3).

krajín sleduje podobné trendy v oblasti ustanovení medzinárodných investičných zmlúv, nový model medzinárodnej investičnej zmluvy Brazílie predstavuje extrémnu tendenciu k ochrane národnej suverenity, a to najmä explicitným vyňatím štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania.

5. Medzinárodné investičné tribunály a ich interpretácia konfliktu medzi ochranou zahraničných investorov a suverenitou hostiteľského štátu

Medzinárodné tribunály investičnej arbitráže predstavujú inštitucionálne priestory, kde dochádza k vyriešeniu teoretického konfliktu medzi ochranou zahraničných investorov a národnou suverenitou, ktorý bol predstavený v predchádzajúcej časti. Niektoré štandardy medzinárodného investičného práva sú pomerne jasne stanovené a ich vplyv na suverenitu štátu je všeobecne chápaný a akceptovaný. Tieto štandardy zahŕňajú napríklad priame vyvlastnenie alebo diskriminačné konanie v rámci FET. V niektorých prípadoch však hranica medzi oblasťou, ktorá spadá pod ochranu zahraničných investícií a ktorá spadá pod ochranu národnej suverenity nie je jasná. V týchto prípadoch je vyriešenie teoretického konfliktu tejto práce v praxi záležitosťou medzinárodných investičných tribunálov, ktoré interpretujú ustanovenia medzinárodných investičných zmlúv v kontexte konkrétnych prípadov urovnávania sporov medzi investorom a štátom. Práve judikatúra preto predstavuje významný prameň práva v oblasti medzinárodnej investičnej arbitráže. V tejto kapitole sa budem venovať analýze kľúčových prípadov ISDS na základe teoretického rámca predstaveného v predchádzajúcej časti, s cieľom identifikovať a analyzovať problematické koncepty, ktoré predstavujú hranicu medzi ochranou zahraničných investícií a ochranou suverenity. Vo všeobecnosti je suverenita štátu obmedzená teóriou (investičnými zmluvami) a praxou (medzinárodnou investičnou arbitrážou) režimov ochrany zahraničných investícií. Hranica medzi ochranou zahraničných investícií a ochranou suverenity je stanovená (okrem iných) tromi problematickými konceptami investičného práva. Tieto koncepty zahŕňajú: 1. vnútroštátne právo na úrovni medzinárodnej investičnej arbitráže, 2. nepriame vyvlastnenie, 3. legitímne očakávania ako súčasť štandardu FET. Konceptu legitímnych očakávaní budeme venovať najväčšiu pozornosť vzhľadom na jeho význam v právnej praxi medzinárodnej investičnej arbitráže. Prostredníctvom obsahovej analýzy rozhodnutí investičných tribunálov ukážeme, aké sú hlavné otázky, ktorým sa strany sporov a tribunály venujú vo vzťahu ku konfliktu medzi suverenitou a ochranou investícií v kontexte legitímnych očakávaní investora. Vo vzťahu k cieľom práce a výskumným otázkam poskytuje táto kapitola odpoveď na otázky O2 a O3.

5.1 Vnútroštátne právo v rámci medzinárodnej investičnej arbitráže

V teoretickom rámci tejto práce odkazuje problém vnútroštátneho práva v medzinárodnej investičnej arbitráži na konflikt medzi suverénnou súdnou mocou štátu na vlastnom území a schopnosti investorov napadnúť rozhodnutia vnútroštátnych súdov prostredníctvom urovnávania sporov medzi investorom a štátom na úrovni medzinárodných tribunálov. Táto otázka väčšinou vyvstáva v dvoch prípadoch. Po prvé vyvstáva v situácii, keď investor najprv napadne regulačné opatrenie pred vnútroštátnym súdom. V prípade prehry, ak to umožňuje medzinárodná investičná zmluva, môže zahraničný investor následne predložiť prípad pred medzinárodný investičný tribunál, ktorý musí následne rozhodovať či spochybniť rozhodnutie vnútroštátneho súdu a nariadiť kompenzáciu napriek jeho verdiktu. Po druhé nastáva v situácii, kedy investor podáva žalobu hneď na tribunál medzinárodnej investičnej arbitráže, od ktorého je v rámci prípadu požadované interpretovať vnútroštátny právny rámec.

Táto záležitosť je vo všeobecnosti vyriešená v závislosti na tom, či tribunál aplikuje takzvaný princíp *Azinian*. V posledných rokoch bol princíp *Azinian* explicitne riešený v rámci prípadu *Fouad v. Jordan*, kde tribunál rozhodol, že „vládna autorita nemôže byť trestaná za konanie potvrdené vlastnými súdmi, okrem situácie, kedy sú samotné súdy spochybnené na medzinárodnej úrovni“¹⁸⁵ Prípady citované vo *Fouad v. Jordan* vo vzťahu k princípu *Azinian* zahŕňajú *Mondev v. USA* a *Helnan v. Egypt*, kde je princíp ďalej spresnený tribunálom, ktorý konštatuje, že „v rámci NAFTA majú strany možnosť využiť vnútroštátne nástroje. Ak tak urobia a spor prehrávajú v meritórnej rovine, nie je funkciou tribunálov NAFTA konať ako odvolací súd“¹⁸⁶ a „keď tribunál rozhoduje ohľadom záležitosti, v ktorej predtým už rozhodoval vnútroštátny súd, tribunál bude akceptovať rozhodnutie lokálneho súdu, ak nedošlo k procedurálnym alebo substantívnym nedostatkom v rámci lokálneho procesu, ktoré by boli svojou povahou neakceptovateľné z pohľadu medzinárodného práva, ako napríklad v prípade odoprenia spravodlivosti“¹⁸⁷. Investičné tribunály by teda vo všeobecnosti nemali spochybňovať rozhodnutia vnútroštátnych súdov, vrátane ústavných súdov. Napriek tomu, v mnohých prípadoch, ktoré dnes ešte nie sú uzavreté, požadujú investori od investičných tribunálov, aby prehodnotili rozhodnutia

¹⁸⁵ *Fouad v. Jordan*. Award. ICSID Case No. ARB/13/38, 2017, pp.86.

¹⁸⁶ *Fouad v. Jordan*. Award. ICSID Case No. ARB/13/38, 2017, pp.126.

¹⁸⁷ *Mondev v. USA*. Award. ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, 2002, pp.106.

vnútroštátnych súdov (vrátane ústavných súdov). Medzi príklady takýchto prípadov patria napríklad *Cosigo v. Colombia* a *Chevron v. Ecuador*. V prípadoch, kedy vo veci neexistovalo rozhodnutie vnútroštátneho súdu, prijali v minulosti tribunály medzinárodnej investičnej arbitráže jurisdikciu aj v prípadoch, kde bola potrebná interpretácia vnútroštátneho práva. V *Metalclad v. Mexico* napríklad tribunál akceptoval argumentáciu investora, ktorá sa spoliehala na tvrdenie, že vnútroštátny právny rámec neumožňoval lokálnej samospráve zamietnuť žiadosť o stavebné povolenie¹⁸⁸.

Druhá otázka medzinárodnej investičnej arbitráže vo vzťahu k vnútroštátnemu právu je otázka suverenity súdnej moci v danom štáte. Ide o systémovú záležitosť, ktorá je pre medzinárodné tribunály inherentná a spočíva v odovzdaní časti suverenity štátu v oblasti súdnej moci do rúk nadnárodnej inštitúcie. Ako bolo spomenuté v predošlom texte, ide o kľúčovú súčasť racionalizácie celého systému medzinárodnej investičnej arbitráže. Reprezentuje dobrovoľné odovzdanie suverenity na strane štátu, ktoré má mať pozitívny vplyv na prílev zahraničných investícií z dôvodu vyššieho stupňa ochrany investorov proti arbitrárnemu a diskriminačnému využitiu súdnej moci zo strany štátu. Súčasná reforma systému medzinárodnej investičnej arbitráže sa tejto otázke tiež venuje a na strane ochrany štátnej suverenity sa začína do investičných zmlúv presadzovať ustanovenie o vyčerpaní vnútroštátnych nápravných prostriedkov. To požaduje od investorov, aby sa v prvom rade obrátili na vnútroštátne súdy pred tým, ako požiadajú o kompenzáciu na medzinárodnej úrovni. Tieto ustanovenia sú už súčasťou niekoľkých nedávno podpísaných zmlúv, ako napríklad BIT Albánsko-Litva a BIT Rumunsko-Srí Lanka. Druhou možnosťou je eliminovať ustanovenie o urovnávanie sporov medzi investorom a štátom z medzinárodných investičných zmlúv a spoliehať sa výlučne na vnútroštátne súdy. Takýto kurz samozrejme vyžaduje vysokú mieru dôvery relevantných aktérov vo vnútroštátne súdy a určitú mieru rovnováhy medzi importom a exportom kapitálu vo vzťahu daných krajín. Zatiaľ čo takáto možnosť je pomerne nerealistická v mnohých kontextoch, ako napríklad bilaterálne investičné zmluvy medzi rozvinutými a rozvojovými krajinami, v blízkej budúcnosti sa môže stať realitou napríklad v rámci vzťahu medzi USA a Kanadou. V tomto prípade nová dohoda USMCA, ktorá je v procese ratifikácie, eliminuje nadnárodný mechanizmus urovnávania sporov vo vzťahu medzi

¹⁸⁸ *Metalclad v. Mexico*. Award. ICSID CASE No. ARB(AF)/97/1, 2000.

Kanadou a USA¹⁸⁹. V rámci Európskej únie dochádza k podobnému procesu, kedy boli ustanovenia o urovnávaní sporov medzi zahraničným investorom a hostiteľským štátom Súdnym dvorom Európskej únie vyhlásené ustanovenia odporujúce právu Európskej únie, ako sme ukázali v kapitole 5. Existuje však predpoklad, že v budúcnosti bude vytvorený nadnárodný stály medzinárodný súd pre investičnú arbitráž v rámci EÚ a preto sa zrejme ide o krátkodobú situáciu.

Konflikt ilustrovaný v tejto časti práce medzi národnou suverenitou a ochranou zahraničných investícií je založený na aplikácii/neaplikácii princípu *Azinian*. Prax medzinárodnej investičnej arbitráže ukazuje, že tribunály tento princíp zväčša používajú. Znamená to, že zatiaľ čo zo systémového hľadiska medzinárodná investičná arbitráž obmedzuje suverenitu štátu presunutím časti súdnej moci na nadnárodnú úroveň, v rámci praktickej aplikácie princípov medzinárodného práva je suverenita chránená tým, že tribunály vo väčšine prípadov akceptujú rozhodnutia vnútroštátnych súdov. Vo vzťahu k samotnému systému nadnárodnej investičnej arbitráže je možné pozorovať určitý posun smerom k presunu tejto právomoci späť na vnútroštátnu úroveň, ako napríklad vo vzťahu medzi USA a Kanadou, alebo v prípade odstúpenia od Dohovoru ICSID zo strany Bolívie, Venezuely a Ekvádoru. Ide však o ojedinelé a lokálne prípady, preto sa dá predpokladať, že medzinárodná investičná arbitráž ostane v blízkej budúcnosti významným prvkom ochrany zahraničných investícií.

5.2 Nepriame vyvlastnenie

Nepriame vyvlastnenie predstavuje koncept, ktorým sa popisuje opatrenie štátu, ktorá substantívne zbavuje investora hodnoty jeho investície, bez toho, aby mu investícia bola priamo odňatá (priame vyvlastnenie)¹⁹⁰. Najtypickejšie prípady nepriameho vyvlastnenia sa týkajú zrušenia alebo odmietnutia obnovenia koncesie, povolenia alebo kontraktu, ale môže zahŕňať aj postupnú eróziu schopnosti investora generovať profit prostredníctvom série opatrení („plazivé“ vyvlastnenie)¹⁹¹. V rámci teoretického konfliktu popísaného v predchádzajúcich častiach sa dá hlavný konflikt charakterizovať ako určenie hranice medzi suverénnym a legitímnym regulačným

¹⁸⁹ Argument v tomto odstavci je posilnený aj faktom, že vo vzťahu s Mexikom, ktoré je považovaná za rozvojovú krajinu je mechanizmus ISDS zachovaný.

¹⁹⁰ DOLZER, R. – SCHREUER, CH. *Principles of International Investment Law*. 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 85.

¹⁹¹ DOLZER, R. – SCHREUER, CH. *Principles of International Investment Law*. 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 86.

opatrením štátu vo verejnom záujme a regulačným opatrením, ktoré zodpovedá nepriamemu vyvlastneniu a tým pádom vyžaduje kompenzáciu pre zasiahnutého zahraničného investora. Inými slovami, základná otázka je ako a do akej miery obmedzuje doktrína nepriameho vyvlastnenia priestor štátu na reguláciu investičného prostredia. Táto analýza teda nie je obmedzená na definíciu nepriameho vyvlastnenia obsiahnutú v investičných zmluvách ale zameriava sa skôr na to, čo nám o nepriamom vyvlastnení hovorí judikatúra medzinárodnej investičnej arbitráže.

Otázka konfliktu medzi regulačnou právomocou hostiteľského štátu a ochranou zahraničných investorov vo vzťahu k nepriamemu vyvlastneniu je súčasťou súčasného akademického a politického diskurzu. Dolzer a Stevens už v 1995 deklarovali že „pre hostiteľskú krajinu určuje definícia demarkačnej línie medzi opatreniami za ktoré nie je nutná kompenzácia a konaním, ktoré sa kvalifikuje ako nepriame vyvlastnenie rozsah pôsobnosti štátnej moci na prijatie legislatívy, ktorá reguluje práva a povinnosti majiteľov v situáciách, kedy môže byť nutná kompenzácia. Je možné argumentovať, že štátu je zabránené prijatie takých opatrení v prípade, že tieto opatrenia nemôžu byť pokryté verejnými financiami“¹⁹². Článok OECD z roku 2004 tvrdí že „otázkou je do akej miery smie vláda ovplyvniť hodnotu investície či už prostredníctvom regulácie všeobecnej povahy alebo špecifickými opatreniami v kontexte všeobecnej regulácie vo verejnom záujme bez toho aby došlo k vyvlastneniu, ktoré by vyžadovalo kompenzáciu“¹⁹³. Dokonca aj investičné tribunály v minulosti priznali ťažkosti s rozhodovaním v otázke nepriameho vyvlastnenia a legítimnej regulácie, ako napríklad tribunál vo *Feldman v. Mexico* (1999), kde sa tribunál vyjadril, že „je omnoho menej jasné (v porovnaní s definovaním priameho vyvlastnenia) kedy vládne opatrenie, ktoré interferuje so zoširoka definovanými vlastníckymi právami – investíciou podľa NAFTA, článok 1139 – prekračuje hranicu platnej regulácie smerom ku kompenzovateľnému vyvlastneniu a je treba poznamenať, že nikto zatiaľ neprišiel na plne uspokojivý prostriedok ako túto hranicu zadefinovať“¹⁹⁴. V tom istom rozhodnutí tribunál ďalej poznamenal, že „opodstatnenú vládnu reguláciu tohto typu (vo verejnom záujme) nie je možné dosiahnuť, ak môže každý investor, ktorý je negatívne ovplyvnený požadovať kompenzáciu“¹⁹⁵. Problém teda spočíva v determinácii či k nepriamemu vyvlastneniu dochádza vždy keď vláda

¹⁹² DOLZER, R. – STEVENS, M. *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers; 1 edition, 1995, pp. 98.

¹⁹³ OECD (2004): "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 2004, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>, pp. 2.

¹⁹⁴ *Feldman v. Mexico*. Award. ICSID CASE No. ARB(AF)/99/1, 1999, pp. 98.

¹⁹⁵ *Feldman v. Mexico*. Award. ICSID CASE No. ARB(AF)/99/1, 1999, pp. 99.

podstatným spôsobom zasahuje do hodnoty zahraničnej investície (doktrína výhradného efektu), alebo sú pri rozhodovaní v tejto otázke brané do úvahy aj motivácia a ciele konkrétneho vládneho opatrenia. Kľúčové koncepty, ktoré sú pri rozhodovaní v tejto otázke kľúčové sú doktrína výhradného efektu (*sole effects doctrine*), doktrína regulačnej moci štátu (*police powers doctrine*) a proporcionalita.

Príklady, na ktorých ilustrujem efekty, ktoré môže nepriame vyvlastnenie mať na suverenitu štátov zahŕňajú *Tippets*, *Metalclad v. Mexico* a *Biwater v. Tanzania*, ako príklady demonštrujúce obmedzenia, ktoré na vykonávanie westfálskej suverenity kladú investičné režimy a *Methanex v. USA* ako príklad demonštrujúci trend ochraňovať suverenitu štátu medzinárodnými arbitrážnymi tribunálmi.

Metalclad bola americká spoločnosť, ktorá získala povolenie na operáciu skládky odpadu v Mexiku v deväťdesiatych rokoch. Lokálna vláda zamietla korporácii žiadosť o stavebné povolenie, čo tribunál uznal za porušenie NAFTA vo vzťahu k štandardu FET, ako aj ustanoveniu o vyvlastnení zahraničných investícií. Pre túto prácu je však kľúčové iba rozhodnutie tribunálu ohľadom Ekologického dekrétu vydaného guvernérom samosprávnej oblasti, ktorý zakázal konštrukčné práce v relevantnej oblasti. Medzinárodný tribunál rozhodol, že toto opatrenie tiež spadá pod nepriame vyvlastnenie, keďže substantívne zbavuje investora hodnoty jeho investície. Rozhodnutie v súvislosti s nepriamym vyvlastnením tvrdí: „Tribunál nepotrebuje rozhodnúť alebo zvážiť motiváciu alebo zámer Ekologického dekrétu...“¹⁹⁶. Tribunál navyše dodáva, že k nepriamemu vyvlastneniu môže dôjsť „aj keď to nie je zjavne na prospech hostiteľského štátu“¹⁹⁷. Táto formulácia implikuje, že každé opatrenie vláda Mexika prijme, aj v prípade, že ide o opatrenie súvisiace s verejným záujmom je nezákonné na základe medzinárodného práva ak zaň nie je priznaná kompenzácia.

Biwater v. Tanzania je prípad ukončený v roku 2008, kde investor žaloval štát za vyvlastnenie na základe ukončenia kontraktu a zabavenia majetku v oblasti infraštruktúry a služieb vodohospodárstva a kanalizácie. Aj keď sa tribunál rozhodol neudelit' investorovi žiadnu kompenzáciu, vo svojom rozhodnutí vyhodnotil, že k vyvlastneniu došlo bez ohľadu na suverénnu regulačnú právomoc. Tribunál argumentoval tým, že „mnoho tribunálov v iných prípadoch posudzovalo vládne opatrenia skôr s odkazom na efekt relevantného aktu, ako s ohľadom na jeho

¹⁹⁶ *Metalclad v. Mexico*. Award. ICSID CASE No. ARB(AF)/97/1, 2000, pp. 85.

¹⁹⁷ *Metalclad v. Mexico*. Award. ICSID CASE No. ARB(AF)/97/1, 2000, pp. 86.

zámer“¹⁹⁸. Podobnú argumentáciu je tiež možné pozorovať v prípade *Tippets* z tribunálu riešiaceho spory amerických investorov s Iránom z roku 1984, ktorý tvrdí, že k vyvlastneniu dochádza „vždy, keď udalosti demonštrujú, že bol vlastník pripravený o fundamentálne vlastnícke právo a že toto odcudzenie práv nie je len dočasné“¹⁹⁹. Práve tento prípad patrí medzi často citované prípady, najmä v prípadoch v rámci NAFTA.

Tieto prípady predstavujú jednu stranu spektra prístupov investičných tribunálov k nepriamemu vyvlastneniu. Ide o prístup, ktorý nastavuje pomerne striktné limity na suverénnu regulačnú právomoc štátu. Dochádza k tomu prostredníctvom právnej argumentácie, ktorá neberie do úvahy motiváciu konkrétneho vládneho opatrenia, čím vyžaduje kompenzáciu aj v prípade regulácie z legitímnych dôvodov verejného záujmu v prípade, že tieto opatrenia negatívne ovplyvňujú hodnotu zahraničnej investície. Tento prístup je preto niekedy nazývaný doktrína výhradného efektu.

Na druhej strane spektra praxe medzinárodnej investičnej arbitráže môžeme nájsť doktrínu regulačných právomocí štátu, ktorá vylučuje zodpovednosť štátu za opatrenia rovnocenné s vyvlastnením v prípadoch, keď môžu byť opatrenia zahrnuté pod vykonávanie regulácie. Aj keď v mnohých arbitrážach sa štáty dovoľávajú obrany na základe regulačných právomocí, tribunály väčšinou tieto argumenty neberú do úvahy, a to najmä vzhľadom na to, že ide o koncept, ktorý nie je pevne ukotvený a presne definovaný v praxi medzinárodnej investičnej arbitráže²⁰⁰.

Pod regulačné právomoci štátu spadajú *bona fide*, nediskriminujúce opatrenia prijaté v legitímnom verejnom záujme, najmä na ochranu zdravia, bezpečnosti alebo blahobytu obyvateľstva, ako aj ochranu verejného poriadku a životného prostredia. Často citovaný príklad tribunálu, ktorý zdanlivo prijal širokú definíciu regulačných právomocí je tribunál v prípade *Methanex*. Methanex je kanadský producent metanolu. Po tom, ako Kalifornia zakázala používanie MTBE ako prídavku do benzínu z environmentálnych dôvodov zažaloval Methanex Spojené štáty americké z dôvodu údajného porušenia ustanovení NAFTA, vrátane ustanovenia o vyvlastnení. V protiklade k argumentácii tribunálu v prípade *Metalclad v. Mexico* (pozri vyššie) odmietol tribunál v tomto prípade (implicitne) doktrínu výhradného efektu a do popredia dal doktrínu

¹⁹⁸ Biwater v. Tanzania. Award. ICSID CASE NO. ARB/05/22, 2008, p. 463.

¹⁹⁹ Iran-US Claims Tribunal, *Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA*, 6 IRAN-U.S. C.T.R., at 219 et seq. AWARD NO. 141-7-2. 1984, [cit. 1.9.2019]. Dostupné na: <https://www.trans-lex.org/231000>, pp. 12.

²⁰⁰ TITI, C. Police Powers Doctrine and International Investment Law. In Fontanelli, F. – Gattini, A. – Tanzi, A. (eds) *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, p. 323-343.

regulačných právomocí ako najdôležitejšieho konceptu pri determinácii toho, či došlo k vyvlastneniu. Tribunál konštatoval že „nediskriminatívna regulácia vo verejnom záujme, ktorá je prijatá v súlade s náležitým procesom a ktorá ovplyvňuje, *inter alia*, zahraničného investora alebo investíciu nie je považovaná za vyvlastnenie a nie je kompenzovateľná...“²⁰¹

Určitú strednú cestu v praxi medzinárodnej investičnej arbitráže medzi doktrínou výhradného efektu a doktrínou regulačných právomocí predstavuje koncept proporcionality. Ten pozostáva z pridania kritéria proporcionality do rozhodovania ohľadom toho, či došlo k vyvlastneniu. Aby bolo opatrenie štátu zákonné podľa väčšiny investičných zmlúv, je potrebné aby bolo proporcionálne k legitímnemu verejnému záujmu, ktorý štát týmto opatrením sleduje. Tento koncept bol tribunálmi aplikovaný v praxi v prípadoch ako napr. *Occidental v. Ecuador* alebo *Feldman v. Mexico*.

Táto analýza preukazuje existenciu konfliktu medzi ochranou zahraničných investícií a národnou suverenitou na úrovni medzinárodnej investičnej arbitráže vo vzťahu ku konceptu nepriameho vyvlastnenia. Kľúčovým konceptom ochrany investícií v tomto kontexte je doktrína výhradného efektu, zatiaľ čo suverenita je chránená doktrínou regulačných právomocí. Prax medzinárodnej investičnej arbitráže však ukazuje, tribunály sa často snažia nájsť rovnováhu medzi týmito doktrínami prostredníctvom aplikácie kritéria proporcionality.

5.3 Legitímne očakávania v rámci medzinárodného štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania

V rámci súčasnej interpretácie štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania (FET) je od štátov často požadované aby ich politiky zodpovedali legitímnym očakávaniam zahraničných investorov. Cieľom takejto interpretácie štandardu FET je poskytnúť investorom stabilné investičné prostredie, ktoré im umožňuje vypracovanie dlhodobých plánov, vyhodnocovanie rizík a projekciu ziskov, čo spolu zvyšuje atraktivitu hostiteľskej krajiny v ich očiach. Kontroverznosť spočíva v interpretácii toho, ktoré očakávania môžu byť vnímané ako legitímne a ktoré nie. V teoretickom rámci tejto práce spočíva konflikt v presnom stanovení hranice medzi suverénnou zmenou regulačnej politiky štátu (napríklad po voľbách) a porušením legitímnych očakávaní

²⁰¹ Methanex v. United States of America. Award, UNCITRAL, 1999, Part IV – Chapter D – p. 4.

investora ohľadom investičného prostredia a ich schopnosti produkovať zisk²⁰². V tejto časti sa práca bude zaoberať tým, aké otázky riešia medzinárodné investičné tribunály vo vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní a či budú mať na tieto významné otázky nejaký vplyv zmeny v obsahu medzinárodných investičných zmlúv, ktoré boli identifikované v kapitole 5.

Legitímne očakávania boli do praxe medzinárodnej investičnej arbitráže explicitne zavedené v roku 2003 tribunálom *Tecmed v. Mexico*, ktorý ich založil na koncepte dobrej viery (*good faith*). Odvtedy sa stal pre mnoho právnikov integrálnou súčasťou štandardu FET. V skutočnosti je dnes pomerne zriedkavé vidieť žalobu v ktorej investor reklamuje porušenie FET bez reklamácie porušenia legitímnych očakávaní. Základná definícia pochádza z *Tecmed v. Mexico*, kde tribunál konštatoval, že s ohľadom na princíp dobrej viery, relevantná zmluva „vyžaduje od zmluvných strán, aby poskytli medzinárodným investíciám zaobchádzanie, ktoré neovplyvňuje základné očakávania, ktoré investor bral do úvahy pri danej investícii“²⁰³. V teoretickom rámci tejto práce spadajú legitímne očakávanie pevne pod koncept ochrany zahraničných investícií. Otázkou je teda, za akých okolností investičné tribunály rozhodujú. Inak povedané nás bude zaujímať, čo sú hlavné otázky, ktorými sa tribunály zaoberajú vo vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní (O2).

Táto otázka bude zodpovedaná prostredníctvom obsahovej analýzy vzorky prípadov medzinárodnej investičnej arbitráže, v ktorých bolo rozhodnutie zverejnené v rokoch 2019, 2020. Pôvodná vzorka 33 rozhodnutí bola zredukovaná na 30 po vylúčení prípadov, v ktorých tribunály odmietli jurisdikciu. Týchto 30 prípadov jasne ukazuje, že legitímne očakávania investora v rámci FET štandardu ochrany investícií predstavuje kľúčový koncept súčasnej praxe medzinárodnej investičnej arbitráže vzhľadom na to, že zmarenie legitímnych očakávaní bolo súčasťou žaloby v 28 z 30 relevantných prípadov. Všadeprítomnosť legitímnych očakávaní z tohto konceptu robí kľúčový bod konfliktu medzi suverenitou štátu a ochranou zahraničných investícií na úrovni medzinárodnej investičnej arbitráže a ideálny prípad na empirickú štúdiu ako sa k tomuto konfliktu stavajú investičné tribunály. Cieľom našej analýzy je analýzou diskurzu na úrovni investičných tribunálov prísť na to, aký vplyv budú mať zmeny v investičných zmluvách analyzované v predchádzajúcej časti na prax medzinárodnej investičnej arbitráže. Dôležité je zdôrazniť, že nás

²⁰² VICUNA, F. O. Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society, 5 Int'l L.F. D. Int'l, 2003, 188.

²⁰³ *Tecmed v. Mexico*. Award. ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 2003, pp. 61.

nebudú zaujímať fakty jednotlivých prípadov, ale právne princípy a ich interpretácia jednotlivými stranami sporov.

Obsahová analýza vybraných prípadov ukazuje, že na úrovni medzinárodnej investičnej arbitráže existujú vo vzťahu k legitímnym očakávaniam dve základné otázky. Prvá sa týka významu/definície konceptu legitímnych očakávaní a druhá sa týka miery ohľadu, ktorý by tribunály mali brať na suverénnu právomoc štátu regulovať svoje investičné prostredie v prípadoch, kedy táto právomoc prichádza do konfliktu princípom ochrany investícií. Po prezentovaní výsledkov vo vzťahu k týmto dvom otázkam bude v tretej časti pozornosť venovaná otázke, či sú legitímne očakávania súčasťou FET. Táto otázka sa síce objavila iba v jednom z analyzovaných prípadov, ale vzhľadom na jeho okolnosti a celkový kontext je možné, že bude mať veľký vplyv na budúci vývoj ohľadom konceptu legitímnych očakávaní.

5.3.1 Definícia konceptu legitímnych očakávaní v praxi medzinárodnej investičnej arbitráže

Vo vzťahu k tomu, čo predstavuje legitímne očakávania investora a v akej situácii môže dôjsť k ich zmareniu, odhaľuje analýza tri základné sporné body: 1) špecifické uistenia/reprezentácie/záväzky 2) opodstatnenosť očakávaní 3) náležitá starostlivosť (*due diligence*). Zatiaľ čo koncept legitímnych očakávaní nie je explicitne definovaný na úrovni medzinárodných investičných zmlúv, v rámci praxe medzinárodnej investičnej arbitráže bolo rozvinutých niekoľko ideí, ktoré ho objasňujú. Tieto princípy boli pomerne podrobne popísané tribunálom v prípade *Antaris v. Česká republika*²⁰⁴. Vo všeobecnosti existuje zhoda ohľadom nasledovného: legitímne očakávania vznikajú, keď sú investori komunikované určité reprezentácie, na ktoré sa investor opodstatnene spolieha v momente investície. Takéto očakávania sú chránené štandardom FET.

Pri detailnejšom pohľade na obsah konceptu legitímnych očakávaní naša obsahová analýza ukazuje, že hlavný sporný bod v praxi medzinárodnej investičnej arbitráže vo vzťahu k legitímnym očakávaniam je otázka špecifickosti uistení/reprezentácií/záväzkov ktoré sú dané investorom zo strany štátu. Táto otázka sa objavuje v 25 z 28 analyzovaných rozhodnutí (89,3 %).

²⁰⁴ *Antaris v. Czech Republic, Award*, 2018, s. 97-99.

Zatiaľ čo investori, štáty a tribunály sa v tejto otázke niekedy zhodnú, v iných prípadoch predstavuje táto otázka sporný bod. V prípade konfliktu sa spor ohľadom právneho princípu vzťahuje na to, či sú potrebné explicitné záruky zo strany štátu aby vznikli legitímne očakávania chránené v rámci FET, alebo stačia aj reprezentácie všeobecnejšej povahy. Konflikt bol výstižne vyjadrený tribunálom v prípade *Masdar v. Španielsko*, ktorý uviedol: „...jedna škola tvrdí, že takéto záruky môžu byť výsledkom všeobecných vyhlásení v rámci všeobecných zákonov alebo regulácií, druhí tvrdia, že takéto záruky musia byť špecifické. (...) Inak povedané, pre príslušníkov druhej školy nemôžu stabilizačné ustanovenia vychádzajúce zo všeobecnej legislatívy alebo politické vyjadrenia ako tlačové správy a iné vytvoriť legitímne očakávania.“²⁰⁵

V rámci procesu sa obhajoba snaží nastaviť vysokú latku na to, čo predstavuje „špecifické uistenia“ v rámci doktríny legitímnych očakávaní, zatiaľ čo navrhovateľ sa snaží definíciu rozšíriť o politické vyhlásenia a legislatívne ustanovenia všeobecnej povahy. Absencia jednoznačnej definície toho, z čoho presne špecifické záruky pozostávajú poskytuje tribunálom veľkú mieru flexibility pri rozhodovaní. Tento stav sa dá obhajovať tým, že dáva tribunálom možnosť v každom prípade zohľadniť jeho špecifiká, aj keď na druhú stranu ním trpí legitimita, predvídateľnosť a konzistentnosť celého systému.

Okrem konceptu „špecifických záruk/uistení“ pod koncept legitímnych očakávaní ešte spadá aj celková stabilita regulačného rámca. V tomto kontexte môže k zmareniu legitímnych očakávaní zahraničného investora môže dôjsť aj bez špecifických uistení, a to prostredníctvom „totálnej modifikácie celého regulačného rámca pre zahraničné investície v konkrétnom sektore.“²⁰⁶ Tento argument bol významný najmä v súvislosti s nedávnymi prípadmi proti Španielsku vo vzťahu k štátnej podpore investícií v solárnej energetike, ako napríklad *RREEF v. Španielsko*.

Posledný relevantný sporný bod, ktorý vyšiel z obsahovej analýzy vybraných rozhodnutí vo vzťahu k legitímnym očakávaniam je otázka „náležitej starostlivosti“, čo je koncept používaný obhajobou s cieľom obmedziť rozsah ochrany legitímnych očakávaní investora v rámci FET prostredníctvom“ zdôraznenia potreby starostlivej analýzy regulačného rámca pred zriadením investície.“²⁰⁷ Toto súvisí s už spomenutým princípom „opodstatnenosti“ očakávaní, ktorá je

²⁰⁵ *Masdar v. Spain*, Award. 2019, od. 507, 508.

²⁰⁶ *Tallin v. Estonia*, Award, 2019, s. 130, od. 590.

²⁰⁷ *Cube v. Spain*, Award, 2019, s. 110, od. 385.

nutná, aby boli očakávania považované za legitímne. Argument je založený na tvrdení, že očakávania môžu byť opodstatnené (a teda legitímne) iba v prípade ak sa zakladajú (okrem iného) na dôkladnej náležitej starostlivosti vykonanej v čase zriadenia investície, ktorá vyhodnocuje riziko regulácie v danom sektore. Ako poznamenal arbiter Vinuesa vo svojom čiastočnom nesúhlasnom stanovisku v prípade *Foresight v. Španielsko*: „Je mimo pochybnosť, že náležitá starostlivosť je nevyhnutnou podmienkou životaschopnosti sporu založeného na legitímnych očakávaniach.“²⁰⁸ Naša analýza naznačuje, že táto otázka je pomerne významná a vyvstáva až v 18 z 28 relevantných prípadov.

Je teda možné uzavrieť, že koncept legitímnych očakávaní je vágny nie je detailne definovaný. Legitímne očakávania sú koncept spadajúci pod teóriu ochrany zahraničných investícií, čo znamená, že vo vzťahu k obsahu tohto konceptu sa navrhovateľ snaží o jeho rozšírenie a obhajoba o jeho limitovanie. Očakávania sú považované za legitímne ak: 1) sú založené na špecifických uisteniach/reprezentáciách/zárukách (od ktorých niektoré tribunály požadujú aby boli explicitné), 2) vznikajú v čase zriadenia investície a 3) sú opodstatnené, teda založené na náležitej starostlivosti. Legitímne očakávania môžu dodatočne existovať vo vzťahu k totálnej modifikácii právneho rámca v konkrétnom sektore.

5.3.2 Legitímne očakávania a regulačná autonómia hostiteľského štátu

V tejto časti budú predstavené výsledky obsahovej analýzy vo vzťahu k tomu, ako do sporu a rozhodovania tribunálu vo vzťahu k legitímnym očakávaniam vstupuje teoretický rámec prezentovaný v tejto práci. Otázka, ktorá v tomto kontexte vyvstáva najčastejšie v praxi medzinárodnej investičnej arbitráže je otázka vyváženia regulačnej autonómie štátu oproti legitímnym očakávaniam investora. Táto otázka v skutočnosti na základe analýzy rozhodnutí tribunálov vyvstáva v každom z analyzovaných prípadov, aj keď je prezentovaná rôznymi spôsobmi a v rôznych kontextoch. Analýza ďalej ukazuje, že neexistujú jasne definované princípy, na základe ktorých by tribunály mohli konzistentne vyvážiť ochranu investícií a národnú suverenitu. Otázka je teda opäť plne v rukách tribunálov, ktoré rozhodujú na základe faktov konkrétnych prípadov.

²⁰⁸ *Foresight v. Spain*, Award, 2019 s. 155, od. 40.

Prvý spôsob, akým sa obhajoba tradične snaží posunúť rovnováhu medzi ochranou investícií a suverenitou na svoju stranu, je odkazom na „suverénnu autoritu vo vzťahu k zmene regulácií“²⁰⁹, alebo „slobodu slúžiť verejnému záujmu prostredníctvom legislatívnych zmien“²¹⁰. Takýmto tvrdeniam navrhovateľ v žiadnom z analyzovaných prípadov neodporuje a tribunály vo všeobecnosti uznávajú regulačnú právomoc štátu vo veciach verejného záujmu. Ide teda o stanovenie hranice medzi legitímnym regulačným opatrením a zmarením legitímnych očakávaní zahraničného investora.

Obhajoba sa v tomto prípade vždy snaží ustanoviť, že aby bolo vládne opatrenie považované za zmarenie legitímnych očakávaní, musí byť prekonaná vysoká latka vzhľadom na štátnu regulačnú autonómiu. Analýza ukazuje, že tento zámer je sledovaný obhajobou implicitne, alebo explicitne. Implicitné pokusy o nastavenie vysokej latky spočívajú v tom, že obhajoba napadnuté opatrenie dáva do súvisu s verejným záujmom, alebo priamo s regulačnou právomocou štátu. Tento typ argumentácie je prítomný v každom z analyzovaných prípadov. Aj keď je tento argument často prezentovaný v rámci obhajoby vo vzťahu k faktom a nie v rámci diskusie o právnych princípoch, to, že k tomu vždy dochádza prostredníctvom odkazu k princípu regulačnej právomoci znamená, že spadá do rámca tejto práce.

Podobný zámer obhajoba v niektorých prípadoch sleduje snahou o ustanovenie, že FET štandard neposkytuje ochranu, ktorá presahuje minimálny štandard zaobchádzania. V tomto kontexte je možné argumentovať, že minimálny štandard zaobchádzania v rámci medzinárodného obyčajového práva chráni investorov iba proti najzávažnejším aktom štátu. Tým, že je FET štandard obmedzený na minimálny štandard zaobchádzania sa obhajoba snaží nastaviť vysokú latku vo vzťahu k tomu, aké závažné musí byť konanie štátu aby došlo k zmareniu legitímnych očakávaní investora. Táto argumentácia je prítomná v 11 z 28 analyzovaných arbitrážnych rozhodnutí (39,2 %) a vo všetkých prípadoch je spochybnená navrhovateľom, ktorá vidí FET ako „nezávislý štandard“, ... „ktorý dopĺňa minimálny štandard zaobchádzania“²¹¹. Cieľom obhajoby je ustanoviť, že minimálny štandard zaobchádzania chráni proti konaniu štátu, iba keď toto konanie dosiahne úroveň „najzávažnejšieho činu“, spoliehajúc na pôvodnú formuláciu minimálneho štandardu zaobchádzania v prípade *Neer*. Prax tribunálov v tejto otázke nie je konzistentná a je

²⁰⁹ *9REN v. Spain*, Award, 2019, s. 80, od. 233.

²¹⁰ *Europa Nova v. Czech Republic*, Award, 2019, s. 133, od. 477

²¹¹ *RREEF v. Spain*, Award, 2018, 80, od. 252.

závislá na jednotlivých zmluvných režimoch. Napríklad v kontexte NAFTA tribunály FET zahŕňajú pod minimálny štandard zaobchádzanie v súlade s interpretačnými poznámkami Komisie voľného obchodu, ktoré stanovujú, že „koncepty štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania a ochrany a bezpečnosti nevyžadujú zaobchádzanie nad rámec medzinárodného minimálneho štandardu podľa obyčajového práva“²¹².

Je otázne, či táto argumentácia má nejaký vplyv na výsledok celého procesu, a to aj v prípade, ak tribunál dá za pravdu obhajobe v otázke vzťahu medzi FET a minimálnym štandardom zaobchádzania vzhľadom na vývoj minimálneho štandardu a súvisiacej „konvergenzie minimálneho štandardu zaobchádzania a FET postupom času“²¹³, ako tento proces charakterizoval tribunál v prípade *Clayton v. Kanada*. Detailne sa touto otázkou zaoberali tribunály v prípadoch *SASL v. Bolívia*, *Clayton v. Kanada* a *RREEF v. Španielsko*.

Explicitné pokusy o stanovenie vysokej latky vo vzťahu k zmareniu legitímnych očakávaní investora suverénnou reguláciou štátu sú zriedkavejšie a sú prítomné iba v štyroch analyzovaných rozhodnutiach. Obhajoba v *Union Fenosa v. Egypt* a *Clayton v. Kanada*, argumentovala že limit na zmarenie legitímnych očakávaní je vysoký. Táto otázka bola rozvinutá najmä v prípade *Clayton v. Kanada*, kde tribunál dospel k záveru, že „skutočne existuje vysoký limit pre článok 1105“²¹⁴, aj keď tribunál sa vnútorne nezhodol na tom, či bola táto hranica prekonaná. Podobne v prípade *RREEF v. Španielsko* sa tribunál venoval tejto otázke, pričom sa vyjadril, že štáty „majú priestor na manévrovanie v oblasti ekonomickej regulácie. To znamená, že dôkazná latka pre legitimitu akýchkoľvek očakávaní je vysoká“²¹⁵. V prípade *Marfin v. Cyprus* sa respondent snaží o využitie konceptu priestoru na manévrovanie (*margin of appreciation*), ktorý považuje za uplatniteľný v prípade „opatrení vo verejnom záujme, ako napríklad ochrana verejného zdravia alebo stabilita finančného systému ako celku“²¹⁶ vo vzťahu k otázke, či je nutné kompenzovať investora za zmarenie legitímnych očakávaní.

Na druhej strane, koncept ochrany investícií je zdôrazňovaný navrhovateľom v prípadoch medzinárodnej investičnej arbitráže. Cieľom je pochopiteľne nastavenie nízkej latky na to, čo reprezentuje zmarenie legitímnych očakávaní vo vzťahu k regulačným opatreniam hostiteľského

²¹² NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 2001, s. 1.

²¹³ *Clayton v. Canada*, Award, 2018, od. 123.

²¹⁴ *Clayton v. Canada*, Award, 2018, od. 441.

²¹⁵ *RREF v. Spain*, Award, 2018: od. 262.

²¹⁶ *Marfin v. Cyprus*, Award, 2018 s. 120.

štátu. Najčastejším javom v tomto ohľade je zo strany navrhovateľa poukázanie na účely investičnej zmluvy, ktoré vždy zahŕňajú (okrem iného) aj ochranu/podporu zahraničných investícií. Zároveň zdôrazňujú, že zmluvy, a tým pádom aj konflikt medzi ochranou investícií a suverenitou štátu by mali byť interpretované „vo svetle zámerov zmluvných strán ako ich reflektuje preambula BIT“²¹⁷, čo by malo viesť k interpretácii FET ako „širokého a flexibilného štandardu ochrany investícií“²¹⁸. Investori argumentujú, že princípy aplikované pri rozhodovaní o hranici medzi zmarením legitímnych očakávaní a suverénnym opatrením vo verejnom záujme by preto mali „tie, (princípy), ktoré sú orientované smerom k ochrane individuálnych ekonomických práv a záujmov“²¹⁹.

Špecifický kontext v tejto otázke reprezentuje režim Energetickej charty. V rámci režimu Zmluvy o Energetickej charte (ECT) sa investori často spoliehajú na údajný vyšší stupeň ochrany, ktorý táto zmluva poskytuje v porovnaní s tradičnými BIT. Táto argumentácia sa prejavuje najmä v prípadoch proti Španielsku v oblasti solárnej energie. Spoliehajúc napríklad na profesora Wäldeho, navrhovateľ argumentuje že ECT poskytuje „vysoký“ a nie „normálny“ stupeň ochrany zahraničných investorov „v porovnaní s inými BIT“ a že ochrana poskytovaná investorom v rámci ECT je „skôr extenzívna, ako reštriktívna“²²⁰. Podobne v prípade *Antin v. Španielsko* argumentoval investor, že „vzhľadom na špecifický dlhodobý charakter investícií v energetike, tento článok ustanovuje vysokú úroveň ochrany“²²¹.

Podobný efekt môže navrhovateľ dosiahnuť aj opačnou argumentáciou, kedy sa investor snaží stanoviť, že latka na to, aby bolo opatrenie považované za legitímnu reguláciu vo verejnom záujme za ktoré nie nutné investora kompenzovať je vysoká a je dosiahnutá iba opatreniami za účelom prevencie katastrofických následkov. Takúto argumentáciu využil napríklad investor v prípade *Antaris v. Česká republika*, ktorý tvrdil, že „... je úlohou obhajoby dokázať, že udržiavanie Režimu štátnej podpory,... by znamenalo katastrofické dopady pre českú ekonomiku“²²².

V tejto časti bolo ukázané, ako sa koncepty ochrany investícií a národnej suverenity dostávajú do konfliktu v rámci medzinárodnej investičnej arbitráže vo vzťahu k doktríne

²¹⁷ UP v. Hungary, Award, 2018, s. 121, od. 422

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ David Aven v. Costa Rica, Award, 2018, s. 113, od. 367.

²²⁰ Masdar v. Spain, Award, 2018, 141, od. 468.

²²¹ Antin v. Spain, Award, 2018, s. 98, od. 361.

²²² Antaris v. Czech Republic, Award, 2018, s. 93, od. 349.

legitímnych očakávaní. Z analýzy vyplýva, že arbitrážna judikatúra neposkytuje žiadne univerzálne princípy, ktoré by empiricky stanovovali hranicu medzi týmito hlavnými konceptami. Jednotlivé strany sporov sa snažia zdôrazňovať ochranu investícií a suverenitu respektíve. Tento stav poskytuje tribunálom vysokú mieru flexibility v rozhodovaní, ktoré môžu zamerať na fakty jednotlivých prípadov. Opäť to však do určitej miery podkopáva konzistentnosť a legitimitu systému medzinárodnej investičnej arbitráže. Vo vzťahu k ústrednej otázke tejto práce, teda k otázke posunu režimov ochrany zahraničných investícií smerom k ochrane suverenity hostiteľského štátu tieto závery naznačujú, že napriek výraznému posunu smerom ochrane suverenity pozorovanému v obsahu medzinárodných investičných zmlúv (kapitola 5) je možné, že na praktickej úrovni v rámci medzinárodnej investičnej arbitráže tento posun nebude mať výrazný efekt.

5.3.3 Legitímne očakávania ako súčasť medzinárodného štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania

Analyzované prípady demonštrujú takmer univerzálny konsenzus ohľadom otázky, či FET chráni legitímne očakávania investora. Z 28 analyzovaných rozhodnutí vyplýva, že ani jeden tribunál explicitne neodmietol legitímne očakávania ako koncept relevantný pre FET a aj obhajoba s jednou výnimkou akceptovala, že legitímne očakávania sú súčasťou FET. Výnimku predstavuje prípad *David Aven v. Kostarika*, v ktorom obhajoba argumentovala, že legitímne očakávania nie sú chránené v rámci FET. Kostarika sa spoliehala primárne na podanie tretej strany Spojených štátov, v ktorom USA zopakovali svoju pozíciu vyjadrenú už napríklad v rámci prípadu *Spence v. Kostarika*. Pozícia USA je, že „koncepty *dobrej viery a legitímnych očakávaní* nie sú komponentmi *rovnakého a spravodlivého zaobchádzania* v rámci obyčajového medzinárodného práva, ktoré by dávali vznik nezávislým povinnostiam hostiteľského štátu“²²³. Podobnú pozíciu tiež vyjadrili aj ostatné strany Dohody o voľnom obchode Strednej Ameriky a Dominikánskej republiky (DR-CAFTA)²²⁴. Tribunál v *David Aven v. Kostarika* zobral na vedomie rozpor

²²³ David Aven v. Costa Rica, Award, 2018, s. 19.

²²⁴ Pozri napr. *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No ARB/07/23, Submission of El Salvador as a Non-Disputing Party, January 1, 2012, para. 7.

v pozíciách strán sporu, avšak rozhodol, že „fakty tohto špecifického prípadu nevyžadujú, aby tribunál strávil čas analýzou tejto otázky“²²⁵.

Zatiaľ čo obsahová analýza, ktorej výsledky sú v tejto časti prezentované naznačuje, že z hľadiska frekvencie výskytu v procesoch táto otázka nie je významná, fakt, že zmluvné strany DR-CAFTA interpretujú FET bez ochrany legitímnych očakávaní naznačuje, že táto otázka môže získať viac pozornosti v blízkej budúcnosti, a to najmä, ak zoberieme do úvahy, že túto interpretáciu prevzali aj Spojené štáty americké, ktoré patria medzi najväčších importérov aj exportérov kapitálu a tým pádom medzi hlavných aktérov investičných režimov.

²²⁵ David Aven v. Costa Rica, Award, 2018, s. 24(92).

Tabuľka 1 – Hlavné otázky vo vzťahu k legitímnym očakávaniam v rozhodnutiach tribunálov z rokov 2018 – 2019 na základe frekvencie ich výskytu v rozhodnutiach tribunálov

Teória	Koncept	Frekvencia výskytu (z 28)	Sporná/nesporná (vo vzťahu k právnemu princípu)
SUVERENITA	regulačná právomoc/Verejný záujem/Regulačná autonómia	28	Nie
	FET obmedzený na minimálny štandard zaobchádzania (MST)	11	Áno
	Zmarenie legitímnych očakávaní má vysokú latku (explicitne)	4	Áno
	Legitímne očakávania nie sú súčasťou FET	1	Áno
OCHRANA INVESTÍCIÍ	Účelom zmluvy je ochrana investícií	11	Nie
	FET ako autonómny štandard (ktorý presahuje MST)	8	Áno
DOKTRÍNA LEGITÍMNYHC OČAKÁVANÍ	Špecifické uistenia/záruky/reprezentácie	25	Áno
	Náležitá starostlivosť (ako predpoklad legitímnych očakávaní)	11	Nie

5.3.4 Legitímne očakávania a nová generácia medzinárodných investičných zmlúv

Prípady, ktoré sú v súčasnosti posudzované investičnými tribunálmi boli iniciované na základe starších zmlúv. V tejto časti bude preto deduktívnou logikou priblížené, aký vplyv budú mať zmeny v novej generácii investičných zmlúv na prax medzinárodnej investičnej arbitráže vo

vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní. Táto stručná analýza bude vychádzať z výsledkov prezentovaných v kapitole 5 (investičné zmluvy) a kapitole 6 (judikatúra ohľadom legitímnych očakávaní). V tejto časti teda budú prezentované najnovšie trendy v obsahu investičných zmlúv vo vzťahu k FET štandardu a na základe toho, ako tribunály k legitímnym očakávaniam pristupujú bude deduktívne analyzované, či tieto zmeny budú mať vplyv na judikatúru medzinárodnej investičnej arbitráže.

Najdôležitejší trend v oblasti nových investičných zmlúv týkajúci sa legitímnych očakávaní sú špecifikácie, ktoré nové zmluvy obsahujú vo vzťahu k štandardu FET. Staršie zmluvy jednoducho ukladajú zmluvným stranám dodržiavať vo vzťahu k zahraničným investorom štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania. Novšie zmluvy často bližšie špecifikujú, aké konanie štátu predstavuje porušenie FET. Iba tri zmluvy z 22 analyzovaných zmlúv, ktoré štandard FET obsahujú, ho nemajú bližšie špecifikovaný. Zákaz marenia legitímnych očakávaní nie je v nových zmluvách explicitne ustanovený ako substantívny princíp, ktorý musia štáty dodržiavať v rámci FET, legitímne očakávania však nie sú zo štandardu explicitne vyňaté a je preto možné očakávať, že si zachovajú svoju prominentnú úlohu pri determinácii porušenia štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania.

Význam legitímnych očakávaní je navyše podporený explicitnými zmienkami v rámci špecifikácií štandardu FET v niektorých nových zmluvách. Ako príklad tu môžu poslúžiť už spomínané zmluvy Európskej únie s Kanadou, Singapurom a Vietnamom, ktoré špecifikujú, že pri rozhodovaní ohľadom toho, či došlo k porušeniu FET „môže (tribunál) vziať do úvahy, či zmluvná strana poskytla investorovi osobitné vyjadrenia, aby ho primäla na uskutočnenie investície upravenej touto dohodou, ktoré vyvolali oprávnené očakávania, na ktoré sa investor spoliehal pri rozhodovaní, či má uskutočniť alebo zachovať investíciu upravenú touto dohodou, čo následne táto zmluvná strana zmarila“²²⁶. Tieto formulácie upevňujú miesto legitímnych očakávaní v architektúre FET.

Čo sa však týka bližšej špecifikácie ohľadom definície legitímnych očakávaní a situácií, ktoré je možné považovať za ich zmarenie, k týmto otázkam sa zmluvy nevyjadrujú, s výnimkou dvoch najnovších zmlúv EÚ, ktoré stanovujú, že „zmarenie legitímnych očakávaní samo osebe

²²⁶ CETA, 2016, čl. 8.10(4).

nepredstavuje porušenie FET²²⁷, čo ide do určitej miery proti existujúcej praxi medzinárodných investičných arbitráží, v ktorých tento princíp absolútne absentuje. Niektoré zmluvy ďalej ukladajú zmluvným stranám vytvoriť komisie, v rámci ktorých by malo dôjsť k ďalším diskusiám k špecifikácii štandardu FET²²⁸.

K otázkam, ktoré naša analýza v tejto kapitole ukázala, že sú najčastejšie diskutované na úrovni medzinárodnej investičnej arbitráže, sa nové zmluvy nevyjadrujú. Legitímne očakávania zostávajú nedefinovaným konceptom v rámci medzinárodných investičných zmlúv, s výnimkou „osobitných vyjadrení“, ktorý sa dá zahrnúť pod koncept špecifických uistení/záruk/reprezentácií. Zmluvy však neposkytujú žiadnu ďalšiu indíciu, čo si pod týmto konceptom treba predstaviť, čo znamená, že konflikt v tejto otázke, ktorý sme v predchádzajúcej časti priblížili na úrovni investičných tribunálov zostane nevyriešený. Výsledkom tohto stavu je, že tribunály si zachovávajú vysokú mieru flexibility v rozhodovaní ohľadom legitímnych očakávaní aj v rámci novej generácii investičných zmlúv. Zmenu v tomto smere môžu v tomto smere teoreticky priniesť záväzné interpretácie ustanovení investičných zmlúv zo strany zmluvných strán, keďže v predchádzajúcej časti sme ukázali, že napríklad zmluvné strany DR-CAFTA legitímne očakávania nepovažujú za súčasť FET. Príkladom takýchto interpretácií sú napríklad Poznámky k interpretácii NAFTA zo strany Komisie pre voľný obchod²²⁹.

Druhý smer, ktorým sa malá menšina investičných zmlúv vydáva a ktorý majú evidentný dopad na judikatúru vo vzťahu k legitímnym očakávaniam, je vynechanie ustanovenia o FET. Toto je prípadom napríklad v nových brazílskych investičných zmluvách (*Cooperation and Facilitation Investment Agreements*), ktoré explicitne stanovujú, že „štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania a úplnej ochrany a bezpečnosti nie sú pokryté touto dohodou a nebudú použité ako interpretatívne štandardy v procese urovnávania sporov medzi investorom a štátom.“²³⁰ Takéto explicitné vylúčenie FET je výnimočným prípadom brazílskych zmlúv, avšak FET neobsahuje napríklad ani zmluva medzi Indiou a Belgickom²³¹ a zmluva medzi Spojenými arabskými

²²⁷ Investment Protection Agreement Between The European Union And Its Member States, Of The One Part, And The Republic Of Singapore, Of The Other Part, 2018, čl. 2.4(3) – pozn, pod čiarou.

²²⁸ Pozri napr. Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam of the other part, 2019, čl. 2.5

²²⁹ Pozri NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 2001.

²³⁰ Cooperation And Facilitation Investment Agreement Between The Federative Republic Of Brazil And The United Arab Emirates, 2019, čl. 4(3).

²³¹ Treaty Between The Republic Of Belarus And The Republic Of India On Investments, 2018.

emirátmi a Kazachstanom²³². Tieto zmluvy výrazne obmedzujú význam konceptu legitímnych očakávaní v praxi medzinárodnej investičnej arbitráže. Legitímne očakávania môžu byť stále použité aj v rámci sporu založeného na vyvlastnení²³³, avšak naša analýza ukazuje, že toto nepredstavuje bežný spôsob argumentácie.

Významný vývoj v kontexte legitímnych očakávaní predstavuje aj spresnenie, ktoré obsahuje 18 z 22 analyzovaných zmlúv, ktoré obsahujú FET štandard, že FET „nevyžaduje zaobchádzanie, ktoré presahuje minimálny štandard zaobchádzania podľa medzinárodného obyčajového práva.“²³⁴. Ako sme ukázali v prechádzajúcich riadkoch, minimálny štandard zaobchádzania môže mať rôzne interpretácie v rôznych kontextoch. V rámci USMCA („nová NAFTA“) by táto formulácia mohla znamenať, že legitímne očakávania nehrajú úlohu pri rozhodovaní, či došlo k porušeniu FET, vzhľadom na už spomenuté vyjadrenie predstaviteľov USA v prípade *David Aven v. Kostarika*. Tribunály v iných zmluvných režimoch však môžu naďalej dôjsť k záveru, že vo svetle vývoja minimálneho štandardu zaobchádzania a jeho konvergenzie s štandardom FET zohrávajú legitímne očakávania úlohu pri rozhodovaní o porušení FET.

Na záver tejto analýzy ešte treba zdôrazniť jednu oblasť vývoja investičných zmlúv, ktorú sme demonštrovali v piatej kapitole, a to proliferáciu výnimiek v investičných zmluvách, ktoré z ich pôsobnosti vynímajú celé oblasti opatrení štátu. Menej sa to týka všeobecných výnimiek, ktoré zdôrazňujú regulačnú právomoc štátu vo veciach verejného záujmu, keďže ako sme ukázali v rámci analýzy rozhodnutí investičných tribunálov v tejto časti práce, tribunály nespochybňujú tento koncept ani na základe zmlúv, ktoré tieto všeobecné výnimky neobsahujú. Väčší vplyv na judikáтуру budú mať zrejme konkrétne výnimky, napríklad vo vzťahu k daňovým a prudenciálnym opatreniam, alebo pre krajinu špecifické výnimky, ako napríklad kultúrne odvetvia v kanadských zmluvách.

Záverom je možné konštatovať, že do takej miery, do akej je možné predvídať interpretáciu nových ustanovení tribunálmi na základe analýzy ich súčasnej judikáтуры, budú mať nové trendy v investičných zmluvách relatívne obmedzený dopad na investičnú prax vo vzťahu ku konceptu

²³² Agreement between the Government of the Republic of Kazakhstan and the Government of the United Arab Emirates on Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2018.

²³³ Dolzer R., Schreuer CH. Principles of international investment law, 2012, s. 230.

²³⁴ Agreement Between Australia And The Oriental Republic Of Uruguay On The Promotion And Protection Of Investments, 2019

legitímnych očakávaní na základe paralelnej analýzy investičných zmlúv a rozhodnutí investičných tribunálov. Výnimku v tomto smere tvoria zmluvy, ktoré štandard FET neobsahujú. Zmenu v rámci praxe medzinárodnej investičnej arbitráže majú ešte potenciál zmeniť záväzné interpretácie ustanovení investičných zmlúv zo strany zmluvných strán, najmä v kombinácií s obmedzením FET na minimálny štandard zaobchádzania a konkrétne výnimky týkajúce sa oblastí opatrení vyňatých z pôsobnosti zmluvy. Posun medzinárodných investičných režimov smerom k silnejšej ochrane národnej suverenity hostiteľského štátu, ktorý je možné pozorovať v obsahu medzinárodných investičných zmlúv preto nemusí mať výrazný dopad na prax medzinárodnej investičnej arbitráže.

6. Diskusia

Diskusia k teoretickým a praktickým implikáciám tejto práce bude rozdelená na dve časti s cieľom rozvinúť výsledky práce a zasadiť ich do teoretického rámca prezentovaného v kapitole 2. V prvej časti budú výsledky prezentované v kapitolách 5 a 6 interpretované na úrovni teoretickej diskusie medzi neorealizmom a neoliberalizmom a v druhej časti bude rozvinutý normatívny argument ohľadom konfliktu medzi suverenitou hostiteľského štátu a medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investícií.

6.1 Výsledky práce v kontexte teórie medzinárodných vzťahov

Napriek podobným metodologickým a konceptuálnym východiskám prezentujú neorealizmus a neoliberalizmus dva odlišné obrazy medzinárodných vzťahov. Neorealizmus vidí medzinárodné vzťahy z hľadiska súperenia suverénnych národných štátov, ktoré využívajú mocenské nástroje na sledovanie svojich národných záujmov v anarchickom prostredí. Neoliberalizmus síce uznáva kľúčový význam národných štátov, avšak zdôrazňuje vplyv medzinárodných režimov na ich interakciu. V rámci konfliktu medzi národnou suverenitou hostiteľského štátu a medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investícií zodpovedajú neoliberalnej koncepcii režimy, ktoré kladú dôraz na koncept ochrany investícií a obmedzenie štátnej suverenity, ktoré zároveň posilňujú nadnárodné korporácie a medzinárodné inštitúcie ako aktérov medzinárodných ekonomických vzťahov v porovnaní s národnými štátmi. Neorealistickej koncepcii naopak lepšie zodpovedajú režimy, ktoré chránia suverenitu štátu v najväčšej možnej miere, a tým pádom upevňujú ich pozíciu ako kľúčových aktérov medzinárodných ekonomických vzťahov.

Táto práca si dala za úlohu skúmať vývoj režimov medzinárodného investičného práva vo vzťahu ku konfliktu medzi suverenitou hostiteľského štátu a ochranou zahraničných investorov na úrovni medzinárodných investičných zmlúv (kapitola 5) a na úrovni rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov (kapitola 6). Vo vzťahu k obsahu medzinárodných investičných zmlúv výskum potvrdil, že vo väčšine relevantných oblastí ochrany zahraničných investícií nové zmluvy posilňujú suverenitu hostiteľského štátu prostredníctvom rozšírenia priestoru na reguláciu ekonomického prostredia. Tento výsledok bol potvrdený vo všeobecnej rovine prostredníctvom

porovnania vzorky nových investičných zmlúv so vzorkou starších investičných zmlúv a aj v rámci analýzy investičných zmlúv kľúčových aktérov medzinárodných investičných režimov.

V rámci všeobecnej časti (kapitola 5.1) ukázala obsahová analýza medzinárodných investičných zmlúv, že hlavné ustanovenia v nových investičných zmluvách posilňujú regulačnú právomoc štátu. Medzi najvýznamnejšie príklady patria režimy národného zaobchádzania, ktoré sú v nových zmluvách obmedzené omnoho početnejšími výnimkami z týchto režimov ako v minulosti. Príkladom je napríklad výhrada Slovenskej republiky v rámci CETA, ktorá ustanovuje, že „zahraničné spoločnosti alebo fyzické osoby nesmú nadobúdať poľnohospodársku a lesnú pôdu mimo hraníc zastavanej oblasti obce....“ V iných prípadoch sú tieto výhrady ešte rozsiahlejšie, ako napríklad v prípade čínskej BIT s Južnou Kóreou, v rámci ktorej sa režim národného zaobchádzania „netýka žiadneho nekonformného opatrenia platného na území Čínskej ľudovej republiky...“²³⁵ Práca ďalej poukazuje na nové definície investície, ktoré z medzinárodnoprávnej ochrany vynímajú mnohé druhy kapitálu, ktoré boli zmluvami v minulosti chránené. Príkladom sú napríklad portfóliové investície predstavujúce menej ako desaťpercentný podiel, ktoré sú vo väčšine nových BIT z definície investície vyňaté. Možno najvýraznejším zásahom do medzinárodnoprávnej ochrany zahraničných investícií predstavujú zmluvy z ktorých explicitne vyňatý kľúčový štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania, ako je tomu v prípade nových BIT Brazílie. Výnimku v tomto trende posilňovania štátnej suverenity tvoria iba ustanovenia o dodatočných požiadavkách, ktoré sú obširnejšie, čo znamená, že obmedzujú regulačnú právomoc štátu vo väčšej miere v porovnaní so staršími zmluvami. Týka sa to napríklad zákazu požiadaviek na transfer technológií, čo je požiadavka, ktorá nebola v starších zmluvách vo väčšine prípadoch zakázaná²³⁶.

V rámci analýzy postojov kľúčových aktérov medzinárodných investičných režimov (kapitola 5.2) možno konštatovať, že väčšina analyzovaných aktérov sa v oblasti uzatvárania medzinárodných investičných zmlúv v súčasnosti prikláňa k zvýšenej ochrane národnej suverenity. Výnimku v určitom zmysle predstavuje Čína, ktorá sa v skutočnosti posunula smerom k posilneniu ochrany zahraničných investícií, avšak je to dané tým, že historicky zastávala Čína postoj extrémnej ochrany štátnej suverenity na úrovni investičných zmlúv. Vo vzťahu

²³⁵ Agreement Between The Government Of The People's Republic Of China And The Government Of The Republic Of Korea On The Promotion And Protection Of Investments, 2008, čl. 3(2).

²³⁶ Z nových zmlúv, ktoré zákaz tejto požiadavky obsahujú, pozri napr. Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement ("Iacepa"), 2019, art. 14.6(1.e).

k štandardným medzinárodným zmluvám obsahujú aj súčasné čínske zmluvy silnú ochranu suverenity hostiteľského štátu. Okrem tohto všeobecného trendu smerovania k väčšej ochrane štátnej suverenity nie je v kontexte základného konfliktu tejto práce možné pozorovať žiadne ďalšie významné trendy vo vzťahu k postojom analyzovaných aktérov. V teoretickej rovine možno sformulovať hypotézu, že štáty s negatívnymi skúsenosťami s urovnávaním sporov medzi zahraničným investorom a hostiteľským štátom budú mať tendenciu podpisovať zmluvy so silnejšou ochranou suverenity ako štáty, ktorých investori sú vo väčšine prípadov žalujúcou stranou, avšak analýza v tejto práci ukazuje, že napríklad Brazília podpísala v posledných rokoch zmluvy s mimoriadne vysokou mierou ochrany suverenity napriek tomu, že nemá žiadne skúsenosti s medzinárodnou investičnou arbitrážou, zatiaľ čo Argentína, ktorá patrí medzi najčastejšie žalované štáty v tom istom období podpísala zmluvy s relatívne slabšou ochranou národnej suverenity. Rozdiely sú minimálne aj v porovnaní medzi rozvinutými a rozvojovými štátmi, kde síce môžeme pozorovať vyššiu mieru ochrany suverenity v prípade Indie a Brazílie, a to najmä vo vzťahu k štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania, avšak zmluvy podpísané v posledných rokoch Argentínou nedosahujú podobnú mieru ochrany suverenity ako napríklad zmluvy Európskej únie, ktorá je najväčším exportérom kapitálu na svete. Významný trend nie je možné pozorovať ani vo vzťahu k rozdielu medzi čistými kapitálovými exportermi a importermi.²³⁷

Z uvedeného vyplýva, že v rámci otázky ohľadom súčasných trendov v oblasti vyjednávania medzinárodných investičných zmlúv je možné konštatovať relevantné závery najmä vo vzťahu k všeobecnému trendu posilňovania národnej suverenity. V rovine teoretickej diskusie medzi neorealizmom a neoliberalizmom to znamená, že trendy v oblasti medzinárodných investičných režimov lepšie zodpovedajú neorealistickej koncepcii zdôrazňujúcej kľúčovú rolu národných štátov v medzinárodných vzťahoch. Vzhľadom na posilnenie regulačnej právomoci hostiteľských štátov, obmedzenie definície investícií chránených investičnými zmluvami a limitovanie prístupu zahraničných investorov k medzinárodnej investičnej arbitráži, dochádza zároveň k oslabeniu pozície nadnárodných korporácií v medzinárodných ekonomických vzťahoch a zároveň k oslabeniu vplyvu nadnárodných inštitúcií, ako napríklad medzinárodných investičných tribunálov na konanie národných štátov. Vzhľadom na to, že základným pilierom

²³⁷ Analýzu v tejto oblasti ďalej komplikuje fakt, že nie všetky kapitálové toky by sa dali zhrnúť pod definíciu investície v rámci medzinárodných investičných zmlúv.

neoliberálnej teórie medzinárodných vzťahov je práve schopnosť medzinárodných režimov regulovať konanie štátov, predstavuje súčasný vývoj medzinárodných investičných režimov oslabenie schopnosti neoliberalizmu vysvetliť a interpretovať dianie v tejto oblasti.

Výsledky práce vo vzťahu k obsahu medzinárodných investičných zmlúv sú tiež zaujímavé v súvislosti s globálnym nárastom opozície voči neoliberalným ekonomickým režimom a nárastom popularity ekonomického nacionalizmu reprezentovaného napríklad politikou Donalda Trumpa. Opatrnosť vo vzťahu k prílevu zahraničného kapitálu najmä v strategických oblastiach sa však týka všetkých významných svetových ekonomík. Svetová investičná správa za rok 2019 v časti, v ktorej sa venuje súčasným trendom v oblasti národných politik, špecificky zdôrazňuje trend zavádzania opatrení, ktoré predstavujú obmedzenia pre zahraničných investorov, a to primárne z dôvodu národných záujmov. Špeciálne miesto v tejto oblasti zaujíma proliferácia skríningových mechanizmov, ktorými sa štáty snažia brániť najmä citlivé oblasti súvisiace s vývojom nových technológií. V roku 2018 identifikoval UNCTAD 24 krajín, ktoré majú špeciálne skríningové procedúry, pričom tieto štáty spolu reprezentujú 76% svetového HDP²³⁸. Medzinárodné investičné zmluvy teda predstavujú jednu z oblastí, v ktorej sa v rámci súperenia medzi národnými štátmi, nadnárodnými korporáciami a medzinárodnými inštitúciami v posledných rokoch prejavuje trend posilňovania národných štátov.

Výsledky analýzy investičných zmlúv sú do určitej miery relativizované analýzou vzťahu medzi suverenitou hostiteľského štátu a medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investícií na úrovni medzinárodnej investičnej arbitráže. Analýza rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov v otázke legitímnych očakávaní ukázala, že oblasti, v ktorých je posilnená suverenita národných štátov v rámci investičných zmlúv nie sú oblasti, v ktorých najčastejšie prebieha spor v rámci medzinárodnej investičnej arbitráže. To by mohlo znamenať, že praktický dopad posunu smerom k ochrane suverenity národných štátov na úrovni investičných zmlúv môže byť v oblasti medzinárodnej investičnej arbitráže menší, ako by naznačoval vývoj obsahu medzinárodných investičných zmlúv. Priamy dopad budú z hľadiska tejto analýzy mať najmä výnimky v oblasti regulačnej právomoci štátu, avšak aj v tejto oblasti zostáva otázkou, ako budú tieto výnimky interpretované samotnými tribunálmi²³⁹. Vo svetle praktického fungovania režimov ochrany

²³⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2019*, [cit. 2019-17-08]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf, s. 86.

²³⁹ Pozri HENCKELS, C. Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions? B.C.L. Review. 2825, 2018.

zahraničných investícií je preto potrebné poukázať na to, že aj keď v rámci obsahu medzinárodných investičných zmlúv môžeme pozorovať jasný trend posilňovania národnej suverenity hostiteľského štátu, na základe analýzy rozhodovania medzinárodných investičných tribunálov je možné predvídať, že režimy medzinárodnej investičnej arbitráže budú schopné týmito zmenám do určitej miery odolávať, vzhľadom na to, že spomínané zmeny v medzinárodných investičných zmluvách, najmä v prípade najvýznamnejších aktérov nekopírujú v plnej miere najvýznamnejšie trendy v rámci investičných sporov.

Obsahová analýza rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov publikovaných v období 2018 – 2019 napríklad ukazuje, že koncept legitímnych očakávaní je súčasťou žaloby v takmer všetkých prípadoch, avšak jeho ošetrovanie v obsahu investičných zmlúv je pomerne obmedzené, čo znamená, že v tejto kľúčovej oblasti zostáva moc v rukách medzinárodných investičných tribunálov, ktoré koncept legitímnych očakávaní interpretujú. Táto moc im bola odopretá iba v prípade zmlúv, ktoré neobsahujú štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania, ako napríklad investičné zmluvy Brazílie. Podobný efekt však v budúcnosti môžu mať aj záväzné interpretácie investičných zmlúv zmluvnými stranami, keďže napríklad zmluvné strany DR CAFTA a takisto USA sa v rámci medzinárodných investičných sporov už vyjadrili, že koncept legitímnych očakávaní nepovažujú za súčasť štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania. Závery kapitoly 6 nasvedčujú tomu, že vo vzťahu k teoretického konfliktu medzi neoliberalizmom a neorealizmom nemusia zmeny v obsahu medzinárodných investičných zmlúv viesť k spochybneniu neoliberálneho dôrazu na význam nadnárodných korporácií a medzinárodných inštitúcií regulujúcich konanie národných štátov vzhľadom na to, že v praxi medzinárodnej investičnej arbitráže zostáva právomoc interpretovať najrelevantnejšie koncepty, ako napríklad legitímne očakávania zahraničných investorov v rukách investičných tribunálov.

V teoretickom rámci tejto práce je preto možné konštatovať, že v rámci medzinárodných investičných zmlúv dochádza k posilneniu suverenity národných štátov v súlade s neorealisticou koncepciou. Je však otázne, či sa tento trend naplno odzrkadlí aj v rozhodovacej praxi medzinárodných investičných tribunálov.

6.2 Normatívna analýza konfliktu medzi národnou suverenitou hostiteľského štátu a medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investícií

V nasledujúcich riadkoch táto práca rozvíja normatívny argument ohľadom toho, či je z globálneho hľadiska lepšie vytvárať investičné režimy zamerané na ochranu investícií, alebo na ochranu národnej suverenity. Napriek tomu, že vedecká práca musí spĺňať kritérium objektivity, nevylučuje to normatívnu argumentáciu ohľadom praktického uplatňovania jej výsledkov. Naopak, v prípade spoločenských vied je vždy užitočné analyzovať empirický výskum aj z hodnotového hľadiska. Otázka je v tejto časti postavená všeobecne vzhľadom na to, že vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou investícií a ochranou národnej suverenity sa pohybujeme na kontinuu. To znamená, že odpoveď na otázku nebude vo forme tvrdenia, že investičné režimy by mali poskytovať nedotknuteľnú ochranu zahraničných investícií, respektíve absolútnu suverenitu národným štátom, ale skôr na ktorú stranu spektra by sa režimy mali prikláňať. Analýza v tejto časti bude relevantná primárne pre liberálne demokracie, respektíve pre režimy, v ktorých sa verejnosť podieľa na politickej moci.

Otázka je zameraná na porovnanie dvoch alternatív investičných režimov. Jedna alternatíva je zameraná na ochranu investícií a druhá je zameraná na ochranu národnej suverenity. Na zodpovedanie položenej otázky je najprv nutné zadať kritériá na základe ktorých budú jednotlivé alternatívy porovnávané. Táto analýza bude zámerne ignorovať materiálne hľadisko, v rámci ktorého by sme sa pýtali, ktorá alternatíva vedie k väčšej celkovej prosperite. Zatiaľ čo táto otázka je nepochybne kľúčová pre objektívne zhodnotenie tu predstavených alternatív, ďaleko presahuje možnosti tejto práce a predstavuje empirickú otázku, ktorej zodpovedanie by bolo predmetom samostatného výskumného projektu. Položená otázka bude preto vyhodnotená z čisto normatívneho hľadiska, kedy nás bude zaujímať, ktorá z uvedených alternatív lepšie zodpovedá univerzálnym hodnotám slobody a demokracie. Uvedomujeme si samozrejme, že takto formulované kritérium na vyhodnotenie položenej otázky vychádza z určitých predpokladov, ktoré sú v rámci spoločenských vied niekedy spochybňované. Postmoderné koncepcie napríklad často odmietajú existenciu univerzálnych a uchopiteľných hodnôt ako sloboda alebo demokracia. Podrobná diskusia na túto tému však predstavuje rozsiahlu a nie veľmi zaujímavú odchýlku od cieľov tejto časti, a preto budú tieto univerzálne hodnoty brané ako axiómy. V tomto stručnom

texte bude sloboda a demokracia brané ako vyjadrenie schopnosti človeka ovplyvniť rozhodovanie o záležitostiach týkajúcich sa jeho života.

Otázka ohľadom toho, aký typ investičných režimov by mal byť preferovaný (chrániaci investície, alebo chrániaci suverenitu) sa dá zredukovať na otázku, či by v investičných režimoch mali dostávať prednosť záujmy zahraničných investorov alebo národných štátov. Na zodpovedanie takto položenej otázky je potrebná aspoň základná inštitucionálna analýza týchto aktérov z hľadiska kritérií, ktoré sme stanovili na vyhodnotenie našej otázky.

Moderný národný štát predstavuje autoritatívnu inštitúciu, ktorá využíva monopol na použitie násilia na svoju ochranu a na dosiahnutie svojich inštitucionálnych cieľov. V tomto zmysle predstavuje inštitúciu, ktorá obmedzuje slobodu jednotlivcov. Posilnenie štátu v ktorejkoľvek oblasti preto vedie do určitej miery k oslabeniu individuálnej a kolektívnej slobody v spoločnosti. Na druhú stranu však v rámci historického vývoja došlo k zmenám v inštitucionálnej štruktúre štátu, ktoré v dnešnej dobe umožňujú určitú (aj keď obmedzenú) mieru kontroly obyvateľstva nad konaním štátu. Tieto zmeny zahŕňali okrem iného postupné rozširovanie volebného práva a zavedenie del'by moci na úrovni štátnych orgánov. Tieto zmeny umožňujú nielen vyššiu mieru kontroly obyvateľstva nad konaním štátu ako celku, ale zároveň sú aj dôkazom možnosti vplyvu populácie na jeho inštitucionálnu štruktúru. Práve preto môžeme konštatovať, že napriek autoritatívnemu charakteru má moderný liberálne orientovaný štát zároveň prvky demokratickej inštitúcie.

Čo sa týka zahraničných investorov, tak v drvivej väčšine prípadov ide o nadnárodné korporácie. Nadnárodné korporácie majú výrazne hierarchickú inštitucionálnu štruktúru, kde sa typicky na vrchu nachádza správna rada reprezentujúca majiteľov korporácie a výkonný riaditeľ, zodpovedný za vedenie korporácie. Pod nimi sa v pyramídovej štruktúre nachádza viacero vrstiev manažérov a na spodku sú zamestnanci. Ide o autoritatívnu inštitúciu, na ktorej rozhodovanie nemajú jej zamestnanci, podobne ako aj všeobecná verejnosť žiadny vplyv, so striktno top-down rozhodovacím modelom. Hlavnou funkciou korporácie je generovanie zisku, pričom inštitucionálna štruktúra zaručuje, že táto funkcia má prioritu. Moderná korporácia samozrejme predstavuje ekonomický aj morálny pokrok vo vzťahu k historickým ekonomickým inštitúciám, ako napríklad otrokárstvo alebo feudalizmus, avšak je nutné si uvedomiť jej inštitucionálne funkcie a štruktúru a ich obmedzenia a limity, aby sme mohli na politickej úrovni dospieť k racionálnym postojom.

V rámci medzinárodných investičných režimov sa hovorí o rozhodovaní ohľadom toho kto, kde, ako a za akým účelom využíva kapitál na poskytovanie tovarov a služieb. Vzhľadom na stručnú inštitucionálnu analýzu v predchádzajúcich riadkoch na úrovni medzinárodných investičných režimov ide o rozdiel medzi situáciou, kedy o týchto otázkach rozhoduje nadnárodná korporácia, ktorá sa nezodpovedá nijakej ďalšej štruktúre, alebo do tohto rozhodovania hovorí v určitej miere aj štát ktorý je v modernej spoločnosti síce pomerne málo naviazaný na verejnú mienku a demokratický tlak, avšak aspoň do určitej miery sa zo svojej činnosti zodpovedá verejnosti (napr. prostredníctvom volieb). Štát do tohto rozhodovacieho procesu vstupuje najmä reguláciou investičného prostredia. Štát samozrejme môže vystupovať aj v pozícii investora, režimy ochrany investícií sa však tradične týkajú ochrany súkromných investorov.

Na základe tohto argumentu by na normatívnej úrovni mal byť základný postoj k režimom ochrany investícií ako inštitucionálnym usporiadaniam, ktoré zo svojej podstaty obmedzujú suverenitu národných štátov v prospech slobody nadnárodných korporácií skeptický. To znamená, že „*ceteris paribus*“ by mala na úrovni investičných zmlúv aj na úrovni medzinárodnej investičnej arbitráže dostať prednosť národná suverenita, ako koncept, ktorý je nositeľom (aj keď obmedzenej) demokratickej legitimacy.

Realita svetovej ekonomiky samozrejme znemožňuje aplikáciu tohto princípu univerzálne. V reálnom svete je pri vyhodnocovaní či už ustanovení investičných zmlúv alebo princípov medzinárodnej investičnej arbitráže vždy nutné počítať aj s kritériom, ktoré sme na začiatku tejto úvahy odložili stranou, teda materiálnym kritériom, ktoré berie do úvahy, ktorá alternatíva vedie k väčšej celkovej prosperite spoločnosti. Tu prichádzajú do hry empirické otázky, ktoré boli prezentované v rámci súčasného stavu skúmanej problematiky, ako napríklad hypotéza ohľadom vzťahu medzi priamymi zahraničnými investíciami a HDP a vzťahom medzi existenciou právneho režimu investičných zmlúv a mierou priamych zahraničných investícií. Ak by sa napríklad ukázalo, že existuje silný kauzálny vzťah medzi mierou priamych zahraničných investícií a rastom HDP hostiteľskej krajiny a zároveň by sa ukázalo, že režimy ochrany zahraničných investícií v rámci ktorých prevažujú princípy ochrany investícií nad národnou suverenitou vedú k vyššej miere priamych zahraničných investícií, tak by bolo možné argumentovať, že navzdory normatívne argumentu v prospech národnej suverenity je potrebné z materiálneho hľadiska zaviesť režimy, ktoré suverenitu obmedzujú. Kauzálny vzťah medzi prítomnosťou bilaterálnych

investičných zmlúv a mierou zahraničných investícií však zatiaľ potvrdený nebol²⁴⁰ a napriek tomu, že mnoho štúdií naznačuje, že medzi priamymi zahraničnými investíciami a ekonomickým rastom kauzálny vzťah existuje, tieto štúdie často narážajú na metodologické problémy, najmä endogenitu vo vzťahu k premenným, ako aj nepredvídané intervenujúce premenné.

V reálnom svete sa preto často hovorí o snahe o nájdenie *rovnováhy* medzi ochranou národnej suverenity a ochranou zahraničných investícií. S týmto je jednoznačne možné sa stotožniť, avšak v tejto časti práce bol prezentovaný často ignorovaný argument, ktorý smeruje k tomu, aby sa k otázke kde sa táto rovnováha nachádza pristupovalo z hľadiska preferencie princípu národnej suverenity pred princípom ochrany zahraničných investícií.

Na úrovni praxe medzinárodnej investičnej arbitráže je zároveň možné poukázať na niektoré výstupy režimov ochrany zahraničných investícií, ktoré podporujú teoretický argument prezentovaný v predchádzajúcich riadkoch. Jedným z problémov, ktoré režimy ochrany zahraničných investícií produkujú v praxi je konflikt medzi záujmami zahraničných investorov, štátov a lokálnych populácií. Problém spočíva v tom, že investičné režimy vytvárajú situáciu, kedy nie je nutne v záujme investorov vykonávať svoju činnosť v súlade so záujmami lokálnych populácií, pričom štát je nútený rozhodovať sa medzi ignorovaním verejnosti a reguláciou investičného prostredia, ktorá môže viesť k arbitráži a hrozbe prisúdenia kompenzácie zahraničnému investorovi. Tento problém vyvstáva najmä v sektoroch ekonomiky, ktoré majú negatívny dopad na životné prostredie, prípadne priamo na spotrebiteľov. Tento fenomén je bežný najmä v krajinách Južnej Ameriky, v ktorých často investujú spoločnosti zamerané na ťažbu primárnych surovín. V posledných rokoch bolo iniciované relatívne vysoké množstvo prípadov medzinárodnej investičnej arbitráže založených na konflikte medzi lokálnymi populáciami a zahraničnými investormi. V momente, keď sa štátne a miestne autority postavili v týchto konfliktoch na stranu lokálnych populácií a pokúsili sa činnosť investorov regulovať boli investori schopní obrátiť sa na investičné tribunály. Bez ohľadu na výsledky týchto arbitráží vytvára takýto vzorec konfliktov situáciu, kedy štát stráca motiváciu konať v súlade s požiadavkami lokálnych populácií v dôsledku strachu s nákladnej arbitráže a zahraniční investori strácajú motiváciu

²⁴⁰ Pozri UNCTAD, The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2009, [cit. 2019-17-08]. Dostupné na: https://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf,

vykonávať svoju činnosť v súlade s lokálnymi populáciami, keďže majú možnosť sa obrátiť na investičný tribunál v prípade, že sa authority predsa rozhodnú ich aktivity regulovať.

Druhým prípadom výstupov režimov ochrany zahraničných investícií, ktoré na prvý pohľad nie sú v súlade s princípom slobody a demokracie je situácia, je „zamrazenie“ regulačného prostredia v prospech zahraničných investorov. Legitímne striedanie vlád orientovaných na ochranu investícií s vládami orientovanými na ochranu suverenity je bežným javom v liberálnych demokraciách. Režimy ochrany zahraničných investícií vytvárajú situáciu, kedy sú kroky v prospech liberalizácie investičného prostredia „zamrazené“ a ani v prípade zmeny vlády nie je možné ich zmeniť bez masívnych dopadov na verejný rozpočet. Ako príklad tu môžu poslúžiť aktuálne prípady proti krajinám EÚ (najmä Španielsku) v súvislosti so zmenami v oblasti vládnej podpory solárnej energie. Režimy ochrany investícií *de facto* znemožňujú vládam, ktoré získali legitimitu na základe demokratických volieb meniť opatrenia vlád, ktoré predtým vytvorili podmienky priaznivé pre zahraničných investorov. Hrozba medzinárodnej investičnej arbitráže môže byť navyše použitá investormi ako nástroj proti konkrétnym opatreniam štátu.

V tejto diskusii bol prezentovaný argument, na základe ktorého by vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou investícií a suverenitou v rámci režimov ochrany zahraničných investícií mal byť *a priori* preferovaný princíp národnej suverenity. Tento argument však nevylučuje, že v konkrétnych prípadoch môže byť žiadúce preferovať princíp ochrany investícií, ak je evidentné, že takýto prístup vedie k väčšiemu celkovému materiálnemu blahobytu spoločnosti.

Záver

Táto dizertačná práca sa venovala medzinárodnoprávnej ochrane zahraničných investorov vo vzťahu k suverenite hostiteľského štátu. K tejto téme bol zvolený interdisciplinárny prístup kombinujúci medzinárodné právo a teóriu medzinárodných vzťahov. V prvej časti práce bol predstavený súčasný stav skúmanej problematiky v troch rovinách: 1) v rovine interakcie disciplíny medzinárodného práva a disciplíny medzinárodných vzťahov, 2) v rovine investičného práva vo výskume medzinárodných vzťahov a 3) v rovine výskumu zaoberajúceho sa špecificky otázkou suverenity v rámci investičných režimov. V druhej časti bol predstavený základný teoretický rámec práce, ktorý vychádza z teórie medzinárodných vzťahov. Jeho základom je konflikt medzi neoliberalizmom a neorealizmom vo vzťahu k významu, ktorý tieto koncepcie pripisujú konceptom suverenity a ochrany zahraničných investícií v kontexte globalizačných procesov. V tretej časti bol prezentovaný hlavný cieľ práce, sformulované výskumné otázky relevantné z pohľadu teoretického rámca prác a opísaný postup použitý na zodpovedanie týchto otázok.

V hlavnej časti práce boli následne prezentované výsledky výskumu zameraného na zodpovedanie výskumných otázok. Táto časť práce bola rozdelená na dve kapitoly, kde v prvej z týchto kapitol bola pozornosť venovaná investičným zmluvám a v druhej medzinárodnej investičnej arbitráži. Vo vzťahu k investičným zmluvám boli prezentované výsledky obsahovej analýzy dvoch vzoriek investičných zmlúv z dvoch rôznych období s cieľom porovnať ich z hľadiska konfliktu medzi ochranou investícií a ochranou suverenity hostiteľského štátu a identifikovať aktuálne trendy v tejto oblasti. Zároveň boli kvalitatívne analyzované pozície hlavných aktérov investičných režimov vo vzťahu k skúmanému konfliktu na základe analýzy ich investičných zmlúv. Vo vzťahu k medzinárodnej investičnej arbitráži boli prezentované výsledky obsahovej analýzy vzorky aktuálnych rozhodnutí investičných tribunálov s cieľom identifikovať na tejto úrovni hlavné otázky súvisiace s legitímnymi očakávaniami, ako kľúčovým konceptom v praxi medzinárodnej investičnej arbitráže vo vzťahu k nášmu teoretickému rámcu. Následne boli výsledky oboch kapitol syntetizované s cieľom určiť, aký potenciálny vplyv majú zmeny obsahu investičných zmlúv na prax medzinárodnej investičnej arbitráže v obmedzenom kontexte konceptu legitímnych očakávaní. V diskusii bol následne prezentovaný normatívny argument v prospech presadzovania konceptu suverenity vo vzťahu ku konceptu ochrany zahraničných investícií.

Hlavný cieľ práce, ktorým bolo komplexné zhodnotenie vzťahu medzi medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investorov a suverenitou hostiteľského štátu z pohľadu teórie medzinárodných vzťahov, bol naplnený prostredníctvom zodpovedania výskumných otázok O1-O3. O1 znela: *Aké sú najnovšie trendy v oblasti tvorby medzinárodných investičných zmlúv vo vzťahu ku konfliktu medzi národnou suverenitou a medzinárodnoprávnou ochranou zahraničných investorov?* Kvantitatívna a kvalitatívna analýza investičných zmlúv prezentovaná v kapitole 5 ukázala, že hlavným trendom vo vzťahu k obsahu investičných zmlúv je posilňovanie národnej suverenity hostiteľského štátu a obmedzovanie rozsahu ochrany zahraničných investícií. Týka sa to oblastí ako napríklad definícia investície, ktorej obmedzená forma v nových zmluvách limituje dosah ochrany investícií. Nové zmluvy ďalej väčšinou obsahujú detailnejšie definície a užšie vymedzenie štandardu riadneho a spravodlivého zaobchádzania a vyvlastnenia. Z nepriameho vyvlastnenia sú vo väčšine nových zmlúv vyňaté legitímne regulačné opatrenia vo verejnom záujme. Štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania je v niektorých nových zmluvách obmedzený a v niektorých dokonca absentuje. Možno najvýznamnejšou kategóriou zmien v nových investičných zmluvách je rozsah výnimiek, ktoré poskytuje v oblasti štátnej regulácie. Mnoho nových zmlúv obsahuje výnimky v daňovej oblasti, v oblasti prudenciálnych opatrení, v bezpečnostnej oblasti, v oblasti ochrany života, verejného poriadku a špecifických sektoroch ekonomiky. Výnimky sú v nových zmluvách omnoho častejšie aj na úrovni národného zaobchádzania a doložky najvyšších výhod. Tento proces zvyšovania miery ochrany suverenity však nepredstavuje jednosmerný proces, pretože napríklad vo vzťahu k ustanovenia o obmedzení požiadaviek na zahraničných investorov dochádza k rozšíreniu priestoru na ochranu investícií. Celková tendencia je však jednoznačne v prospech národnej suverenity. V rámci analýzy pozície hlavných aktérov výsledky do veľkej miery podporujú výsledky obsahovej analýzy. Do určitej miery tvorí výnimku Čínska ľudová republika, ktorá sa oproti deväťdesiatym rokom v skutočnosti v obsahu investičných zmlúv posunula smerom k ochrane zahraničných investícií, avšak to je dané primárne jej „štartovacou“ pozíciou, ktorá bola na extrémnom konci spektra medzi ochranou investícií a suverenitou. Od prijatia nového prístupu na prelome tisícročí vývoj v čínskych investičných zmluvách už kopíruje globálny vývoj. Ostatné analyzované krajiny sa posunuli jednoznačne smerom k ochrane suverenity.

Druhá výskumná otázka znela: *O2: Aké sú hlavné otázky, ktoré investičné tribunály riešia v rámci medzinárodnej investičnej arbitráže vo vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní, ako*

klúčového konceptu arbitrážnej praxe vo vzťahu ku konfliktu medzi suverenitou a ochranou investícií? Obsahová analýza rozhodnutí investičných tribunálov ukázala, že hlavné otázky vo vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní sa týkajú: 1) vzťahu medzi regulačnou autonómiou štátu a ochranou investícií a 2) elementov definície legitímnych očakávaní, konkrétne „špecifické záruky“, „opodstatnenosť“ očakávaní a „náležitá starostlivosť“. Analýza ukazuje, že tieto otázky v arbitrážnej praxi zostávajú nevyriešené a nedefinované, čo umožňuje tribunálom rozhodovať flexibilne na základe faktov konkrétneho prípadu. Vo vzťahu k regulačnej autonómii štátu je dôležité, že žiadny tribunál nespochybňuje právo štátu na legitímnu reguláciu v verejnom záujme, pričom ale zároveň takáto regulácie stále môže byť považovaná za porušenie investičného práva.

Otázka 3 znela: *O3: Aký vplyv budú mať zmeny v novej generácii investičných zmlúv na prax medzinárodnej investičnej arbitráže vo vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní?* Na základe odpovedí na otázku 1 a 2 je možné dospieť k záveru, že vplyv zmien v obsahu investičných zmlúv bude vo vzťahu ku konceptu legitímnych očakávaní relatívne malý, vzhľadom na to, že zmluvy neupravujú koncepty ako „špecifické záruky“ ktoré sú hlavnými otázkami, ktoré tribunály riešia vo vzťahu k legitímnym očakávaniam. Výrazný vplyv sa dá predpokladať len vo vzťahu k výnimkám, ktoré nové zmluvy ustanovujú v špecifických oblastiach. Aj v prípade výnimiek však treba brať do úvahy, že ak sú napríklad ustanovené výhradne v rámci režimu národného zaobchádzania, tak nebudú mať vplyv na FET a teda ani na koncept legitímnych očakávaní.

Vzhľadom na celkový cieľ práce, ktorým bolo zhodnotenie režimov medzinárodnoprávnej ochrany investorov vo vzťahu k suverenite hostiteľského štátu, je teda možné konštatovať, že na úrovni investičných zmlúv, teda na úrovni teórie, došlo v posledných dvoch desaťročiach k výraznému posunu smerom k ochrane suverenity hostiteľského štátu. V praktickej rovine je však vzhľadom na analýzu najvýznamnejšieho konceptu, legitímnych očakávaní, otázne, do akej miery budú mať tieto zmeny vplyv na rozhodovanie investičných tribunálov, ktorým tieto zmeny stále ponechávajú pomerne vysokú mieru flexibility.

Význam práce spočíva v poukázaní na zmenu v obsahu investičných zmlúv vo vzťahu ku konfliktu medzi ochranou investícií a ochranou národnej suverenity a zároveň v poukázaní na fakt, že tieto zmeny nemusia mať nutne veľký dopad na prax medzinárodnej investičnej arbitráže. Význam má však práca aj v širšom kontexte, a to najmä s ohľadom na teoretický rámec, ktorý predstavuje originálny interdisciplinárny prístup k otázkam medzinárodného práva.

V neposlednom rade majú závery tejto práce význam aj z hľadiska teórie medzinárodných vzťahov. Na jednej strane poukazujú na vyvíjajúcu sa skepsu voči tradičným neoliberálnym modelom založeným na viere v globalizačné procesy a neobmedzený pohyb kapitálu, ktorú môžeme pozorovať v rámci diskurzu a v oblasti vyjednávania investičných zmlúv. Vzhľadom na závery druhej časti je však zároveň možné pozorovať aj určitú odolnosť neoliberálnych a nadnárodných režimov ochrany investícií voči zmenám v obsahu medzinárodných investičných zmlúv. Analýza rozhodnutí medzinárodných investičných tribunálov ukázala, že zmeny v obsahu investičných zmlúv nemusia nutne znamenať výrazný posun v posudzovaní konkrétnych prípadov sporov medzi zahraničným investorom a hostiteľským štátom v otázkach, kde do konfliktu vstupuje suverenita hostiteľského štátu. Príčinou je vysoká miera flexibility, ktorú investičným tribunálom poskytujú koncepty ako napríklad štandard riadneho a spravodlivého zaobchádzania, alebo legitímne očakávania investora. Inak povedané, tribunály si aj vo vzťahu k novým zmluvám zachovávajú právo určovať hranicu medzi legitímnym opatrením štátu vo verejnom záujme a porušením medzinárodného investičného práva.

Táto dizertačná práca zároveň nastoľuje ďalšie otázky, ktoré predstavujú zaujímavé výskumné príležitosti. Zaujímavé bude najmä sledovať, ako sa v praxi prejavia závery tejto práce. Momentálne ešte existuje minimum prípadov medzinárodnej investičnej arbitráže iniciovaných na základe novej generácie investičných zmlúv, avšak bude nepochybne zaujímavé sledovať, či sa závery ohľadom vplyvu zmien v obsahu investičných zmlúv na prax medzinárodných investičných tribunálov vo vzťahu k legitímnym očakávaniam investorov potvrdia. Zmeny v rámci investičných režimov sa samozrejme netýkajú iba ustanovení, ktoré súvisia s konfliktom medzi národnou suverenitou a ochranou investícií. K výrazným zmenám dochádza aj na procedurálnej úrovni. Tieto zmeny majú za cieľ zvýšiť legitimitu a konzistentnosť režimov ochrany investícií a zameriavajú sa najmä na reformu systému spočívajúcu v zriadení stáleho investičného súdu zahŕňajúceho aj mechanizmus odvolania. V prípade realizácie týchto ambiciózných plánov možno očakávať aj ďalší pozitívny vývoj v oblasti stabilizácie rovnováhy medzi ochranou zahraničných investorov a zachovaním suverenity hostiteľského štátu.

Zoznam použitej literatúry

1. ABBOTT, K. W. Modern international relations theory: A prospectus for international lawyers. *Yale Journal of International Law*, 1989, 14(2), 335–411.
2. ALLEE, T., & PEINHARDT, C. Delegating differences: Bilateral investment treaties and bargaining over dispute resolution provisions. *International Studies Quarterly*, 2010, 54(1), 1– 26.
3. ALVAREZ, J. E. The Use (and Misuse) of European Human Rights Law in Investor-State Dispute Settlement. Chapter in Franco Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, 2016.
4. ALVAREZ, J. E. – TOPALIAN. The Paradoxical Argentinian Cases, *World Arbitration and Mediation Review*, 2012, Vol. 6, No. 3.
5. BAUMGARTNER, S. P. Does access to justice improve compliance with human rights norms—An empirical study. *Cornell International Law Journal*, 2011, 44(1), 441–491.
6. BEHN, D. BERGE, T. L. LANGFORD, M. Poor States or Poor Governance? Explaining Outcomes in Investment Treaty Arbitration. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Forthcoming; PluriCourts Research Paper No. 16-04; University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2016-08. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2740516>, 2017
7. BENGGOA-CALVO, M. – SANCHEZ-ROBLES, B. – SHACHMUROVE, Y. Back to BITs and Bites: Do Trade and Investment Agreements Promote Foreign Direct Investment within Latin America?, *SSRN Electronic Journal*, 2017.

8. BERGER, A. (2011): The Politics of China's Investment Treaty-Making, *The Politics Of International Economic Law*, pp. 162-185, T. Broude, A. Porges, M. Busch, eds., Cambridge University Press, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1838651>.
9. BIRD-POLLAN, J. The Sovereign Right To Tax: How Bilateral Investment Treaties Threaten Sovereignty. *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2018, Vol. 32, No. 1.
10. BJORKLUND, A. Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims. *Virginia Journal of International Law*, 2005 45(4).
11. BOWIE, R. R. *Suez 1956*. Oxford: Oxford University Press, 1974.
12. BROCKOVÁ, K. *Conflicting Decisions in International Investment Arbitration*. Polihrafsentr „Lira“, Uzhhorod, 2016, ISBN 978-617-596-227-5.
13. BROWN, J. G. International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat? *Western Journal of Legal Studies*, 2013, Volume 3, Issue 1.
14. BURCHILL, S. et al. *Theories of International Relations*, 3rd edition, New York, Palgrave Macmillan, 2009, ISBN-13: 978-1-4039-4865-6.
15. BURLEY, A. Law among liberal states: Liberal internationalism and the act of state doctrine. *Columbia Law Review*, 1992, 92(8), 1907-1996.
16. BUSSE, M. – KONIGER, J. – NUNNENKAMP, P. FDI promotion through bilateral investment treaties: more than a bit?, Kiel Working Paper No. 1403, Kiel Institute for the World Economy, Kiel, 2008.
17. BÜTHER, T. – MILNER, H. V. Bilateral investment treaties and foreign direct investment: A political analysis. In K. P. Sauvant & L. E. Sachs (Eds.), *The Effect of Treaties on*

- Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 171–224.
18. CAI, C. (2006): Outward Foreign Direct Investment Protection and the Effectiveness of Chinese BIT Practice, in: *Journal of World Investment and Trade* 7 (5), 621-652.
 19. CARR, E. H. *The Twenty Years' Crisis, 1919–1939*. Basingstoke, U.K.: Palgrave, 1939.
 20. COHEN, E. S. Normative modeling for global economic governance: The case of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, 36(2), 567–604.
 21. COPE, K. Treaty law and national legislative politics. In W. Sandholtz & C. A. Whytock (Eds.), *Research Handbook on the Politics of International Law*, Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2017, pp. 149–175.
 22. DAGBANJA, D. The Limitation on Sovereign Regulatory Autonomy and Internationalization of Investment Protection by Treaty: An African Perspective. *Journal of African Law*, 2016, Vol. 60, (1), pp. 56-82.
 23. DOLZER, R. The Impact Of International Investment Treaties On Domestic Administrative Law. 37 *NYU Journal of International Law and Politics*, 2005, [cit. 29.8.2019]. Dostupné na: <https://www.iilj.org/publications/the-impact-of-international-investment-treaties-on-domestic-administrative-law/>
 24. DOLZER, R. – SCHREUER, CH. *Principles of International Investment Law*. 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
 25. DOLZER, R. – STEVENS, M. *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers; 1 edition, 1995.

26. DEUTSCH, K. W., – HOFFMANN, S. (Eds.). *The Relevance of International Law*. Cambridge, MA: Schenkman Publishing Company, 1968.
27. DUNNE, T. – KURKI, M. - SMITH, S. (eds). *International Relations Theories: Discipline and Diversity*, 3rd edn. Oxford : Oxford University Press, 2013.
28. EGGER, P. –PFAFFERMAYR, M. The impact of bilateral investment treaties on foreign direct investment, *Journal of Comparative Economics*, 2003 Vol. 32, No. 4, pp. 788-804.
29. FALK, R. A. *The Status of Law in International Society*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1970.
30. FRANCK S. Conflating Politics and Development: Examining Investment Treaty Arbitration Outcomes. *Va. J. Int'l L.*, 2014, 55:13.
31. FRANCK, S. D. Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration. *North Carolina Law Review*, 2008, 86:1.
32. FRANCK, S. D. Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law, *Global Business & Development Law Journal*, 2007, Vol. 19.
33. FRANCK, S. D. Predicting outcomes in investment treaty arbitration. *Duke Law Journal*, 2005, 65(3), 459–526.
34. FRANCK, S. D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. *73 Fordham Law Review*, 2005. University Press, 2009.
35. GAUKRODGER, D. The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper. OECD Working Papers on International Investment, 2017, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/82786801-en>

36. GAL-OR, N. Dispute resolution in international trade and investment law: Privatisation of the public? In J. Graz & A. Nolke (Eds.), *Transnational Private Governance and Its Limits*. New York: Routledge, 2008, pp. 209–221.
37. Gobierno Bolivariano denuncia convenio con Ciadi. Comunicado del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, 2012, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: <http://www.cadtm.org/Gobierno-Bolivariano-denuncia>
38. GURIEV, M. – KOLOTILIN, A. – SONIN, K. Determinants of Nationalization in the Oil Sector. A Theory and Evidence from Panel Data. *Journal of Law Economics, and Organization*, 2010.
39. GRABELL, M. Trump Vowed to Punish Companies That Moved Jobs Overseas. Is Congress Rewarding Them? In: ProPublica, 2018, [cit. 2019-17-08]. Dostupné na: <https://www.propublica.org/article/trump-vowed-to-punish-companies-that-moved-jobs-overseas-is-congress-rewarding-them>
40. HALLWARD – DRIEMEIER, M. Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit and they could bite, World Bank Policy Research Paper 2003, WPS 3121, World Bank, Washington, D.C.
41. HIRSH, M. Sources of International Investment Law, International Law Association Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law, 2011.
42. JANG, Y. J. The Impact of Bilateral Free Trade Agreements on Bilateral Foreign Direct Investment among Developed Countries, *The World Economy*, 2011, 34(9), 1628-1651.
43. CHAYES, A. *Cuban Missile Crisis: International Crises and the Role of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1974.

44. CHILTON, A. S. – WHYTOCK, C. A. Foreign sovereign immunity and comparative institutional competence. *University of Pennsylvania Law Review*, 2016 163(2), 411–486.
45. HAFNER-BURTON, E. M. – VICTOR, D. G. – LUPU, Y. Political science research on international law: The state of the field. *American Journal of International Law*, 2012, 106(1), 47–97.
46. HENCKELS, C. Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions? *B.C.L. Review*. 2825, 2018.
47. KANTOR, M. (2012): Little Has Changed in the New US Model Bilateral Investment Treaty, *ICSID Review*, Fall 2012, 27 (2): 335–378.
48. KAPLAN, M. A. – DE KATZENBACH, N. *The Political Foundations of International Law*. New York: John Wiley & Sons, 1961.
49. KERNER, A. Why should I believe you? The costs and consequences of bilateral investment treaties. *International Studies Quarterly*, 2009, 53, 1, pp. 73-102.
50. KRASNER, S. (Ed.) *International Regimes*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1983.
51. KRASNER, S. (Ed.) *Problematic Sovereignty: Contested Rules and Political Possibilities*. New York: Columbia University Press, 2001, [cit. 29.8.2019], Dostupné na: <http://www.jstor.org/stable/10.7312/kras12178>, p. 11-12. [accessed 24. 07. 2019].
52. KRASNER, S. Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables. In *International Regimes*, edited by S. D. Krasner. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1983c.
53. KRASNER, S. The Hole in the Whole: Sovereignty, Shared Sovereignty, and International Law. *Michigan Journal of International Law*, 2004, Volume 25, Issue 4.

54. KRIPPENDORFF, K. *Content analysis: An introduction to its methodology* (2nd ed.). Thousand Oaks, CA: Sage, 2004.
55. LAVOPA, F. Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System: The Case of Argentina. Investment Policy Brief, No. 2., South Center, 2015.
56. LAVRANOS, N. After Achmea: The Need for an EU Investment Protection Regulation, *Kluwer Arbitration Blog*, 2018.
57. LEMOS, L. – CAMPELLO, D. The Non-Ratification of Bilateral Investment Treaties in Brazil: A Story of Conflict in a Land of Cooperation. 2013. Dostupné na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2243120>
58. MARTINS, J. H. V. Brazil's Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIA) and Recent Developments, *Investment Treaty News*, 2019, dostupné na: <https://www.iisd.org/itn/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/>
59. MORGENTHAU, H. J. Positivism, functionalism, and international law. *American Journal of International Law*, 1942, 34(2), 260–284.
60. NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 2001, s. 1., [cit. 29.8.2019], Dostupné na: http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp
61. NEUENDORF, K. A. *The content analysis guidebook*. Thousand Oaks, CA: Sage, 2002.
62. NEUMAYER, E. – SPESS, L. Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? *World Development*, 2005, Vol. 33, No. 10, pp. 1567–1585.

63. NILSSON, A. – ENGLESSION, O. Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed? *Journal of International Arbitration*, 2013, 30, Issue 5, pp. 561–579.
64. OECD. "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment, 2004, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>.
65. PUNCH, K. *Úspěšný návrh výskumu*. Vyd. 1, Praha, Portál, 2008, 232 s. ISBN: 978-80-7367-468-7.
66. RANJAN P. – SINGH, H. – VARDHANA J. - SINGH, R. *India's Model Bilateral Investment Treaty: Is India Too Risk Averse*, 2018, Brookings India IMPACT Series No. 082018. August 2018.
67. RUTTENBERG, V., H. The United States Bilateral Investment Treaty Program: Variations On The Model, *U. Pa. J. Int'l L.* 121, 1987.
68. SALACUSE, J., BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries,' 1990, 24 *The International Lawyer* 3.
69. SALACUSE, J. – N. SULLIVAN. Do BITs really work? an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain, *Harvard International Law Journal*, 2004, Vol. 46, No. 1.
70. SCHREUER, C. The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International-Law? *European Journal of International Law*, 1993, Volume 4, Issue 4, pp. 447–471.
71. SEDLÁKOVÁ R. *Výzkum médií: Nejužívanější metody a techniky*, Grada, 2014. 548 s.

72. SLATER, T. L. Investor-State Arbitration and Domestic Environmental Protection. *Washington University Global Studies Law Review*, 2015, Vol. 14, 1, [cit. 29.8.2019], Dostupné na: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/>
73. SLOSS, D. L. – VAN ALSTINE, M. P. *International law in domestic courts*. In W. Sandholtz & C. A. 2015.
74. SORENSEN, G. *The Transformation of the State Beyond the Myth of Retreat*. Red Globe Press, 2003, pp. 231.
75. THALIATH, J. Bilateral Investment Treaties and Sovereignty: An Analysis with Respect to International Investment Law. *Christ University Law Journal*, 2016, 5, 2, 1-8.
76. TIENHAARA, K. Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science, *Evolution In Investment Treaty Law And Arbitration*, Chester Brown, Kate Miles, Eds., Cambridge University Press, 2011.
77. TIETJEM – BAETENS. The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, Study prepared for the Minister of Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign affairs, The Netherlands, 2014.
78. TITI, C. Police Powers Doctrine and International Investment Law. In Fontanelli, F. – Gattini, A. – Tanzi, A. (eds) *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, p. 323-343.
79. TOBIN, J. –ROSE-ACKERMAN, S. Foreign direct investment and the business environment in developing countries: The impact of bilateral investment treaties, *Economics and Public Policy Research Paper* No. 293, Yale Law School Center for Law, New Haven, 2004.

80. UNCTAD. Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2014, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf
81. UNCTAD. Reform of the IIA Regime: Four Paths of Action and a Way Forward. IIA Issues Note, No. 3, 2014, , [cit. 29.8.2019], Dostupné na: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/118/>
82. UNCTAD, The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2009, [cit. 2019-17-08]. Dostupné na: https://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf
83. UNCTAD. UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime, 2018, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition->
84. UNCTAD. World Investment Report 2015, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf
85. UNCTAD. World Investment Report. 2017, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf
86. UNCTAD, World Investment Report 2019, [cit. 2019-17-08]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf.
87. VANDEVELDE, K., A Comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests, in: K. Sauvant (ed.), *Yearbook of international Investment Law and Policy 2008/2009*, New York:Oxford University Press, 2009.

88. VICUNA, F. O. Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society, 5 *Int'l L.F. D. Int'l*, 2003, 188.
89. WALTZ, K., N. *Theory of International Politics*. Reading, MA : Addison-Wesley, 1979.
90. WENDT, A. Anarchy is what states make of it: The social construction of power politics. *International Organization*, 1992, 46(2), 391–425.
91. WHYTOCK, C. A. From International Law and International Relations to Law and World Politics. *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, 2018.
92. WHYTOCK (Eds.), *Research Handbook on the Politics of International Law* Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2017, pp. 79–115.
93. YACKEE, J. Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link Between Investment Treaties and Foreign Direct Investment. In: K. Sauvant and L. Sachs (eds.), *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*, New York: Oxford University Press, 2009.
94. YANNACA-SMALL, K. Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements. OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2006 <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>.
95. ZARTNER, D. *Courts, Codes, and Custom: Legal Tradition and State Policy Toward International Human Rights and Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Medzinárodné investičné zmluvy použité v rámci obsahovej analýzy, alebo citované v texte

(dostupné na <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>)

96. Accord Entre Le Gouvernement De La Republique Du Mali Et Le Gouvernement De La Republique De Turquie Relatif A La Promotion Et La Protection Reciproques Des Investissements, 2018.
97. Accord Relatif A La Promotion Et La Protection Reciproques Des Investissements Entre Le Gouvernement De La Republique Du Mali Et Le Gouvernement Des Emirats Arabes Unis, 2018. Sri Lanka-Singapore Free Trade Agreement, 2018.
98. Acuerdo Entre La Republica De Colombia Y La Republica De Chile, 2000.
99. Acuerdo Entre Los Emira Tos Árabes Unidos Y La República Oriental Del Uruguay Para La Promoción Y Protección Recíprocas De Inversiones, 2018.
100. Acuerdo Entre El Gobierno De La Republica Argentina Y El Gobierno De La Republica De La India Sobre Promocion Y Proteccion Reciproca De Inversiones, 1999.
101. Agreement Between Japan And The Hashemite Kingdom Of Jordan For The Promotion And Protection Of Investment, 2018.
102. Agreement Between Japan And The United Arab Emirates For The Promotion And Protection Of Investment, 2018.
103. Agreement Between The Government Of The Republic Of Turkey And The Government Of The Kingdom Of Cambodia On The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 2018.
104. Agreement Between The Government Of The Republic Of Kazakhstan And The Government Of The United Arab Emirates On Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 2018.

105. Agreement Between The Republic Of Austria And The United Arab Emirates For The Promotion And Protection Of Investments, 2001.
106. Agreement Between The Government Of Canada And The Government Of The Republic Of Costa Rica For The Promotion And Protection Of Investments, 1998.
107. Agreement Between The Government Of Canada And The Government Of The Eastern Republic Of Uruguay For The Promotion And Protection Of Investments, 1997.
Agreement Between The Government Of The Republic Of Croatia And The Government Of Canada For The Promotion And Protection Of Investments, 1997.
108. Agreement Between The Government Of The Republic Of Croatia And The Government Of The Republic Of India On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 2001.
109. Agreement Between The Government Of The Republic Of The Philippines And The Government Of The Argentine Republic On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investment, 1999.
110. Agreement Between The Government Of The United Kingdom Of Great Britain And Northern Ireland And The Government Of The Republic Of Angola For The Promotion And Protection Of Investments, 2001.
111. Agreement On Encouragement And Reciprocal Protection Of Investments Between The Kingdom Of The Netherlands And The Federative Republic Of Brazil, 1998.
112. Agreement Between Japan And Mongolia Concerning The Promotion And Protection Of Investment, 2001.
113. Agreement Between Japan And The Islamic Republic Of Pakistan Concerning The Promotion And Protection Of Investment, 1998.

114. Agreement Between The Government Of Japan And The Government Of The Russian Federation Concerning The Promotion And Protection Of Investments, 1998.
115. Agreement Between The Government Of The Hashemite Kingdom Of Jordan And The Government Of The People's Republic Of China On The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 2001.
116. Agreement Between The Government Of The Kingdom Of Cambodia And The Government Of The Republic Of Cuba Concerniing The Prom0tion And Protection Of Investments, 2001.
117. Agreement Between The State Of Kuwait And The Republic Of India For The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, 2001.
118. Agreement On Encouragement And Reciprocal Protection Of Investments Between The Republic Of Nicaragua And The Kingdom Of The Netherlands, 2001.
119. Agreement Between The Government Of The Kingdom Of Morocco And The Government Of The Republic Of El Salvador On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 1999.
120. Agreement Between The Government Of The Kingdom Of Morocco And The Government Of The Republic Of Indian On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 1999.
121. Agreement Between The Government Of New Zealand And The Government Of The Republic Of Chile The Promotion And Protection Of Investment, 1999.

122. Agreement Between The Government Of The Republic Of Singapore And The Government Of The Republic Of Slovenia On The Mutual Promotion And Protection Of Investments, 1999.
123. Agreement Between The Republic Of Turkey And The Republic Of South Africa Concerning The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 2000.
124. Agreement Between The Government Of The United Arab Emirates And The Government Of The Kingdom Of Sweden On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 1999.
125. Agreement Between Australia And The Oriental Republic Of Uruguay On The Promotion And Protection Of Investments, 2019.
126. Agreement Between The European Union And Its Member States, Of The One Part, And The Socialist Republic Of Viet Nam Of The Other Part, 2019.
127. Agreement Between The Government Of The Hong Kong Special Administrative Region Of The People's Republic Of China And The Government Of The United Arab Emirates For The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, 2019.
128. Agreement Between Japan And The Republic Of Armenia For The Liberalization, Promotion And Protection Of Investment, 2018.
129. Agreement between the Republic of India and the Kingdom of the Netherlands for the promotion and protection of investments, 1995.
130. Agreement For The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments Between The Argentine Republic And The United Arab Emirates, 2018.

131. Agreement Between Australia And The Oriental Republic Of Uruguay On The Promotion And Protection Of Investments, 2018.
132. Agreement Between The Federative Republic Of Brazil And The Republic Of Suriname, 2018.
133. Agreement Between The Government Of Canada And The Government Of The Republic Of Moldova For The Promotion And Protection Of Investments, 2018.
134. Agreement between the Government of France and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, 1997.
135. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, 1994.
136. Cooperation And Facilitation Investment Agreement Between The Federative Republic Of Brazil And The United Arab Emirates, 2019.
137. Cooperation And Facilitation Investment Agreement Between The Federative Republic Of Brazil And The Republic Of Suriname, 2018.
138. Cooperation And Investment Facilitation Agreement Between The Federative Republic Of Brazil And The Co-Operative Republic Of Guyana, 2018.
139. Dohoda medzi Slovenskou Republikou a Spojenými Arabskými Emirátmi o podpore a vzájomnej ochrane investícií, SR-SAE, 2017, [cit. 1.9.2017]. Dostupné na: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/25/20180202.html>.

140. Dohoda medzi Slovenskou republikou a Iránskou islamskou republikou o podpore a vzájomnej ochrane investícií. 2016, [cit. 1.9.2017]. Dostupné na: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/25/20180202.html>.
141. Dohoda medzi vládou Slovenskej Republiky a vládou Malty o podpore a vzájomnej ochrane investícií, 1999, [cit. 1.9.2017]. Dostupné na: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/25/20180202.html>.
142. Free Trade Agreement Between The Republic Of Korea And The Republics Of Central America, 2018.
143. Free Trade Agreement Between Brazil And Chile, 2018. Cooperation And Facilitation Investment.
144. Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement (“Iacepa“), 2019.
145. Intra-MERCOSUR Cooperation and Facilitation Investment Protocol, 2017, [cit. 4.9.2019]. Dostupné na: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3772/intra-mercosur-investment-facilitation-protocol-2017->.
146. Investment Agreement Between The Government Of Australia And Hong Kong, 2019.
147. Investment Protection Agreement Between The European Union And Its Member States, Of The One Part, And The Republic Of Singapore, Of The Other Part, 2019.
148. Peru-Australia Free Trade Agreement (Pafta), 2018.
149. Treaty Between The Federal Republic Of Germany And Bosnia And Herzegovina Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investments, 2001.

150. Treaty Between The Republic Of Belarus And The Republic Of India On Investments, 2018.
151. Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The Hashemite Kingdom Of Jordan Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, 1997.
152. Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The Republic Of Lithuania For The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, 1998. Uae,
153. Treaty Between The Government Of The United States Of America And The Government Of The Republic Of El Salvador Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, 1999.
154. Treaty Between United States Of America And The Argentine Republic Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection Of Investment, 1991.
155. Treaty of Amity and Commerce Between The United States and France, Fr. – USA, 1778.
156. United States, Mexico, Canada Agreement, (Usmca), 2018. Agreement Between The Argentine Republic And Japan For The Promotion And Protection Of Investment, 2018.

Rozhodnutia medzinárodných investičných tribunálov použité v rámci obsahovej analýzy, alebo citované v texte

(dostupné na <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>):

157. 9REN Holding v. Spain, (ICSID Case No. ARB/15/15) , 2019.
158. A11Y v. Czech Republic ICSID Case No. UNCT/15/1) , 2018.

159. ADC v. Hungary. Award. ICSID Case No. ARB/03/16, 2006.
160. Anglo American v. Venezuela, (ICSID Case No. ARB(AF)/14/1) , 2019.
161. Ansung v china ICSID Case No. ARB/14/25, 2018.
162. Antaris v Czech Republic, PCA Case No. 2014-01, 2018.
163. Antin v. Spain, ICSID CASE No. ARB/13/31, 2018.
164. Blue bank v. Venezulea ICSID Case No. ARB/12/20, 2018.
165. Blusun v. Italy. Award. ICSID Case No. ARB/14/3, 2017.
166. CEF Energia v. Italy (SCC Case No. 158/2015) , 2019.
167. Biwater v. Tanzania. Award. ICSID CASE NO. ARB/05/22, 2008.
168. Clayton v. Canada, Permanent Court of Arbitration (PCA) Case No. 2009-04, 2019.
169. Clorox v. Venezuela, Caso CPA No. 2015-30, 2019.
170. CMS v. Argentina. 2005. Award, ICSID CASE NO. ARB/01/8.
171. Conoco v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, 2019.
172. Cube v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/20, 2019.
173. Cortec v. kenya ICSID Case No. ARB/15/29, 2018.
174. David Aven v. Costa Rica - Case No. UNCT/15/3, 2018.

175. Europa Nova v. ČR, PCA CASE N° 2014-19, 2019.
176. Feldman v. Mexico. Award. ICSID CASE No. ARB(AF)/99/1, 1999.
177. Foresight v. Spain, SCC ARBITRATION V (2015/150) , 2018.
178. Fouad v. Jordan. Award. ICSID Case No. ARB/13/38, 2017.
179. Gavrilovic v. Croatia, ICSID Case No ARB/12/39, 2018.
180. Greentech v. Italy, SCC Arbitration V (2015/095) , 2018.
181. ICW v. Czech Republic, PCA CASE N° 2014-22, 2019.
182. Italba v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/16/9, 2019.
183. Koch v. Venezuela ICSID CASE No. ARB/11/19, 2018.
184. Marfin v. Cyprus, ICSID Case No. ARB/13/27, 2018.
185. Masdar v. Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, 2018.
186. Mercer v Canada, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, 2018.
187. Metalclad v. Mexico. Award. ICSID CASE No. ARB(AF)/97/1, 2000.
188. Methanex v. United States of America. Award, UNCITRAL, 1999.
189. Mondev v. USA. Award. ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, 2002.
190. Next Era v. Spain, ICSID Case No. ARB/14/11, 2019.

191. Novenergia v. Spain, SCC Arbitration (2015/063) , 2018.
192. Olin v. Lybia, ICC Case No. 20355/MCP, 2018.
193. Phillip Morris v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, 2010.
194. Photovoltaic v. Czech Republic, PCA CASE N° 2014-21, 2019.
195. RREEF v. Spain, ICSID Case No. ARB/13/30, 2018.
196. SASL v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, 2018.
197. SolES v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/38, 2019.
198. Suez v. Argentina. 2010. Award, ICSID Case No. ARB/03/19.
199. SW Solar and Wirtgen v. Czech Republic. Final Award. PCA Case No. 2014-03, 2017.
200. Tallin v. Estonia, ICSID Case No. ARB/14/24, 2019.
201. Tecmed v. Mexico. Award. ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 2003
202. Teinver v. Argentina, ICSID Case No. ARB/09/1, 2018.
203. Uab v Latvia ICSID Case No. ARB/12/33, 2018.
204. Unión Fenosa v. Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4, 2018.
205. UP v Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35, 2018.
206. Voltaic Network GmbH v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-20, 2019.

207. White Industries Australia Limited v. Republic of India. UNCITRAL, Final Award, 2011.

208. WNC v Czech Republic PCA CASE N" 2014-34, 2018.