

# Uplatnenie *force majeure* v medzinárodnom investičnom práve v súvislosti s pandémiou COVID 19

Chovancová, K.\*

CHOVANCOVÁ, K.: Uplatnenie *force majeure* v medzinárodnom investičnom práve v súvislosti s pandémiou COVID 19.\*\* Právny obzor, 105, 2022, č. 6, s. 522 – 535. <https://doi.org/10.31577/pravnyobzor.2022.6.05>

**The Use of Force Majeure in International Investment Law in the Aftermath of the COVID 19 Pandemic.** Force majeure is today accepted as a fairly classical topic and the circumstance, excluding wrongfulness of the state doing in majority of the world legal systems and the level of its use increased considerably in the last decade. The coronavirus pandemic has enlivened the concept of force majeure in many areas of law, including international investment law. It also proved to be a good source of an ongoing debate on importance of force majeure for international investment and commercial community. This article is an attempt to inform this debate. Except for a general introduction to the use of force majeure exception in relation to the COVID 19 pandemic, this study presents an expansion of its applicability in international investments area within the frame of the CIL, as well as an increase of use of the contractual force majeure clause in the energy sector. Equally, it is going to indicate the reasons of its practicability together with three inferences with regard to the application of force majeure under Article 23 of the ILC Articles, as well as the application of the contractual force majeure clause both in common law and civil law. First, it is no hearing on the grapevine, but the use of contractual force majeure has been heavily recommended in order to secure foreseeability, prudence and a legal certainty. Second, while the force majeure exception is being applied under the CIL mainly in IIAs, wise foreign investors may apply also the contractual force majeure clause in their investment contracts, concluded directly with their host states, while being propped up conveniently also with the supporting governing law of the contract. Besides, there is no reason to induce the civil law contractual parties to apply the common law force majeure clause with always available common law exceptions of impossibility, frustration and impracticability, as they are unknown to the civil law system.

**Key words:** *force majeure, COVID – 19, international public law, international investment law, circumstances excluding wrongfulness, state responsibility, international law of natural resources*

## Úvod

„She has never given a toss for the debris she left behind.”<sup>1</sup> Vskutku, po skúsenostiach z uplynulých dvoch rokov sa utíchajúca pandémia COVID-19 vôbec nevyníma v spoločnosti obdobných nepredvídateľných a neodvratiteľných externých udalostí, spôsobujúcich absolútnu nemožnosť plnenia záväzkov,<sup>2</sup> ako napr. povodní, cunami, alebo aj

\* Doc. JUDr. Katarína Chovancová, PhD., LL.M., MCI Arb, Ústav štátu a práva SAV, v. v. i., Bratislava.

\*\* Tento príspevok je súčasťou riešenia projektu VEGA 2/0102/21.

<sup>1</sup> *Nikdy ju absolútne nezaujímali trosky, ktoré nechala za sebou.* SEYMOUR, G. A Damned Serious Business, s. 38.

<sup>2</sup> PADDEU, F. *Justification and Excuse in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2018.

teroristických útokov, zastrešených doktrínou force majeure („vyššia moc”), t. j. okolnosťou, vylučujúcou protiprávnosť konania štátu v zmysle článkov Komisie OSN pre medzinárodné právo o zodpovednosti štátu za medzinárodné protiprávne správanie („články ILC”),<sup>3</sup> ktorá je dnes ako jeden zo základných právnych princípov akceptovaná vo väčšine svetových právnych systémov s tzv. „metaprávnym“<sup>4</sup> charakterom. Skôr naopak, je považovaná za klasický prípad udalosti vyššej moci a dokonca si vyslúžila v medzinárodnoprávnej spisbe označenie „*najvačšieho temna ľudstva*“<sup>5</sup> od čias druhej svetovej vojny, takže motto v prvej vete predkladanej štúdie COVIDU 19 určite pristane. Čo je ešte horšie, okrem enormných počtov úmrtí (o zdravotných následkoch radšej ani nehovoriac), „*pandémia zanechala po sebe spúšť v globálnom hospodárstve, v národných ekonomikách, ako aj v spoločnosti skoro v každom štáte.*“<sup>6</sup>

Od začiatku pandémie v r.2020 pritom vôbec nešlo o žiadne zanedbateľné „*brouha-ha*”,<sup>7</sup> či „*tempest in a teapot*“<sup>8</sup> v zmysle zľahčujúcej februárovej rétoriky nezodpovedných milánskych politikov,<sup>9</sup> ktorej zmysel sa úplne stratil, keď červené uzavreté zóny v Taliansku prudko expandovali, pokrývajúce celé Taliansko v čase, keď sa zodpovedné štáty, ako napr. Nový Zéland, už dávno zmobilizovali. Zaviedli lockdown a mnoho iných ďalších reštriktívnych opatrení s cieľom zabrániť v maximálnej miere šíreniu pandémie,<sup>10</sup> pričom väčšina z nich mala spoločného menovateľa – mimoriadne negatívny dosah na medzinárodný obchod, oblasť medzinárodných investícií a sektor energetiky,<sup>11</sup> keď „*zmluvné strany skoro v každom odvetví medzinárodného obchodu a priemyslu museli pozorovať, ako sa ich starostlivo dojednané zmluvy doslova rozpadávajú.*“<sup>12</sup>

Dôsledky v podobe nárastu postpandemických súdnych konaní a medzinárodných obchodných aj investičných arbitráží už boli avizované na obdobie niekoľkých ďalších dekád.<sup>13</sup> Keď si uvedomíme, že jednou z oblastí najviac postihnutých pandemiou sú

<sup>3</sup> International Law Commission, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, U.N. Doc. A/56/10 (2001).

<sup>4</sup> CHOVANCOVÁ, K. Force Majeure ako okolnosť vylučujúca protiprávnosť v medzinárodnom investičnom práve. In *Právny obzor*. Roč. 105, 2022, č. 3, s. 193.

<sup>5</sup> BERGER, K.P., BEHN, D. Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study. In *McGill Journal of Dispute Resolution*. Vol. 6, 2019 – 2020, No. 4, p. 79.

<sup>6</sup> ASTERTITI, A. Chapter 2: State Measures in Response to the COVID-19 Pandemic: A Review. In LEVASHOVA, Y., LORFING, P. (eds) *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post Pandemic World*. The Hague : Kluwer Law International 2022, p. 7.

<sup>7</sup> Zveličovanie.

<sup>8</sup> Veľa krikú pre nič.

<sup>9</sup> CHAISSE, J. Both Possible and Improbable – Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes? In *Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal)*. Vol. 13, 2020, No. 1, p. 108.

<sup>10</sup> CARROLL, L., PAFHEY, J. Investor State Disputes Arising from the Pandemic. In *Construction Law International*. Vol. 15, 2020, No. 4, p. 18.

<sup>11</sup> CHOVANCOVÁ, K. Force Majeure ako okolnosť vylučujúca protiprávnosť v medzinárodnom investičnom práve, p. 192.

<sup>12</sup> PHELPS, A.S. Contract Fixer Upper: Addressing the Inadequacy of the Force Majeure Doctrine in Providing Relief for Nonperformance in the Wake of the COVID 19- Pandemic. In *Villanova Law Review*. Vol. 66, No. 3. 2021, p. 648.

<sup>13</sup> BERGER, K. P., BEHN, D. Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study, p. 79.

štáty LATAM<sup>14</sup> (zrejme najčastejšie žalované štáty zahraničnými investorami v medzinárodných investičných arbitrážach), je len logické, že azda nikdy sa nevenovala vyššia pozornosť negatívnym účinkom pandemických opatrení na zahraničných investorov, než v súčasnosti z dôvodu možného porušenia medzinárodných záväzkov host'ovských štátov voči investorom.<sup>15</sup> Typickým príkladom je napr. Peru, ktorému už v začiatkoch pandémie v apríli 2020 opakovane hrozilo podanie investičnej žaloby v medzinárodnej investičnej arbitráži v ICSID stredisku, pretože suspendovalo vyberanie cestných poplatkov na hlavných cestách.<sup>16</sup>

Pokiaľ ide o vplyv COVIDU-19 v energetickom priemysle, spôsobil masívnu redukciu objemu investícií v každom jeho sektore vrátane zmien v obchodných vzťahoch. Súčasne vyvolal nutnosť neustáleho reflektovania energetických spoločností na rôzne vládne opatrenia, prijaté v súvislosti s lockdownom, majúce na zreteli opatrné balansovanie medzi udržaním neprerušovanej prevádzky a zaistením bezpečnosti zamestnancov.<sup>17</sup> Energetické spoločnosti boli naozaj v nezávideniahodnej situácii. Na jednej strane sa od nich očakávalo permanentné poskytovanie služieb pandémie postihnutej populácii, dôležitých na zachovanie základnej infraštruktúry v každom štáte, na druhej strane lockdowny a spomalenie ekonomiky spôsobili pokles dopytu po energetických produktoch. Najhoršie postihnuté oblasti v energetickom sektore zaznamenali zase osobitné škody, a to najmä „už aj tak upadajúci“<sup>18</sup> sektor ťažby ropy a zemného plynu<sup>19</sup> s prudko klesajúcou cenou ropy, rovnako ako aj sektor elektrickej energie a úzko súvisiaci samotný ťažobný priemysel vzhľadom na mimoriadny nedostatok zamestnancov<sup>20</sup> s následnou maximálne obmedzenou produkciou zlata, medi a platiny a ochromením dodávateľských reťazcov.

Aplikáciu zmluvnej doložky vyššej moci<sup>21</sup> právni experti v energetickom sektore vzhľadom na jeho špecifickosť prakticky od začiatku pandémie nielen analyzovali a odporúčali, ale súčasne predpokladali aj zvýšenie opatrnosti pri hodnotení jej využitia v súvislosti s pandemiou z toho dôvodu, že „*prepuknutie pandémie sa postupne zmení z neočakávaného výskytu na riziko, investorom už známe*“,<sup>22</sup> čo, samozrejme,

<sup>14</sup> Región Latinskej Ameriky.

<sup>15</sup> ASTERTITI, A. Chapter 2: *State Measures in Response to the COVID 19 Pandemic: A Review*, p. 9.

<sup>16</sup> CHAISSE, J. *Both Possible and Improbable - Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes?*, p. 101.

<sup>17</sup> HARIDI, S. a F., ZIMMERMAN, S.L. Chapter 13: COVID-19 and Energy Disputes in International Arbitration and the COVID-19 Revolution. In SCHERER, M., BASSIRI, N. et al. (eds.) *International Arbitration and the COVID 19 Revolution*. The Hague : Kluwer Law International 2020, p. 232.

<sup>18</sup> KOPP, K. When Production Isn't Possible: Force Majeure Clauses in Product Sharing Agreements with Qatar During the COVID-19 Pandemic. In *Texas Journal of Oil, Gas and Energy Law*. Vol. 17, 2022, No. 1, p. 71.

<sup>19</sup> KAUFMAN, E., SVINSKOVSKAYA, S. Chapter 5: Gas and Liquefied Natural Gas Disputes in Latin America: Issues of Force Majeure, Hardship, and Price Reopeners. In ALVAREZ, G. M., Piché M.R. et al. (eds): *International Arbitration in Latin America: Energy and Natural Resources Disputes*. The Hague : Kluwer Law International 2021, pp. 119 – 138.

<sup>20</sup> Napr. v sektore ťažby sa v len v roku 2020 nakazilo štyritisíc baníkov v osemnástich štátoch.

<sup>21</sup> CHOVANCOVÁ, K. Force Majeure ako okolnosť vylučujúca protiprávnosť v medzinárodnom investičnom práve, p. 192.

<sup>22</sup> SECOMB, M., SADOYAMA, M., WOODY, A. COVID-19 and Force Majeure under LNG Sale and Purchase Agreements, p. 3. Dostupné na: <https://www.whitecase.com/publications/alert/covid-19-and-force-majeure-under-lng-sale-and-purchase-agreements>.

v princípe vylučuje uplatnenie vyššej moci v zmysle článku 23 článkov ILC, keďže tu absentuje esenciálny element nepredvídateľnosti. Vzhľadom na všetky problémy, ktoré sektoru energetiky COVID-19 spôsobil, niet sa čo diviť, že pozornosť teórie aj praxe sa napr. aj v Katare sústredila práve na využitie doložky vyššej moci v medzinárodných obchodných a investičných zmluvách. Typickou črtou analýzy možností využitia doložky *force majeure* sa stalo porovnanie zmluvných doložiek vyššej moci s vnútroštátnou právnou úpravou a právnou úpravou common law, prípadne v medzinárodnom obyčajovom práve, ako aj skúmanie zmluvných záväzkov v špecifických dohodách o spoločnej ťažbe medzi konkrétnym štátom a medzinárodnou ropnou spoločnosťou.<sup>23</sup>

Na rozdiel od sektora energetiky, v oblasti medzinárodných investícií zo strany zahraničných investorov od začiatku rezonovala skôr otázka určenia covidových primárnych a sekundárnych opatrení host'ovských štátov<sup>24</sup> (najmä tých, ktorých odôvodnenosť bola minimálne diskutabilná),<sup>25</sup> negatívne ovplyvňujúcich investorov v rozsahu, odôvodňujúcim podanie žaloby (vrátane diskriminačnej žaloby)<sup>26</sup> v medzinárodnej investičnej arbitráži,<sup>27</sup> a to aj v dôsledku opatrení na ochranu domáceho priemyslu pred zahraničnými akvizíciami. Na druhej strane sa nemalá pozornosť venovala a stále venuje možnostiam právnej argumentácie host'ovských štátov v nových covidových medzinárodných investičných sporoch.

Pokiaľ ide o základnú kategorizáciu covidových opatrení host'ovských štátov negatívne ovplyvňujúcich zahraničné investície, do popredia vystupuje, samozrejme, najmä zabavenie súkromného majetku (napr. hotelov, súkromných nemocníc). Patrí sem však aj prikázaná produkcia napr. v USA, pozastavenie platieb za energie, exportné obmedzenia, výnimočná právomoc vlády v Maďarsku a v Izraeli, regulácia cien a v neposlednom rade aj lockdown, ktorý (snáď okrem Švédska a Švajčiarska) v celej Európe prakticky zdecimoval napr. aj verejnú prepravu. Ako konštatuje Kendra,<sup>28</sup> „v sektore prepravy, letecké, železničné a autobusové spoločnosti boli tak drasticky obmedzené, že mnohé z nich sa už vôbec nepozbierajú“.

Netreba však, samozrejme, zabúdať na výnimky, ktoré host'ovský štát môže v rámci ob-

<sup>23</sup> KOPP, K. When Production Isn't Possible: Force Majeure Clauses in Product Sharing Agreements with Qatar During the COVID-19 Pandemic, p. 72. Pozri aj CHOVANCOVÁ, K. Medzinárodné investičné arbitráže v sektore energetiky. In ŠTURMA, P., TRÁVNIČKOVÁ, Z. *Pokojné riešenie sporů v mezinárodním právu*. Praha : Česká společnost pro mezinárodní právo, 2020, s. 117 – 132.

<sup>24</sup> Astertiti definuje primárne opatrenia ako opatrenia nutné na zamedzenie šírenia pandémie (napr. lockdown), a sekundárne opatrenia ako opatrenia, určené na elimináciu negatívnych účinkov primárnych opatrení. Napríklad Taliansko a India pozastavili výrobu, výstavbu a ťažbu nerastných surovín, Čína, USA a Austrália (ako aj mnohé ďalšie štáty) zaviedli cestovné obmedzenia, prípadne úplne zatvorili hranice atď.

<sup>25</sup> CHAISSE, J. *Both Possible and Improbable – Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes?*, p. 102.

<sup>26</sup> CHU, G. Chapter 8: Discrimination Claims by Foreign Investors in the Aftermath of the COVID-19 Pandemic. In LEVASHOVA, Y., LORFING, P. (eds) *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post Pandemic World*. The Hague: Kluwer Law International 2022, pp. 171 – 190.

<sup>27</sup> CARROLL, L., PAFFEY, J. *Investor State Disputes Arising from the Pandemic*, p. 19.

<sup>28</sup> KENDRA, T. State Measures towards Foreign Investors during COVID-19: A Potential Basis for New Investment Arbitration Claims?. In *Marianne Roth, Michael Geistlinger (eds), Yearbook on International Arbitration*. Vol. VII. Vienna : Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2021, p. 22.

hajoby využiť, a jednou z nich je nepochybne vyššia moc v zmysle článku 23 článkov ILC, ale napr. aj výnimka zabezpečenia vnútroštátnej bezpečnosti, ktorú dnes najnovšie medzinárodné investičné dohody zakotvujú.<sup>29</sup> Ako upozorňuje Chaisse, aj keď budú investori oprávnení iniciovať medzinárodnú investičnú arbitráž z dôvodu nelegálneho vyvlastnenia alebo pre porušenie jedného zo základných štandardov ochrany zahraničných investícií (napr. národný režim, doložka najvyšších výhod alebo štandard spravodlivého a rovnoprávneho zaobchádzania)<sup>30</sup> v dôsledku uplatnenia výnimiek, ktoré host'ovskému štátu medzinárodné investičné právo poskytuje, „pravdepodobne väčšina z týchto žalôb nebude úspešná“.<sup>31</sup>

Je jasné, že pri určení legálnosti spomenutých covidových opatrení a aj opatrení, ktoré budú dôvodom vzniku medzinárodných investičných sporov, zohrajú dôležitú úlohu medzinárodné investičné právo, ako aj medzinárodná investičná arbitráž, a obdobne zasa medzinárodná obchodná arbitráž bude hojne využívaná pri rozhodovaní medzinárodných obchodných sporov, ktoré vznikli z dôvodu porušenia zmluvných ustanovení a nekvalitných formulácií zmluvnej doložky vyššej moci. Paradoxne sú to práve patologické doložky vyššej moci, ktoré prispeli k zvýšenej pozornosti medzinárodnej obchodnej komunity v súvislosti s COVIDOM-19, pretože zmluvné strany sa snažili prostredníctvom zmysluplnej doložky ospravedlniť porušovanie vlastných zmluvných záväzkov, čo je samo osebe dosť radikálne, berúc do úvahy sofistikovanú podobu medzinárodných obchodných zmlúv. Na druhej strane však ide o spravodlivú zmysluplnosť zmluvnej doložky vyššej moci a Steineker<sup>32</sup> et al. ju vysvetľujú s priam corleonovským podtónom: „Áno, je to rozumné, pretože storočia obchodovania nás naučili, že občas nastanú nekontrolovateľné udalosti, a čo vlastne iné môžu potom zmluvné strany urobiť?“

Tak sa význam opatrného formulovania zmluvnej doložky vyššej moci – či už prostredníctvom využitia vzorovej doložky vyššej moci ICC 2020,<sup>33</sup> alebo prostredníctvom uvedenia neúplného (namiesto taxatívneho) zoznamu udalostí *force majeure*, dostal do centra pozornosti zmluvných strán, keďže osobitne by inak zmluvné strany zo štátov common law „mali v prípade nepredvídateľnej udalosti jedinú možnosť, a to splniť vysoké kritéria doktríny marenia“<sup>34</sup> zmluvy.“<sup>35</sup> Tu je azda potrebné len doplniť, že dlhodobým

<sup>29</sup> LEE, J. The Coronavirus Pandemic and International Investment Arbitration – Application of „Security Exceptions“ Clauses in Investment Agreements. In *Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal)*. Vol. 13, 2020, No. 1, pp. 188.

<sup>30</sup> Fair and Equitable Treatment. Bližšie napr. CHOVANCOVÁ, K. Štandard spravodlivého a rovnoprávneho zaobchádzania v medzinárodnom investičnom práve. 1. časť. In *Bulletin slovenskej advokácie*. Vol. 21, 2015, No. 10, pp. 6 – 17.

<sup>31</sup> CHAISSE, J. Both Possible and Improbable - Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes?, p. 104.

<sup>32</sup> STEINEKER, W. et al. Use the Force? Understanding Force Majeure Clauses. In *American Journal of Trial Advocacy*. Vol. 44, 2020, No. 1, p. 2.

<sup>33</sup> ZODER, A. ICC Force Majeure Clause 2020. In p. 5-6. *SCLA Global Forum Report – Force Majeure. Additional Volume of the Journal of Swiss Chinese Law Review*, 2020, p. 5.

<sup>34</sup> Frustration. Bližšie CHOVANCOVÁ, K. *Force Majeure ako okolnosť vylučujúca protiprávnosť v medzinárodnom investičnom práve*, p. 194.

<sup>35</sup> HAERI, H. Force Majeure and Frustration of Contracts – A Common Law Approach. In *SCLA Global Forum Report – Force Majeure. Additional Volume of the Journal of Swiss Chinese Law Review*, 2020, p. 2.

medzinárodným zmluvám, v dôsledku pandémie „*zmeneným úplne na nepoznanie*“<sup>36</sup>, sa v špecifických prípadoch, keď zmluvné plnenie nebolo následkom pandémie úplne vylúčené, odporúčala radšej aplikácia doložky o zmluvných ťažkostiach, t. j. *hardship*, vyžadujúci modifikáciu pôvodnej zmluvy.

Inak pre klasifikáciu pandémie COVID-19 ako udalosti force majeure, t. j. vyššej moci v jednotlivých štátoch je typická rýchlosť. Čína vyhlásila pandémiu za udalosť vyššej moci už 10. februára, koncom toho istého mesiaca nasledovalo obdobné vyhlásenie fancúzskeho ministra hospodárstva a v máji zase vyhlásenie anglickej vlády. Samotná pandémia COVID-19 bola ako udalosť vyššej moci často porovnávaná s prírodnou katastrofou, právnici experti však správne upozorňovali „*na nutnosť odlišenia jej všeobecného zhodnotenia z politického a spoločenského hľadiska...a jej právnej kvalifikácie udalosti vyššej moci*“.<sup>37</sup> Paradoxne samotná pandémia nie je udalosťou vyššej moci – tou je až reakcia na ňu v podobe faktických následkov ako napr. choroba, či smrť, zatiaľ čo právnymi následkami sú cestovné obmedzenia, lockdowny atď. Uvedené odlišenie je dôležité, pretože v medzinárodnej investičnej i obchodnej praxi zabráňuje zneužívaniu vyššej moci vynaliezavými stranami tam, kde žiadna udalosť force majeure nenastala.

Možno skonštatovať, že zahraniční investori aj zmluvné strany medzinárodných obchodných zmlúv v rôznych odvetviach objavili doložku vyššej moci po začatí pandémie rýchlo. Inšpirácia v medzinárodnoprávnej spisbe bola vďaka starším pandemiám viac než bohatá a v súvislosti s pandemiou COVID-19 dokonca niektorí „*teoretici aj odborníci z praxe navrhovali doplnenie špecifickej pandemickej formulácie ako súčasti bežnej zmluvnej doložky vyššej moci v medzinárodných obchodných zmluvách*“.<sup>38</sup> Mnohé štáty však rýchlo zistili, že pohodlné zadefinovanie COVIDU-19 ako udalosti vyššej moci ešte neznamená úspešnosť pre súdom, resp. rozhodcovským tribunálom s podanou žalobou, uplatňujúcou výnimku vyššej moci.

Investorom (ak nevyužili vyššiu moc ako okolnosť, vylučujúcu protiprávnosť v zmysle článkov ILC na základe medzinárodnej investičnej dohody) aj obchodným spoločnostiam bolo odporučené spoliehať sa radšej na sofistikovanú a podrobne naformulovanú zmluvnú doložku vyššej moci.<sup>39</sup> Okrem toho, v súvislosti so sporovými stranami zo štátov common law, sa zdôrazňovala (vôbec nie bezdôvodne) v porovnaní s neefektívnou doložkou vyššej moci v systéme common law skôr možnosť využitia typicky domáckich doktrín britskej nemožnosti a marenia zmluvy, ako aj doložky modernej nepraktickosti, typickej pre USA.

Okrem všeobecného predstavenia využitia výnimky vyššej moci v súvislosti s pandemiou COVID-19 približuje predkladaná štúdia expanziu jej využitia v oblasti medziná-

<sup>36</sup> BERGER, K.P. Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems. In *Journal of International Arbitration*. Vol. 37, 2020, No. 5, p. 590.

<sup>37</sup> BERGER, K. P., BEHN, D. *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*, p. 90.

<sup>38</sup> PHELPS, A.S. Contract Fixer Upper: Addressing the Inadequacy of the Force Majeure Doctrine in Providing Relief for Nonperformance in the Wake of the COVID-19 – Pandemic, p. 649.

<sup>39</sup> Tamže, p. 650.



rodných investícií v kontexte medzinárodného obyčajového práva a medzinárodného investičného práva, ako aj nárast aplikácie zmluvnej doložky vyššej moci v sektore energetiky. Súčasne indikuje stručný výpočet dôvodov jej praktickosti spolu s relevantným vysvetlením a finálnou formuláciou troch parciálnych záverov ohľadne využitia vyššej moci v zmysle článku 23 článkov ILC a zmluvnej doložky vyššej moci v systéme common law a v kontinentálnom právnom systéme s ohľadom na záujmy sporových strán v medzinárodnom súdnom a rozhodcovskom konaní.

## 1. Expanzia využitia a adaptácia zmluvnej doložky vyššej moci v súvislosti s pandémiou COVID-19

Následky COVIDU-19 zasiahli aj sektor energetiky, a to v enormnom rozsahu od nutného obmedzenia prevádzok s odstavením zariadení, až po chýbajúcich zamestnancov a znefunkčnené dodávateľské reťazce.<sup>40</sup> Dostupnosť a použiteľnosť zmluvnej doložky vyššej moci sa tak po začatí pandémie stala pre mnohé ropné, ako aj plynárenské spoločnosti základnou podmienkou ďalšej platnosti ich medzinárodných obchodných a investičných zmlúv,<sup>41</sup> keďže „plnenie uzavretých zmlúv o ťažbe ropy a zemného plynu, a to osobitne dodávateľských zmlúv s presným časovým viazaním dodávok sa stalo nepraktické“.<sup>42</sup> V energetike sa odporúča v súčasnosti sofistikovaná a detailná formulácia doložiek vyššej moci, ako aj starostlivé zváženie ich využitia najmä kvôli tomu, že začatie pandémie COVID-19 sa už dávno zmenilo na očakávané riziko.

Typické náležitosti zmluvných doložiek vyššej moci v medzinárodných zmluvách o kúpe a predaji zemného plynu (resp. ich kombinácie v rámci autonómie zmluvných strán)<sup>43</sup> pripomínajú jednotlivé zložky vyššej moci podľa medzinárodného obyčajového práva a zjavne z neho aj vychádzajú, podmienky ich naplnenia sú však miernejšie, čo je pre sektor energetiky príznačné. Patrí sem napr. nekontrolovateľnosť udalosti vyššej moci, avšak primeraná, pričom u zmluvnej strany sa vždy predpokladá zachovanie odôvodnenej starostlivosti, t. j. due diligence.<sup>44</sup> Obdobne neodvrátiteľnosť a neprekonateľnosť je kvalifikovaná ako taká, ktorú nebolo možné od zmluvnej strany rozumne očakávať, a to isté platí pre nepredvídateľnosť.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> DOUGLAS, H. et al. United Kingdom: force majeure and COVID-19 in various oil and gas industry standard agreements. In *International Energy Law Review*. 2020, p. 33.

<sup>41</sup> Ide o nasledujúce typy kúpnopredajných zmlúv: LNG (liquefied natural gas), EPA (energy purchase agreement) a PPA (power purchase agreement).

<sup>42</sup> NWEDU, C. The Rise of Force Majeure Amid the Coronavirus Pandemic: Legitimacy and Implications for Energy Laws and Contracts. In *Natural Resources Journal*. Vol. 61, 2021, No. 1, p. 2.

<sup>43</sup> Zmluvné strany môžu v zmluvnej doložke vyššej moci napr. obmedziť jej účinok len na určité konkrétne situácie.

<sup>44</sup> Obdobne sa používa aj pojem „the duty of care“.

<sup>45</sup> SECOMB, M., SADOYAMA, M., WOODY, A. COVID-19 and Force Majeure under LNG Sale and Purchase Agreements, p. 1. Dostupné na: <https://www.whitecase.com/publications/alert/covid-19-and-force-majeure-under-lng-sale-and-purchase-agreements>.

Silný kauzálny nexus sa vyžaduje. Ako tvrdia Secomb<sup>46</sup> et al., „*čím menej je zjavná príčinná súvislosť medzi udalosťou vyššej moci a účinkom na plnenie povinnej zmluvnej strany, tým ťažšie môže byť dokázať oprávnenie na využitie výnimky force majeure*.“ Následky udalosti zmluvnej vyššej moci musia byť špecifikované v samotnej doložke vyššej moci, pričom doložky nemusia odkazovať priamo na pandémiu COVID 19, alebo na pandémiu vo všeobecnosti, podstatné je určenie následkov.<sup>47</sup> Dôkazné bremeno vždy znáša zmluvná strana, ktorá uplatňuje udalosť vyššej moci – je povinná ich v zmysle doložky aj špecifikovať. Nestačí teda uviesť akékoľvek okolnosti, aj keby udalosť vyššej moci spôsobili. Okrem toho má voči druhej zmluvnej strane notifikačnú povinnosť, ako aj povinnosť pokračovať v plnení zmluvného záväzku (resp. aspoň vyvinúť primerané úsilie) hneď, ako to bude opäť možné, alebo plniť aspoň v maximálnej možnej miere.

Vhodným príkladom aplikácie zmluvnej doložky *force majeure* je jej využitie čínskymi energetickými spoločnosťami. Čína sa totiž v posledných rokoch stala jedným z najväčších svetových importérov zemného plynu a prepuknutie COVIDU-19 tak logicky upriamilo pozornosť importérov na negatívny dosah pandémie na plnenie zmluvných záväzkov. Čínski právni experti aj v súčasnosti stále špecifickú, jednoznačne formulovanú zmluvnú doložku vyššej moci odporúčajú aj uprednostňujú, pretože v maximálnej miere garantuje plnú autonómiu zmluvným stranám, čo sú v prípade Číny často obchodní partneri zo štátov common law, a to najmä z USA a Austrálie. Ako upozorňujú napr. Lau et al.,<sup>48</sup> „*Doplnenie doložky vyššej moci do medzinárodných kúpnopredaných zmlúv ohľadne zemného plynu je mimoriadne dôležité za účelom prevencie, kontroly a efektívneho odstraňovania obchodného rizika*.“

V súvislosti so zmluvnou doložkou vyššej moci v štátoch common law (vrátane Hongkongu)<sup>49</sup> je potrebné upozorniť, že jej aplikácia a vôbec existencia ako taká úplne závisí od jej zmluvnej formulácie na rozdiel od Číny, kde môžu zmluvné strany v prípade potreby podporne aplikovať čínsku právnu úpravu vyššej moci, vychádzajúcu z medzinárodného obyčajového práva, napr. ak doložku vyššej moci do zmluvy zabudli doplniť, alebo je rozsah zmluvnej doložky užší než rozsah, poskytovaný čínskym právnym poriadkom.<sup>50</sup> Okrem toho je potrebné v súvislosti s právnou úpravou vyššej moci v systéme common law upozorniť, že na rozdiel od kontinentálneho právneho systému s percepciou vyššej moci v zmysle medzinárodného obyčajového práva (v kodifikovanej forme v článku 23 článkov ILC), common law uznáva vyššiu moc len ako zmluvnú doložku, ktorú sú povinné uplatniť zmluvné strany pred súdom alebo rozhod-

<sup>46</sup> Tamže, s. 1.

<sup>47</sup> DOUGLAS, H. et al. *United Kingdom: force majeure and COVID-19 in various oil and gas industry standard agreements*, p. 34.

<sup>48</sup> LAU, L., LIANG, D., LI, M. Greater China: May Update: COVID-19 and Its Potential Impact on LNG Trading - force majeure In *International Energy Law Review*. 2020, No. 3, p. 30.

<sup>49</sup> Pokiaľ ide o právnú úpravu vyššej moci, patrí sem v súlade s arabským zmluvným právom aj Katar.

<sup>50</sup> Naopak, ak je záber zmluvnej doložky vyššej moci širší, bude platiť zmluvná formulácia doložky. Obdobnú právnú úpravu zakotvuje aj právny poriadok Spojených arabských emirátov. Bližšie ACHAR, A. The Consideration of Coronavirus as Force Majeure Event. In *Court Uncourt*. Vol. 7, 2020, No. 5, pp. 41 – 43.



covským tribunálom. Preto sa v common law označuje za výslovne zmluvnú záležitosť<sup>51</sup> a sudy ju obvykle interpretujú reštriktívne. Postoj common law k doktríne vyššej moci je tak jednoznačne striktný a aj úspešnosť využitia doložky vyššej moci závisí od toho, či dôvodom neplnenia záväzkov bola výslovne udalosť vyššej moci.<sup>52</sup>

Dobrym príkladom využitia doložiek vyššej moci je aj ich zakomponovanie do medzinárodných zmlúv o spoločnej ťažbe, typických pre katarské spoločnosti, aktívne v oblasti ťažby ropy a zemného plynu v Katare – štáte s mimoriadne bohatými ložiskami nerastných surovín, ktorý po začatí pandémie COVIDU-19 prijal obdobné opatrenia ako všetky ostatné štáty, vrátane cestovných obmedzení, zákazu vychádzania a pod.<sup>53</sup> Podľa katarského práva by mal byť COVID-19 s následkami prerušenia ťažby zemného plynu a zatavenia produkcie zahraničnými zmluvnými partnermi udalosťou vyššej moci – ako okolnosť, vylučujúcu protiprávnosť ju však musí oficiálne a výslovne uznať štát. Dovtedy by mali zmluvné strany dbať na „jasné odlišenie zmluvných záväzkov, ktoré môžu plniť od tých, kde je plnenie nemožné“.<sup>54</sup>

Dôvodom je koncepcia vyššej moci v zmysle common law – neplnenie záväzkov tak bude ospravedlnené, ak bolo skutočne spôsobené len udalosťou vyššej moci, ak udalosť vyššej moci trvá<sup>55</sup>, a vtedy je možné počas pandémie aj rokovať o zmene zmluvných záväzkov napr. o cene, delení zisku atď. V opačnom prípade pôjde o klasické porušenie „PSC“ zmluvy<sup>56</sup> z dôvodu zastavenia výroby, ťažby a pod., a ďalším krokom poškodenej zmluvnej strany bude iniciovanie medzinárodnej obchodnej, prípadne investičnej arbitráže v sporoch medzi Katarom a medzinárodnými ropnými spoločnosťami a spoločnosťami, podnikajúcimi v oblasti ťažby zemného plynu. Ak ide o zmluvné doložky vyššej moci, zmluvným stranám sa jednoznačne odporúčajú, pretože aplikácia zmluvnej doložky vyššej moci „priamo ovplyvňuje zodpovednosť zmluvnej strany voči štátu za zlyhanie pri plnení rôznych zmluvných záväzkov podľa PSC, a to osobitne, ak je neplnenie v zmluve ospravedňované udalosťou vyššej moci.“<sup>57</sup>

<sup>51</sup> Creature of the contract.

<sup>52</sup> Ak je totiž neplnenie záväzkov spôsobené aj inými faktormi, zmluvná strana, uplatňujúca doložku vyššej moci nemusí dosiahnuť vo vzťahu k druhej zmluvnej strane želaný účinok doložky. Napr. sudy v USA vyvinuli doktrínu nemožnosti, v rámci ktorej sa aplikuje zmluvná doložka vyššej moci aj v prípadoch, keď je plnenie zmluvných záväzkov nepraktické. Ide tu o tzv. zmodernizovanú doktrínu nemožnosti na doktrínu nepraktickosti a pri jej aplikácii využíva americké súdnictvo osobitný trojzložkový test, ktorého súčasťou je aj podmienka existencia udalosti vyššej moci ako hlavného dôvodu neplnenia záväzku. Pozri aj NWEDU, C. The Rise of Force Majeure Amid the Coronavirus Pandemic: Legitimacy and Implications for Energy Laws and Contracts. In *Natural Resources Journal*. Vol. 61, 2021, No. 1, p. 10.

<sup>53</sup> KOPP, K. When Production Isn't Possible: Force Majeure Clauses in Product Sharing Agreements with Qatar During the COVID-19 Pandemic. In *Texas Journal of Oil, Gas and Energy Law*. Vol. 17, 2022, No. 1, p. 82.

<sup>54</sup> Tamže, p. 83.

<sup>55</sup> NWEDU, C. The Rise of Force Majeure Amid the Coronavirus Pandemic: Legitimacy and Implications for Energy Laws and Contracts. In *Natural Resources Journal*. Vol. 61, 2021, No. 1, p. 6.

<sup>56</sup> Product Sharing Agreement.

<sup>57</sup> KOPP, K. When Production Isn't Possible: Force Majeure Clauses in Product Sharing Agreements with Qatar During the COVID-19 Pandemic. In *Texas Journal of Oil, Gas and Energy Law*. Vol. 17, 2022, No. 1, p. 85.

Sektor energetiky, nepochybne, pandémie COVIDU-19 vôbec nešetrila. Dôsledkom je nutná adaptácia medzinárodných zmlúv v oblasti ťažby ropy a zemného plynu, zdôrazňovanie priam povinného zakotvenia zmluvných doložiek vyššej moci v nových zmluvách a predovšetkým aj veľmi reálna vízia finančne nákladných medzinárodných obchodných a investičných arbitráží, ktorým by sa v budúcnosti malo dať aspoň čiastočne zabrániť rozumnou adaptáciou jestvujúcich zmlúv. Ako konštatuje Haridi,<sup>58</sup> kým dozvuky pandémie trvajú, „svet sa učí primerane sa adaptovať a unikátny energetický sektor je v pozadí tohto úsilia“ s jeho schopnosťou reagovať na krízy s novými riešeniami jestvujúcich problémov, pandémie COVIDU-19 nevynímajúc.

V oblasti medzinárodných investícií a teórii medzinárodného investičného práva sa dnes na všetky problémy a riziká, spôsobené pandemiou COVID-19, len spomína.<sup>59</sup> Zdôrazňuje sa skôr príležitosť inovácie a novej spolupráce zahraničných investorov a host'ovských štátov. Okrem toho je dôležité v zmysle anglického príslovia *It takes two to tango* aj prehodnotenie vzájomných priorít, čo je len logické, pretože investori rovnako ako aj host'ovské štáty dobre vedia, že pandémie sa končí a je potrebné v realizácii medzinárodných investícií pokračovať v konštelácii iných opatrení či zmluvných doložiek, než boli okamžité pandemické opatrenia so silným regulačným charakterom a silná intervencia štátu v čase začatia pandémie.<sup>60</sup> Rovnako je potrebné zaručiť adekvátnu a primeranú ochranu medzinárodných investícií v host'ovských štátoch s cieľom dosiahnutia ich kontinuálnej úspešnej realizácie a nezameriavať sa len (ešte stále v pandemickom duchu) na ich reguláciu. V tomto smere je dobrým príkladom India, vyvíjajúca v súčasnosti snahu o adaptáciu domácej indickej Vzorovej dohody o ochrane a podpore zahraničných investícií,<sup>61</sup> ktorá zakotvuje obsažné regulačné opatrenia štátu v nerovnováhe so zakotvenými právami zahraničných investorov.<sup>62</sup> Ako tvrdí Baltag,<sup>63</sup> „právo štátov regulovať zahraničné investí-

<sup>58</sup> HARIDI, S. A. F., ZIMMERMAN, S.L. Chapter 13: *COVID-19 and Energy Disputes in International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, p. 250.

<sup>59</sup> Napr. v súvislosti s primárnymi a sekundárnymi (pozitívnymi a negatívnymi) pandemickými opatreniami, ktoré prijala väčšina štátov počas COVIDU-19, sa odporúča zhodnotenie rozsahu prípadnej diskriminácie subvencovaním domácich podnikov na úkor zahraničných investorov počas pandémie, pričom je potrebné prihliadať na to, či išlo len o náhodu alebo úmysel host'ovského štátu a len úmyselne zavedené diskriminačné opatrenia by mali byť predmetom medzinárodných investičných arbitráží alebo súdneho konania. Udalosť vyššej moci ako okolnosť vylučujúca protiprávnosť v zmysle medzinárodného obyčajového práva, rovnako ako aj odôvodnené využitie dostupných výnimiek v medzinárodných investičných dohodách však samozrejme nemôže byť dôvodom na začatie medzinárodnej investičnej arbitráže. Bližšie ASTERTITI, A. Chapter 2: *State Measures in Response to the COVID 19 Pandemic: A Review*, p. 30.

<sup>60</sup> Bližšie ALEMANN, A. Taming COVID-19 by Regulation. In *European Journal of Risk Regulation*. Vol. 11, 2020, pp. 396 – 401.

<sup>61</sup> JOHN, T., YADAV, S. Investors v. Sovereign - An Analysis of India's Response to Bilateral Investment Tribunal Disputes in the Wake of COVID-19. In: *Supremo Amicus*. Vol. 23, 2021, p. 9.

<sup>62</sup> Indická Vzorová BIT 2016 bola, bohužiaľ prijatá v roku 2016, ako negatívna reakcia na veľmi nepriaznivý vplyv prípadu White Industries, v ktorom India prehrala nákladný medzinárodný investičný spor. Bližšie CHOVANCOVÁ, K. *Medzinárodná obchodná arbitráž vo vybraných štátoch Európskej únie*. Bratislava : Veda, 2015.

<sup>63</sup> BALTAG, C. Chapter 17: Concluding Remarks: COVID-19 and Investments – Eyes on the Future. In LEVASHOVA, Y., LORFING, P.(eds) *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post Pandemic World*. The Hague : Kluwer Law International 2022, p. 398.

*cie nikto nespochybňuje, špecifické opatrenia však musia byť vyvážené, aby podporovali prílev investícií, ktorý je základom pre zdravý rozvoj domáceho hospodárstva“.*

Minulosť je však potrebné mať na pamäti, pretože následky pandémie COVID-19 v podobe reštriktívnych pandemických opatrení a celkovej právnej neistoty pokračujú<sup>64</sup> a ovplyvňujú rovnako sektor energetiky, ako aj oblasť medzinárodných investícií a svetovú ekonomiku taktiež. V súvislosti s covidovými žalobami<sup>65</sup> majú zahraniční investori k dispozícii porušenie základných štandardov ochrany medzinárodných investícií<sup>66</sup> s ako vždy prominentným štandardom spravodlivého a rovnoprávneho zaobchádzania,<sup>67</sup> napádajúc v medzinárodných investičných arbitrážach nekonzistentnosť a netransparentnosť konania host'ovských štátov, prípadne aj diskrimináciu zahraničných investorov s tzv. diskriminačnými žalobami.<sup>68</sup> Štáty sa, naopak, môžu spoľahnúť na veľkoryso formulované právo prijímať rôzne regulačné opatrenia a aj na osobitné výnimky, zakotvené v medzinárodných investičných dohodách<sup>69</sup> a ochranu, ktorú im poskytuje medzinárodné obyčajové právo konkrétne v podobe vyššej moci ako okolnosti vylučujúcej protiprávnosť podľa ILC článkov.<sup>70</sup>

## Záver

Doznievajúca pandémia COVIDU-19 sa dnes v medzinárodnej spisbe expertov na medzinárodné hospodárske právo zvykne označovať za najväčší test vitality a zrelosti doktríny vyššej moci v medzinárodnom práve v súčasnosti. Aktuálnymi problémami medzinárodnej investičnej a obchodnej praxe v energetickom sektore a celkovo v oblasti medzinárodných investícií v súvislosti s aplikáciou zmluvnej doložky vyššej moci by bolo možné pokračovať azda v samostatnom pokračovaní tejto štúdie. V závere je potrebné aspoň uviesť, že samotná doktrína udalosti vyššej moci (vrátane jej zmluvného vyjadrenia) našla uplatnenie aj v ta-

<sup>64</sup> Pozri napr. SAURAV, A. et al. The Impact of COVID 19 on Foreign Investors. Early Evidence From a Global Pulse Survey. June 2021. Available at <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35803>.

<sup>65</sup> PADDEU, F., PARLETT, K. *COVID 19 and Investment Treaty Claims* available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/>. Obdobne BENTO L., CHEN, J. Investment Treaty Claims in Pandemic Times: Potential Claims and Defenses available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/08/investment-treaty-claims-in-pandemic-times-potential-claims-and-defenses/>.

<sup>66</sup> KENDRA, T. State Measures towards Foreign Investors during COVID-19: A Potential Basis for New Investment Arbitration Claims?, p. 23 – 24. Obdobne CARROLL, L., PAFHEY, J. *Investor State Disputes Arising from the Pandemic*, p. 19 – 20.

<sup>67</sup> The Fair and Equitable Treatment.

<sup>68</sup> CHU, G. Chapter 8: Discrimination Claims by Foreign Investors in the Aftermath of the COVID-19 Pandemic, p.181 – 188.

<sup>69</sup> Pozri napr. článok 15 japonsko- izraelskej BIT 2017, alebo výnimky na zabezpečenie vnútroštátnej bezpečnosti, zakotvené napr. v kórejsko- japonskej BIT 2002, alebo TIT 2012, uzavretej medzi Kóreou, Čínou a Japonskom. Bližšie LEE, J. The Coronavirus Pandemic and International Investment Arbitration - Application of „Security Exceptions“ Clauses in Investment Agreements, p. 189 – 190. Pozri aj LORFING, P. In: Chapter 3: Tools of International Investment Agreements and Investment Contract: National Security Interest and Force Majeure. In: LEVASHOVA, Y., LORFING, P. (eds): *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post Pandemic World. The Hague: Kluwer Law International*, 2022, pp. 31 – 60.

<sup>70</sup> Pozri aj CHAISSE, J. *Both Possible and Improbable - Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes?*, p. 165.

kých špecializovaných odvetviach medzinárodného práva, ako je rozhodovanie sporov v medzinárodnom práve v oblasti reštrukturalizácie štátneho dlhu, ktoré je prepojené s medzinárodným hospodárskym aj medzinárodným finančným právom, a súčasne aj medzinárodným investičným právom prostredníctvom medzinárodnej investičnej arbitráže. Rozhodné je tu zmluvné právo vydávania štátnych dlhopisov, v ktorom sa v prípade potreby môže uplatniť zmluvná doložka vyššej moci, avšak prípadne aj doložka hardship.<sup>71</sup>

Rovnako má doložka vyššej moci už pevné miesto v mimoriadne aktuálnej teórii účinkov ozbrojených konfliktov na medzinárodné investičné dohody<sup>72</sup> – a to nemusíme chodiť ani na Ukrajinu, hoci tam je momentálne z pohľadu vitality zahraničných investícií situácia v rámci Európy vnímaná najcitlivejšie. Napríklad podľa Ackermanna<sup>73</sup> môže byť v súvislosti s medzinárodnými investičnými zmluvami investorov a ich host'ovských štátov doktrína vyššej moci veľmi dôležitá „alebo vo forme zmluvnej doložky vyššej moci, špeciálne zahrňujúcej ozbrojený konflikt, alebo ako všeobecná zásada medzinárodného práva“, pričom uvádza jej nedávne úspešné využitie v súvislosti s kritickou situáciou napr. v Juhoafrickej republike a v Líbyi.<sup>74</sup> Aplikačných aj teoretických právnych problémov a podnetov na zamyslenie je, samozrejme, oveľa viac, nemôžu však byť predmetom analýzy na dvadsiatich stranách. Z tohto dôvodu záver štúdie zahrňuje aspoň stručný súhrn parciálnych zistení, naznačených v jej jednotlivých častiach.

Po prvé, využitie zmluvnej doložky sa zmluvným stranám v sektore energetiky, v oblasti medzinárodných investícií a v medzinárodných obchodných zmluvách vôbec jednoznačne odporúča minimálne z dôvodu predvídavosti, opatrnosti a právnej istoty. Po druhé, v rámci medzinárodných investičných dohôd nachádza významné uplatnenie vyššia moc podľa medzinárodného obyčajového práva v zmysle článkov ILC, pričom v investičných kontraktoch, uzavretých priamo medzi zahraničnými investormi a host'ovskými štátmi, je možné využiť aj zmluvnú doložku vyššej moci s podpornou úpravou rozhodujúceho práva zmluvy (ak je výhodná), pre ktorú budú typické určité odlišnosti vždy, keď bude formulovaná ako doložka vyššej moci podľa common law.

Okrem toho nemá zmysel zmluvným stranám, pochádzajúcim z kontinentálneho právneho systému, nanucovať zmluvnú doložku vyššej moci podľa common law s využitím „osvedčenej možnosti“<sup>75</sup> aplikácie typických common law doložiek nemožnosti, marenia zmluvy alebo nepraktickosti, pretože to nie je potrebné a kontinentálny právny systém uvedené doktríny neobsahuje a z tohto dôvodu ani systém vzájomných právnych vzťahov medzi vyššou

<sup>71</sup> Pozri napr. NAKAJIMA, K. The International Law of Sovereign Debt Dispute Settlement. Cambridge : Cambridge University Press, 2022, p.279. Obdobne CHOVANCOVÁ, K. Reštrukturalizácia štátneho dlhu v kontexte medzinárodnej investičnej arbitráže. 1. časť. In *Justičná revue*, roč. 68, 2016, č. 2, s. 147 – 157.

<sup>72</sup> Bližšie ZRILIC, J. Armed Conflict as Force Majeure in International Investment Law. In *Manchester Journal of International Economic Law*, Vol.16, 2019, No.1, pp. 28 – 56.

<sup>73</sup> ACKERMANN, T. *The Effect of Armed Conflicts on Investment Treaties*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2022).

<sup>74</sup> Pozri aj PAPARINSKIS, M. Covid-19 Claims and the Law of International Responsibility. In *Journal of International Humanitarian Legal Studies*. Vol. 11, 2020, pp. 311 – 330.

<sup>75</sup> PHELPS, A.S. Contract Fixer Upper: Addressing the Inadequacy of the Force Majeure Doctrine in Providing Relief for Nonperformance in the Wake of the COVID-19 – Pandemic. In *Villanova Law Review*, Vol. 66, No. 3, 2021, p. 647.

mocou, nemožnosťou, marením zmluvy a nepraktickosťou v ňom ani nie je možné aplikovať po vzore systému common law. Ak neexistuje zjednotená podoba zmluvnej doložky vyššej moci v oboch právnych systémoch, pričom zjednotenie je mimoriadne nepravdepodobné, a jednotlivé odvetvia v medzinárodnom priemysle a obchode aj tak využívajú vlastné sofistikované zmluvné doložky vyššej moci podľa vlastných potrieb, racionálnym riešením sa stále javí uvedený prvý a druhý spôsob využitia zmluvného zakotvenia udalosti vyššej moci.

## Literatúra

- ACHAR, A. The Consideration of Coronavirus as Force Majeure Event. In *Court Uncourt*. Vol. 7, 2020, No. 5, pp. 41 – 43
- ACKERMANN, T. *The Effect of Armed Conflicts on Investment Treaties*. (Cambridge : Cambridge University Press, 2022)
- ALEMANNO, A. Taming COVID-19 by Regulation. In *European Journal of Risk Regulation*. Vol. 11, 2020, pp. 396 – 401
- ASTERITTI, A. Chapter 2: State Measures in Response to the COVID 19 Pandemic: A Review. In LEVASHOVA, Y., LORFING, P.(eds) *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post Pandemic World*. The Hague : Kluwer Law International, 2022, pp. 7 – 30
- BALTAG, C. Chapter 17: Concluding Remarks: COVID-19 and Investments – Eyes on the Future. In LEVASHOVA, Y., LORFING, P. (eds) *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post Pandemic World*. The Hague : Kluwer Law International, 2022, pp. 395 – 398
- BENT L., CHEN, J. Investment Treaty Claims in Pandemic Times: Potential Claims and Defenses available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/08/investment-treaty-claims-in-pandemic-times-potential-claims-and-defenses/>
- BERGER, K.P, BEHN, D. Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study. In *McGill Journal of Dispute Resolution*. Vol. 6, 2019 – 2020, No. 4, pp. 78 – 130
- BERGER, K. P. Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems. In *Journal of International Arbitration*. Vol. 37, 2020, No. 5, pp. 589 – 606
- CHAISSÉ, J. Both Possible and Improbable – Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes? In *Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal)*. Vol. 13, 2020, No. 1, pp. 99 –184
- CHU, G. Chapter 8: Discrimination Claims by Foreign Investors in the Aftermath of the COVID-19 Pandemic. In LEVASHOVA, Y., LORFING, P.(eds) *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post Pandemic World*. The Hague : Kluwer Law International, 2022, pp. 171 – 190
- CHOVANCOVÁ, K. Force Majeure ako okolnosť vylučujúca protiprávnosť v medzinárodnom investičnom práve. In *Právny obzor*. Vol. 105, 2022, No. 3, pp.191 – 202
- CHOVANCOVÁ, K. Medzinárodné investičné arbitráže v sektore energetiky. In ŠTURMA, P., TRÁVNÍČKOVÁ, Z. *Pokojné řešení sporů v mezinárodním právu*. Praha : Česká společnost pro mezinárodní právo, 2020, s. 117 – 132
- CHOVANCOVÁ, K. Reštrukturalizácia štátneho dlhu v kontexte medzinárodnej investičnej arbitráže. 1. časť. In *Justičná revue*. Roč. 68, 2016, č. 2, s. 147 – 157
- CHOVANCOVÁ, K. Štandard spravodlivého a rovnoprávneho zaobchádzania v medzinárodnom investičnom práve. 1. Časť. In *Bulletin slovenskej advokácie*. Vol. 21, 2015, No. 10, pp. 6 – 17
- CHOVANCOVÁ, K. Medzinárodná obchodná arbitráž vo vybraných štátoch Európskej únie. Bratislava : Veda, 2015
- DOUGLAS, H. et al. United Kingdom: force majeure and COVID-19 in various oil and gas industry standard agreements. In *International Energy Law Review*, 2020

- FRANCIOSI, L.M. The Effects of COVID-19 on International Contracts: A Comparative Overview. In *Victoria University of Wellington Law Review*. 2020, pp. 413 – 438
- HARIDI, S.A.F., ZIMMERMAN, S.L. Chapter 13: COVID-19 and Energy Disputes in International Arbitration and the COVID-19 Revolution. In SCHERER, M., BASSIRI, N. et al. (eds.) *The Hague : Kluwer Law International*, 2020, pp. 231 – 250
- HAERI, H. Force Majeure and Frustration of Contracts – A Common Law Approach. In *SCLA Global Forum Report – Force Majeure. Additional Volume of the Journal of Swiss Chinese Law Review*. 2020, p. 2 – 3
- JOHN, T., YADAV, S. Investors v. Sovereign – An Analysis of India's Response to Bilateral Investment Tribunal Disputes in the Wake of COVID-19. In *Supremo Amicus*. Vol. 23, 2021, pp. 9 – 21
- KENDRA, T. State Measures towards Foreign Investors during COVID-19: A Potential Basis for New Investment Arbitration Claims? In ROTH, M., Geistlinger, M. (eds). *Yearbook on International Arbitration*. Vol. VII. Vienna : Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2021, pp. 19 – 26
- KAUFMAN, E. E., SVINSKOVSKAYA, S. Chapter 5: Gas and Liquefied Natural Gas Disputes in Latin America: Issues of Force Majeure, Hardship, and Price Reopeners. In ALVAREZ, G. M., Piché, M. R. et al. (eds): *International Arbitration in Latin America: Energy and Natural Resources Disputes*. The Hague: Kluwer Law International 2021, pp. 119 – 138
- KOPP, K. When Production Isn't Possible: Force Majeure Clauses in Product Sharing Agreements with Qatar During the COVID -19 Pandemic. In *Texas Journal of Oil, Gas and Energy Law*. Vol. 17, 2022, No. 1, pp. 72 – 86
- LAU, L., LIANG, D. Greater China: May Update: COVID-19 and Its Potential Impact on LNG Trading – force majeure In *International Energy Law Review*, 2020, No. 3, pp. 30 – 33
- LEE, J. The Coronavirus Pandemic and International Investment Arbitration – Application of „Security Exceptions“ Clauses in Investment Agreements. In *Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal)*. Vol. 13, 2020, No. 1, pp. 185 – 204
- LORFING, P. In Chapter 3: Tools of International Investment Agreements and Investment Contract: National Security Interest and Force Majeure. In LEVASHOVA, Y., LORFING, P.(eds) *Balancing the Protection of Foreign Investors and States Responses in the Post Pandemic World*. The Hague : Kluwer Law International, 2022, pp. 31 – 60
- NAKAJIMA, K. *The International Law of Sovereign Debt Dispute Settlement*. Cambridge : Cambridge University Press, 2022
- NWEDU, C. The Rise of Force Majeure Amid the Coronavirus Pandemic: Legitimacy and Implications for Energy Laws and Contracts. In *Natural Resources Journal*. Vol. 61, 2021, No. 1
- PADDEU, F. *Justification and Excuse in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2018
- PADDEU, F., PARLETT, K. *COVID 19 and Investment Treaty Claims* available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/>
- PAPARINSKIS, M. Covid-19 Claims and the Law of International Responsibility. In *Journal of International Humanitarian Legal Studies*. Vol. 11, 2020, pp. 311 – 330
- PHELPS, A.S. Contract Fixer Upper: Addressing the Inadequacy of the Force Majeure Doctrine in Providing Relief for Nonperformance in the Wake of the COVID-19 – Pandemic. In *Villanova Law Review*. Vol. 66, No. 3, 2021, pp. 647 – 679
- ROBINSON, H. J., SELMAN, CH., STEINEKER, W., THRASER, G. A. Use the Force? Understanding Force Majeure Clauses. In *American Journal of Trial Advocacy*. Vol. 44, 2020, No. 1, pp. 1 – 34
- SAURAV, A. et al. The Impact of COVID 19 on Foreign Investors. Early Evidence From a Global Pulse Survey. June 2021. Available at <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35803>
- SECOMB, M., SADOYAMA, M., WOODY, A. COVID-19 and Force Majeure under LNG Sale and Purchase Agreements available at <https://www.whitecase.com/publications/alert/covid-19-and-force-majeure-under-lng-sale-and-purchase-agreements>
- ZRILIC, J. Armed Conflict as Force Majeure in International Investment Law. In *Manchester Journal of International Economic Law*. Vol. 16, 2019, No. 1, pp. 28 – 56
- ZODER, A. ICC Force Majeure Clause 2020. In p. 5 – 6. *SCLA Global Forum Report – Force Majeure. Additional Volume of the Journal of Swiss Chinese Law Review*. 2020, p. 2 – 3