

LEGITIMNÍ OČEKÁVÁNÍ JAKO SOUČÁST FET STANDARDU: *QUO VADIS*, LEGITIMNÍ OČEKÁVÁNÍ VE SVĚTLE PŘÍPADŮ *JSW SOLAR V. ČESKÁ REPUBLIKA A NOVENERGIA V. ŠPANĚLSKO?*

TOMÁŠ MACH

Abstract: **Legitimate Expectations as Part of the FET Standard: *Quo Vadis*, Legitimate Expectations in the Light of the *JSW Solar v. Czech Republic and Novenergia v. Spain Cases*?**

The article discusses the institution of legitimate expectations as a part of the fair and equitable treatment standard. In doing so, the article discusses the recent development of the content of the said institution in light of case law of several past years, as it has been repeatedly discussed in the latest case law regarding the solar energy sector, the sector that until several years back received a lot of state incentives within the member states of the EU.

Keywords: legitimate expectation; investor; investment; fair and equitable treatment standard; FET; investment protection; arbitration

Klíčová slova: legitimní očekávání; investor; investice; spravedlivé zacházení; FET; ochrana investic; arbitráž

DOI: 10.14712/23366478.2019.17

Cílem tohoto článku je zamyslet se nad aktuálním judikатурním stavem principu legitimního očekávání v mezinárodním rozhodčím řízení podle bilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic (*bilateral investment treaties*, dále jen „BIT“ nebo jen „mezinárodní investiční dohody“) v rámci standardu tzv. spravedlivého zacházení (*fair and equitable treatment standard*, dále jen „FET“) ve světle dvou nedávných rozhodnutí proti České republice a Španělsku. Předkládaný příspěvek nastoluje otázky, jaké jsou přesné kontury tohoto institutu a do jaké míry je možno hovořit o jeho stabilitě – tedy o legitimním očekávání investorů, a to nejen ve smyslu obsahu této doktríny, ale i ve smyslu její aplikace rozhodčími tribunály *bona fide*.

1. ÚVODEM: STANDARD SPRAVEDLIVÉHO ZACHÁZENÍ (FET) PODLE MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

Koncepce legitimního očekávání má svůj původ v národních právních řádech. Tento institut se ve 20. století stal například součástí anglického právního řádu,¹ jeho jistou variaci lze nalézt v pozitivní právní úpravě německého ústavního práva,² a zprostředkovaně skrze vlivy národních právních řádů také například i práva Evropské unie.³ V modifikované podobě je zakotven i ve federálním právu USA. Pokud jeho vnímání blíže zaměříme na postavení investora, pak lze koncepční rozdíly v tomto institutu shrnout tak, že „zatímco americký koncept vnímá očekávání spojené s investicí ve všeobecnosti, evropský kontext zdůrazňuje legitimní očekávání zahraničního investora ve vztahu k hostitelskému státu, zohledňující jeho právní pořádek a závazky vůči investorovi“.⁴

Rozhodčí tribunály pohlízejí na ochranu legitimního očekávání jako na subkategorii standardu spravedlivého zacházení.⁵ Interpretace obsahu FET se historicky lišila v závislosti na znění té či oné příslušné mezinárodní investiční dohody. Určitý výchozí bod⁶ lze spatřovat ve věci *Tecmed v. Mexico*, v níž rozhodčí tribunál odkázal na ochranu investora legitimního očekávání v obecné rovině, když poukázal na skutečnost, že s přihlédnutím k FET ve světle zásady dobré víry stanovené mezinárodním právem je třeba takové zacházení, které nemá vliv na základní očekávání investora, z něhož vycházel investor.⁷ S. Panitchpakdi poukazuje na skutečnost, že se tribunály odlišují v interpretaci obsahu FET podle bilaterálních dohod o podpoře a ochraně investic v závislosti na znění relevantních ustanovení BIT ve vztahu k FET. V tomto kontextu je možné rozlišovat/identifikovat dva přístupy:⁸

a) FET spojený s mezinárodním právem, vč. minimální úrovně zacházení s cizinci podle obyčejového mezinárodního práva

V tomto ohledu může jako ilustrativní příklad sloužit čl. 1105 Severoamerické dohody o volném obchodu (dále jen „NAFTA“) nebo chorvatsko-ománská bilaterální dohoda

¹ K judikatuře na toto téma z jurisdikce Anglie a Walesu viz níže v kapitole 2 tohoto článku.

² NOLTE, G. General Principles of German and European Administrative Law. A Comparison in Historical Perspective. *The Modern Law Review*, 1994, roč. 54, č. 2, s. 195.

³ K aplikování uvedené koncepce Soudním dvorem Evropské unie blíže viz FIETTA, Stephen: Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard: The Developing Role of Investors’ “Expectations” in International Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 2006, roč. 23, č. 5, s. 377.

⁴ CHOVANCOVÁ, K. Štandard spravodlivého a rovnoprávneho zaobchádzania v medzinárodnom investičnom práve II. časť. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2015, č. 11, s. 6. (překlad autor).

⁵ Tato interpretace převládá v posledních 16 letech. K tomu blíže TEGGI, N. Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At the end of its life-cycle. *Indian Journal of Arbitration Law*, 2016, roč. 5, č. 1, s. 64.

⁶ K vývoji též HENCKELS, C. Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP. *Journal of International Economic Law*, 2016, roč. 19, č. 1, s. 27–35.

⁷ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, p. 154, (May 29, 2003) 43 I.L.M. 133 (2004). K tomu blíže též TEGGI, N. Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At the end of its life-cycle. *Indian Journal of Arbitration Law*, 2016, roč. 5, č. 1, s. 64–66.

⁸ PANITCHPAKDI, S. et al. Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York a Geneva: United Nations, 2012, s. 20–29. Dále Rumeli Telekom A.S. a Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazachstán, ICSID Case No. ARB/05/16, rozhodčí nále z 29. července 2008, odst. 611.

o ochraně a podpoře investic, jejíž čl. 3 odst. 2 stanoví, že: „*Investicím nebo výnosům investorů kterékoli ze smluvních stran na území druhé smluvní strany se musí dostat spravedlivého a poctivého zacházení v souladu s mezinárodním právem a ustanoveními této dohody.*“

b) Nekvalifikovaná formulace FET

Ve vztahu k tomuto přístupu je možné příkladem uvést dohodu o podpoře investic mezi Belgicko-luxemburskou ekonomickou unií a Tádžikistánem, podle jejíhož čl. 3 platí, že: „*Veškeré investice učiněné investorem jedné smluvní strany požívají spravedlivého a rovnocenného zacházení na území druhé smluvní strany.*“ V souladu s tímto rozdělením tribunály podrobovaly analýze sousloví „*podle obvyčejového mezinárodního práva*“, a to buď tak, že tzv. minimální cizinecký standard je obvyčejovouází zacházení s cizinci a FET tomuto odpovídá, anebo naopak, že FET je doplňkem obvyčejového minimálního cizineckého standardu. Příležitostně se též objevuje třetí přístup, který hovoří o tom, že FET je ve smyslu samostatného standardu účelově definován vágně, aby nemohl být jednoduše zařazen (k tomu blíže například Ch. Brower).⁹

Obzvláště situace, kde se příslušná BIT (jako shora citovaná chorvatsko-ománská BIT) zmiňuje o ujednáních „*v souladu s mezinárodním právem*“, vedou k interpretaci FET jako toliko *alter ega* minimálního cizineckého standardu (dále jen „MST“). Jak S. Panitchpakdi poukázal v roce 2012: „*Řada tribunálů dospěla k názoru, že skutečný obsah nekvalifikovaného [jen textově v BIT zmíněného FET] se ve své podstatě neliší od MST.*“ K tomu blíže *Rumeli Telekom v. Kazachstán*,¹⁰ *Biwater Gauff v. Tanzanie*,¹¹ *Duke Energy v. Ekvádor*,¹² *Saluka v. Česká republika*,¹³ *Azurix v. Argentina*,¹⁴ *CMS*

⁹ BROWER, Ch. H., Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, roč. 36, č. 1, s. 37–94.

¹⁰ PANITCHPAKDI, S. et al. *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York a Geneva: United Nations, 2012, s. 20–29. Dále *Rumeli Telekom A.S. v. Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazachstán*, ICSID Case No. ARB/05/16, rozhodčí nález z 29. července 2008, odst. 61: „*The only aspect on which the parties differ is that for Respondent, the concept does not raise the obligation upon Respondent beyond the international minimum standard of protection. The Arbitral Tribunal considers that this precision is more theoretical than real. It shares the view of several ICSID tribunals that the treaty standard of fair and equitable treatment is not materially different from the minimum standard of treatment in customary international law.*“

¹¹ *Biwater Gauff v. Tanzanie*, ICSID Case No. ARB/05/22, rozhodčí nález z 24. července 2008, odst. 592: „*Having said this, the Arbitral Tribunal also accepts, as found by a number of previous arbitral tribunals and commentators, that the actual content of the treaty standard of fair and equitable treatment is not materially different from the content of the minimum standard of treatment in customary international law.*“

¹² *Duke Energy v. Ekvádor*, ICSID Case No. ARB/04/19, rozhodčí nález z 18. srpna 2008, odst. 337: „*The Tribunal concurs with this statement and with the conclusion that the standards are essentially the same.*“

¹³ *Saluka v. Česká republika*, částečný rozhodčí nález z 17. března 2006, rozhodčí řízení podle UNICITRAL, odst. 291: „*Bez ohledu na skutkovou podstatu sporu mezi stranami se zdá, že rozdíl mezi standardem Dohody stanoveným v článku 3.1 a zvykovým minimálním standardem, jenž by mohl být aplikován na konkrétní fakta případu, je spíše zdánlivý než skutečný. Pokud precedenční právo odhalí různé formulace příslušných práhů, hloubková analýza by mohla skutečně prokázat, že důvodem těchto různých formulací jsou kontextové a faktické rozdíly případů, na které byly tyto standardy aplikovány.*“

¹⁴ *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, rozhodčí nález z 14. července 2006, odst. 361: „*Turning now to Article II.2(a), this paragraph provides: 'Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than required by international law.'* The paragraph consists of three full statements, each listing in sequence a standard of treatment to be accorded to investments: fair and equitable, full protection and security, not less than required by international law. Fair and equitable treatment is listed separately. The last sentence

v. *Argentina*,¹⁵ a *Occidental v. Ekvádor*.^{16,17} Podstata a přesný obsah FET nejsou doposud ustáleny a tento stav patrně ještě po určitou dobu zůstane zachován. Například v nedávném rozhodnutí *Philip Morris v. Uruguay* ze dne 28. června 2016¹⁸ tribunál nejdříve odmítl akceptovat FET jako autonomní normu, avšak obratem shrnul, že ani neodpovídá tradičnímu pohledu na minimální cizinecký standard zacházení podle obyčejového mezinárodního práva. Cizinecký standard se spíše pod vlivem FET vyvinul ve standard nový, podle něhož zacházení s přímými zahraničními investicemi musí být hodnoceno v souladu s ním, a to:

„316. Na úvod tribunál poznamenává, že absence jakéhokoli odkazu v čl. 3 odst. 2 BIT¹⁹ (Swiss/Uruguay BIT) na ‚zacházení v souladu s mezinárodním právem‘ nebo ‚obyčejové mezinárodní právo‘ nebo ‚minimální standardy smlouvy‘, jak stanoví některé další investiční smlouvy s ohledem na **FET standard, neznamená, že BIT vytváří autonomní FET standard. [...] Při absenci jakýkoliv dalších doplňujících kritérií odkaz na FET v čl. 3 odst. 2 nemůže být chápán jako ‚zacházení vyžadované minimálním standardem zacházení podle mezinárodního práva‘.**

318. V případě *Chemtura v. Kanada* bylo rozhodnuto, že ‚takové určení nemůže přehlédnout vývoj obyčejového mezinárodního práva, ani dopad BIT na tento vývoj‘. Tribunál v tomto případě vycházel z případu *Mondev v. USA*, v němž rozhodl takto:

‚Jak hmotná, tak procesní práva jednotlivce v mezinárodním právu prošla znatelným rozvojem. Ve světle tohoto rozvoje není přesvědčivé omezit význam «spravedlivého a rovnocenného zacházení» a «úplné ochrany a bezpečnosti» na to, co by mohly znamenat ve 20. letech 20. století, kdyby v této době existovaly, tedy na fyzickou bezpečnost cizinců. Moderním pohledem to, co je nespravedlivé a nerovnocenné, nemusí být totožné s tím, co je pobuřující nebo nehorázné. Zejména stát může zacházet se zahraničními investicemi nespravedlivě a nepoctivě, aniž by nutně jednal ve zlé víře [...]‘.

319. V souladu s vývojem obyčejového mezinárodního práva se vyvíjel i FET standard, a to od roku 1926, kdy byl rozhodnut případ *Neer*, o němž se žalovaný opírá. Stan-

ensures that, whichever content is attributed to the other two standards, the treatment accorded to investment will be no less than required by international law. The clause, as drafted, permits to interpret fair and equitable treatment and full protection and security as higher standards than required by international law.“

¹⁵ *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, rozhodčí nález z 12. května 2005, odst. 284: „While the choice between requiring a higher treaty standard and that of equating it with the international minimum standard might have relevance in the context of some disputes, the Tribunal is not persuaded that it is relevant in this case. In fact, the Treaty standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment, founded on solemn legal and contractual commitments, is not different from the international law minimum standard and its evolution under customary law.“

¹⁶ *Occidental v. Ekvádor*, LCIA Administered Case No. UN 3467, rozhodčí nález z 1. července 2004, odst. 190: „The Tribunal id of the opinion that in the instant case the Treaty is not different from that requirement under international law concerning both the stability and predictability of the legal and business framework of the investment. To this extent the Treaty standard can be equated with that under international law as evidence by the opinions of the various tribunals cited above. It is las quite evidence that the Respondent’s treatment of the investment falls below such standards.“

¹⁷ K rozboru uvedeného případu blíže CHOVANCOVÁ, K. Štandard spravodlivého a rovnoprávného zaobchádzania v medzinárodnom investičnom práve II. časť. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2015, č. 11, s. 7.

¹⁸ *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, rozhodčí nález z 8. června 2016, odst. 316–319.

¹⁹ Jedná se o Dohodu mezi Švýcarskou konfederací a Orientální republikou Uruguay o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 7. října 1988.

dard je dnes širší, než byl definován v případě Neer, nicméně definování jeho přesného obsahu není doposud ustáleno.“

Budeme-li tyto myšlenky parafrázovat, pak lze shrnout, že tribunál v případě *Philip Morris v. Uruguay*²⁰ dospěl v podstatě k závěru, že bez ohledu na to, zda FET existuje v rovině práva smluvního v BIT (či jakékoli další mezinárodní dohodě o ochraně investic), nebo jako standard partikulární bez odkazu k obyčejovému mezinárodnímu právu, anebo je naopak spojen s takovým odkazem na (obyčejové) mezinárodní právo, jedná se o *alter ego* nového standardu minimálního standardu zacházení (minimálního cizineckého standardu) nad rámec toho, co bylo určeno v případě Neer. V zásadě je to tedy minimální cizinecký standard verze 2.0 a obsahuje nástroje, které posilují práva investorů (cizinců) s ohledem na skutečnost, že se (obyčejové) právo rovněž vyvinulo od dob, kdy byl rozhodnut případ Neer.

Avšak co jiného je MST 2.0 než vývoj od případu Neer do obecného FET, jež se jen obáváme pojmenovat v souladu s popsáním vývojem? **V tomto kontextu je tedy třeba dospět k závěru, že MST 2.0 ve své podstatě nepředstavuje nic jiného než výsledek vývoje od případu Neer do obecného FET, tzn. že MST se v současné době fakticky obsahově překrývá se smluvním FET, tedy že došlo k vývoji obyčejového standardu MST do podoby odpovídající smluvně sjednávaným FET standardům a i obyčejový MST dnes nyní fakticky odpovídá konturám FET.**

Na druhou stranu například v jiném případě Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (dále jen „ICSID“), který byl projednáván ve stejné době a který se vztahoval k dohodě mezi Kostarikou a Švýcarskem, která zahrnovala FET, aniž by jakkoli odkazovala na obecné mezinárodní právo, když užívala tohoto pojmu, tribunál poměrně jasně shrnul, že BIT FET mají zvláštní (partikulární) povahu (k tomu blíže *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. v. Costa Rica*).²¹ Tato záležitost tak bude jistě dále podrobena diskuzi jak v literatuře, tak judikatuře. Prozatím ve vztahu ke smlouvám, které spojují FET s (obyčejovým) právem, se zdá, že stále platí názor shrnující postoj současného právního státu vyjádřený slovy P. Dumberryho:

„V [...] kontextu nekodifikovaných FET klauzulí (bez odkazu na mezinárodní právo) existují dobré důvody interpretovat podmínky FET jako nezávislý smluvní standard, který má odlišný a samostatný význam od minimálního standardu zacházení. Tento přístup však není přesvědčivý v případech (jako v čl. 1105 NAFTA), kde úmluva explicitně dává do souvislosti FET standard s ‚mezinárodním právem‘. Navíc shora uvedený přístup není udržitelný v situacích, kde strany smlouvy výslovně vyjádřily svůj záměr, že FET standard je považován za odkaz na minimální standard zacházení podle zvykového práva. To je jednoznačný případ čl. 1105 NAFTA. Tak pod záštitou Komise pro volný obchod (FTC) smluvní strany NAFTA reagovaly na tři kontroverzní rozhodčí nálezy, které byly vyneseny v roce 2000 (Metalcad, S.D.Meyers, and Pope&Talbot) a které se týkaly rozsahu a významu čl. 1105. Byly uveřejněny jako ‚Poznámky k výkladu některých ustanovení kapitoly 11 [...]‘, které mimo jiné upřesnily, že ‚čl. 1105 odst. 1 stanoví

²⁰ *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, rozhodčí nález z 8. června 2016, odst. 316–319.

²¹ *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. v. Costa Rica*, ICSID case No. ARB/13/2, rozhodčí nález z 7. března 2017, odst. 451–454. [online] [cit. 8. 10. 2017]. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9215.pdf>.

minimální obvyklé standardy pro zacházení s cizinci podle mezinárodního práva, kterým se musí dostat investicím investorů druhé strany', a dále, že pojem FET nevyžaduje zacházení navíc nebo nad rámec toho, co je požadováno zvykovým minimálních standardem v mezinárodním právu při zacházení s cizinci.“^{22,23}

2. OCHRANA LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ JAKO SOUČÁST FET STANDARDU DOHOD BIT

Konference OSN o obchodu a rozvoji shrnuje na základě rozhodčích nálezů, že „je možné vyčlenit určité druhy nesprávného a diskreditujícího chování státu, které by představovalo porušení standardu FET. Mezi takové relevantní druhy patří vedle popření porušení legitimního očekávání investorů (avšak v rovnováze s právem hostitelského státu regulovat právní prostředí ve veřejném zájmu) dále: popření spravedlnosti a spravedlivého procesu, zjevná svévolnost při rozhodování, diskriminace, jakož i zřetelně omezující zacházení.“²⁴

Opinio doctoris tedy má v současné době za to, že legitimní očekávání se včlenilo do FET a mezinárodního cizineckého standardu (MST) verze 2.0. – tedy standardu zacházení s investory/investicemi. Autoři dovozují, že „ochrana legitimního očekávání je v současné době silně zakotvena v rozhodcovské praxi“.²⁵ (K tomu blíže Ch. Schreuer a U. Kriebaum.²⁵) Toto tvrzení přesně odpovídá skutečnosti. Jak bude ilustrováno níže, procesní dovolávání se legitimního očekávání lze v arbitrážní praxi zaznamenat již po určitou dobu a současně se stalo v posledních letech poměrně módním tématem. Je však zcela legitimní položit si otázku, co je příčinou tohoto fenoménu?

Je notorietou, že doktrína legitimního očekávání je poměrně nová jak pro kontinentální Evropu, tak Anglii a Wales. Pravděpodobně byla poprvé užita v postkoloniální éře, konkrétně v roce 1968 odvolacím soudem ve věci *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*,²⁶ a teprve až v roce 1983 anglické soudy začaly tuto doktrínu uznávat jako důvod pro soudní přezkum správních rozhodnutí a činnosti veřejné moci s tím, že umožnily jednotlivcům napadnout zákonnost rozhodnutí orgánů veřejné moci. Jako příklad je možné uvést rozhodnutí ve věci *O'Reilly v. Mackman*²⁷ a ve věci *GCHQ Case (Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service)*.²⁸

²² DUMBERRY, P. The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105. *Journal of International Arbitration*, 2014, roč. 31, č. 1, s. 49.

²³ K tomu blíže rozhodnutí ve věci *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, částečný rozhodčí nález z 13. listopadu 2000, rozhodčí řízení podle UNCITRAL, odst. 258–259, *Pope and Talbot Inc. v. Canada*, rozhodčí nález z 31. května 2002, rozhodčí řízení podle UNCITRAL, odst. 62.

²⁴ PANITCHPAKDI, S. et al. Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York a Geneva: United Nations, 2012, s. 59.

²⁵ SCHREUER, Ch. – KRIEBAUM, U. At What Time Must Legitimate Expectations Exist? [online]. [cit. 10. 8. 2018]. Dostupné z: https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/97_atwhattime.pdf.

²⁶ *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* [1968] EWCA Civ 1, [1969] 2 Ch. 149 at 170–171, Court of Appeal (England and Wales).

²⁷ *O'Reilly v. Mackman* [1983] UKHL 1, [1983] 2 A.C. 237, H.L. (UK).

²⁸ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1983] UKHL 6, [1985] A.C.

Jak by ale za takových okolností mohla z právního hlediska pevně zapustit své kořeny v arbitrážní praxi? Jak se mohla MST verze 2.0 ovlivněná FET v rozhodcích nálezech (to znamená v judikatuře vytvořené, nikoliv vůlí či praxí subjektů mezinárodního práva) stát součástí (rozvinutého) mezinárodního práva? Kde je opakující se praxe států a *opinio iuris* státních činitelů? Obzvláště pak ona opakující se praxe států (*usus longae-vus*)? Autor zastává skeptický postoj k tomu, zda je možné nalézt formálně uspokojivé odpovědi na shora uvedené teoretické otázky.

Podobně skeptický je autor též k názorům některých autorů (např. Byers),²⁹ a to, že zásada legitimního očekávání je obecnou zásadou právní (uznávanou civilizovanými národy), protože je uznávána v mnoha národních právních řádech. Důvodem tohoto skeptického postoje je poměrně mladá povaha této doktríny v některých právních řádech, která tento institut (poněkud překotně) vyzdvihuje na podstavci obecné zásady právní. Obdobný skepticizmus byl též vyjádřen ostatními komentátory (k tomu blíže např. Ch. Carmody).³⁰ Měli bychom však přijmout domněnku, že MST verze 2.0 formována FET vlastně zahrnuje doktrínu legitimního očekávání? V této souvislosti bychom se měli ptát, jaké přesné postavení zaujímá tato doktrína v teorii současného mezinárodního práva podle rozhodčích nálezů a jak je aplikována?

3. OBSAH DOKTRÍNY LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ V RÁMCI FET

K interpretaci obsahu této doktríny si pomozme, *per analogiam*, jejím obsahem, ježž má v právním řádu Anglie a Walesu. Podle tamního práva (zejména judikát ve věci *GCHQ*)³¹ je možné aplikovat tuto doktrínu vis-a-vis na nositele veřejné moci, pokud legitimní očekávání vyplývá: (i) z výslovného příslibu daného jménem orgánu veřejné moci, nebo případně (ii) z ustálené praxe, jejíž pokračování může soukromoprávní strana důvodně předpokládat.

²⁹ BYERS, M. Custom, Power, and the Power of Rules. *Michigan Journal of International Law*, 1995, roč. 17, č. 1, s. 109–180.

³⁰ CARMODY, Ch. Great Expectations: the Treatment of Expectations in WTO and International Investment Law. Law Publications [online]. [cit. 8. 10. 2017]. Dostupné z: <https://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.cz/&httpsredir=1&article=1085&context=lawpub>. „Martins Paporinskis poukázal na to, jak doktrína legitimního očekávání jen stěží odpovídá tradiční doktríně mezinárodního práva. Pojem ‚očekávání‘ se nenachází v úmluvách a podobně je obtížné najít ustálenou praxi jako u obyčejů. Pokud jde o obecné zásady, Paporinskis konstatuje, že očekávání jsou výslovně identifikována pouze v určitých právních systémech.“

„Doktrína legitimního očekávání byla výrazně kritizovaná řadou komentátorů. Například [Sornarajah] poznamenal, že před rokem 2005 očekávání v tomto smyslu nebylo doposud užíváno v mezinárodním právu. Sornarajah dále určuje zdroj legitimního očekávání spočívající buď v dobré víře, nebo v zásadě správního práva.“

³¹ PANITCHPAKDI, S. et al. *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York a Geneva: United Nations, 2012, s. 9.

Novější judikatura pak připojuje třetí alternativu, kdy legitimní očekávání může být vyvoláno v souladu s rozhodnutím ve věci *R. Home Secretary ex parte Khan*³² i (iii) praxí (policy) orgánů veřejné moci.

Otázkou tedy zůstává, do jaké míry se tyto alternativy odrážejí v FET jako jeho části nebo do jaké míry se institut legitimního očekávání různí ohledně tohoto tématu v rovině mezinárodního práva. V případě *AWG Group v. Argentina*³³ rozhodčí soud poznamenal, že:

„214. Obsah pojmu spravedlivý a poctivý do značné míry záleží na obsahu smlouvy, v níž je užit. Tento pojem tedy musí být vykládán nikoli jako tři slova vyňatá z textu BIT, **ale v kontextu rozličných práv a povinností se všemi rozličnými podmínkami a omezeními, s nimiž smluvní strany souhlasily**. Avšak provádění takové analýzy pouze v abstraktní rovině, a to konkrétně bez ohledu na konkrétní BIT, by nás nedovedlo dále než analýza běžného významu pojmů ‚spravedlivý‘ a ‚poctivý‘.“

Tedy Tribunál v tomto případě dovozuje, že obsah FET (a tedy i legitimního očekávání) je nutno testovat proti textu té či oné BIT jakožto partikulárních smluvních norem mezinárodního práva. Zvýrazněná ustanovení z rozhodnutí tribunálu mohou být analogicky aplikována i na vztahy mezi státem a investory. Je zřejmé, že pokud se zásada legitimního očekávání uplatňuje, pak jakýkoliv výslovný slib učiněný jménem orgánu veřejné moci [ve smyslu alternativy ad (i)] může vyvolat legitimní očekávání chráněné podle FET.³⁴

Situace je však méně jasná ve vztahu k ostatním dvěma alternativám, a to (ii) zavedené praxi stran, jejíž trvání může soukromoprávní strana předpokládat, a (iii) činnosti/praxi orgánů veřejné moci. Vystává zejména otázka, zdali naposledy uvedené může být také chápáno jako legitimní očekávání právního rámce, o němž se očekává, že zajistí jistotu neměnných podmínek pro investice? Jak bude uvedeno níže, judikatura vztahující se k BIT se výrazně zabývá (s výjimkou přímých slibů učiněných státy) otázkou legitimního očekávání ve vztahu k právnímu rámci.

Ve věci *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Španělsko*³⁵ tribunál potvrdil shora formulovaný závěr, že specifický slib může vzbudit legitimní očekávání vztahující se k orgánům předchozích případů *AS v. Litva*,³⁶ *EDF*

³² *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan* [1984] EWCA Civ 8, [1984] W.L.R. 1337, C.A. (England & Wales). K tomu též shrnutí od PERRY, Adam a AHMED, Farrah. The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations. *Cambridge Law Journal*, 2014, roč. 73, č. 1, s. 67.

³³ *AWG Group v. Argentina*, ICSID Case No ARB/03/19, usnesení o odpovědnosti (decision on liability) z 30. července 2010, odst. 214.

³⁴ *Micula v. Rumunsko*, ICSID Case No. ARB/05/20, rozhodčí nález z 11. prosince 2013, odst. 668, tribunál pojednal o tomto tématu takto:

„668. Smluvní strany se dohodly, že za účelem prokázání porušení standardu spravedlivého zacházení založeném na tvrzení, že Rumunsko porušilo legitimní očekávání žalobců, žalobci musí prokázat, že (a) Rumunsko učinilo slib nebo jiné ujištění, (b) žalobci na tento slib skutečně spoléhali a (c) takové spoléhání (a očekávání) bylo rozumné.

134. Tento test je v souladu s prvky, které zohledňují i jiné mezinárodní tribunály.“

³⁵ *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Španělsko*, ICSID case No. ARB/13/36, rozhodčí nález z 4. května 2017, odst. 362.

³⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Litva*, ICSID Case No. ARB/05/8, rozhodčí nález z 11. září 2007, odst. 332.

(Services) Ltd. v. Rumunsko,³⁷ BG Group Plc. v. Argentina,³⁸ a Micula v. Rumunsko,³⁹ které vymezily veřejnou praxi ve vztahu k současnému právnímu rámci takto:

„362. Bez výslovných závazků přímo se vztahujících na investory a zaručujících, že stát nezmění své právo nebo regulaci, investiční smlouvy nevykládají právo státu na to, aby upravil svůj regulační rámec tak, aby odpovídal měnícím se okolnostem a veřejným potřebám. Jak poznamenaly ostatní tribunály, za účelem přizpůsobení se měnícím se ekonomickým, politickým podmínkám, regulační pravomoci státu zůstávají stále na místě. Spravedlivý a poctivý standard nezakládá právo na regulační stabilitu per se. Stát má právo regulovat a investoři musí očekávat, že se legislativa změní, a to bez ‚stabilizační klauzule‘ nebo jiných specifických záruk, které by zakládaly legitimní očekávání stability.“⁴⁰

S odvoláním na nálezy CMS Gas Transmission Co. v. Argentina jak rozhodčí nález,⁴¹ tak rozhodnutí v řízení vedoucímu ke zrušení nálezu podporující tento řetězec myšlenek,⁴² LGE Energy Corp. v. Argentina,⁴³ BG Group Plc. v. Argentina⁴⁴ a konečně Parkerings,⁴⁵ tribunál v případě Eiser v. Španělsko⁴⁶ dospěl k následujícímu shrnutí ve vztahu ke změnám právního rámce pro investory. Slovy tribunálu v případě Parkerings „každý obchodník nebo investor ví, že se právo v průběhu času vyvíjí. Je však zakázáno, aby stát jednal nespravedlivě, nepřiměřeně nebo nepoctivě při výkonu své zákonodárné činnosti.“⁴⁷

Vedle nespravedlivého, nepoctivého nebo nepřiměřeného (nebo do jisté míry nepřiměřeného) jednání by měl stát nést odpovědnost za porušení FET rovněž v situacích,

³⁷ EDF (Services) Ltd. v. Rumunsko, ICSID Case No. ARB/05/13, rozhodčí nález z 8. října 2009, odst. 217–218.

³⁸ BG Group Plc. v. Argentina, rozhodčí nález z 24. prosince 2007, rozhodčí řízení podle UNCITRAL, odst. 298.

³⁹ Micula v. Rumunsko, ICSID Case No. ARB/05/20, rozhodčí nález z 11. prosince 2013, odst. 666.

⁴⁰ Micula v. Rumunsko, ICSID Case No. ARB/05/20, rozhodčí nález z 11. prosince 2013, odst. 666.

⁴¹ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, rozhodčí nález z 12. května 2005, odst. 274.

⁴² CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), rozhodnutí ad hoc výboru pro žádosti o zrušení Argentiny, 25. září 2007, odst. 85.

⁴³ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, rozhodčí nález z 3. října 2006, odst. 125.

⁴⁴ BG Group Plc. v. Argentina, rozhodčí nález z 24. prosince 2007, rozhodčí řízení podle UNCITRAL, odst. 307.

⁴⁵ Parkerings-Compagniet AS v. Litva, ICSID Case No. ARB/05/8, rozhodčí nález z 11. září 2007, odst. 332.

⁴⁶ Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Španělsko, ICSID case No. ARB/13/36, rozhodčí nález 4. května 2017, odst. 386–387.

⁴⁷ Úplné znění příslušného rozhodčího nálezu zní:

„386. Tribunál CMS shledal, že dotčená sporná opatření ve skutečnosti zcela transformovala a změnila právní a obchodní prostředí, ve kterém byla investice učiněna. 488. To vedlo k závěru, že žalovaný porušil svou povinnost rozšířit standard spravedlivého zacházení. 489. Další tribunály hodnotící rozsáhlé změny v Argentině ohledně regulatorního rámce, na něž investoři spoléhali, obdobně dospěly k závěru, že takové změny jsou v rozporu se standardem spravedlivého zacházení.“

LGE Energy Corp v. Argentina: „Některé tribunály v posledních letech interpretují standard spravedlivého zacházení v různých investičních dohodách ve světle stejných nebo podobných slov jako preambule Argentinsko-americké investiční dohody. Tyto tribunály opakovaně shruly na základě konkrétního vyjádření ohledně spravedlivého zacházení a kontextu vytyčených cílů různých smluv, že stabilita právního a podnikatelského rámce ve smluvním státě je základním prvkem toho, co je spravedlivé zacházení. Tribunál považuje tento výklad za nově vznikající standard spravedlivého zacházení v mezinárodním právu.“

kdy stát neustále mění právní rámec pro určité investice at' už z důvodu zmatečného politického rozhodnutí nebo z jiných důvodů, které přesahují práh přiměřenosti v rámci výkonu moci zákonodárné. Příklad takové situace byl popsán tribunálem v případě *PSEG Global v. Turecko*.⁴⁸

„250. [...]Tribunál dále shledává, že spravedlivé a poctivé zacházení bylo porušeno tím, co bylo výše popsáno jako účinek ‚horské dráhy‘ neustálých legislativních změn. To se týká zejména požadavků, které se v praxi a právu vztahují k neustálým změnám v podmínkách, jimiž se řídí status společnosti, a nepřetržitému střídání mezi soukromoprávním statutem a úlevami v rovině správního práva, které stále probíhají. V omezenějším rozsahu tomu tak bylo rovněž v případě změn daňových právních předpisů.“

Existence legitimního očekávání toliko na základě skutečnosti, že existují národní právní řády o určité kvalitě/obsahu (pokud jde o licence, podmínky, daně, daňové úlevy, atd.), byla opakovaně odmítnuta zejména v NAFTA. Jak zdůrazňuje P. Dumberry: „Tribunál opakovaně úzce kvalifikoval pojem legitimního očekávání například požadavkem, že investorovo očekávání musí být založeno na konkrétních příslibech učiněných hostitelským státem, jež záměrně vyvolaly investice. Tribunál dále popřel, že by takové očekávání mohlo být založeno výlučně na stávající vnitrostátní legislativě v době učinění investice.“⁴⁹

4. JSW SOLAR V. ČESKÁ REPUBLIKA

V říjnu 2017 vydal rozhodčí tribunál ve složení Gabrielle Kaufmann-Kohler (předseda), Peter Tomka a Gary Born (dissent) rozhodčí nález ve věci (*Wirtgen a) JSW Solar v. Česká republika*.⁵⁰ Jedná se o první z řady dlouho očekávaných rozhodčích nálezů z éry fotovoltaiky a jejího omezování poté, co Česká republika nejprve tuto energetickou oblast pompězně podporovala a následně se snažila (quasi)retroaktivně omezovat výdělečnost podnikatelských aktivit v této oblasti na přelomu let 2009–2010.

Je notoricky známo v českém právním prostředí, že Česká republika v roce 2005 přijala právní rámec pro podporu obnovitelných zdrojů el. energie, a to v zákoně č. 180/2005 Sb., v prováděcí legislativě a rozhodnutí Energetického regulačního úřadu v tomto kontextu. Podstatou aplikace tohoto právní rámce bylo, zjednodušeně řečeno, že byly stanoveny státem dotované výkupní ceny el. energie vysoko nad její tržní cenou. Při stanovování těchto výkupních cen pak zjevně došlo k výpočtům s pořízovacími náklady na stavbu fotovoltaických elektráren v místě a čase.

Okolo roku 2009, kdy stále byly garantované ceny určeny v hodnotách v zásadě stanovených v návaznosti na zákon z roku 2005, došlo k boomu v oblasti výstavby elektráren. Tento boom byl způsoben dvěma důvody. Tím prvním byla jistá setrvač-

⁴⁸ PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turecko, ICSID Case No. ARB/02/5, rozhodčí nález z 19. ledna 2007, odst. 250.

⁴⁹ DUMBERRY, P. The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105. *Journal of International Arbitration*, 2014, roč. 31, č. 1, s. 49.

⁵⁰ *Wirtgen a JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Česká republika*, rozhodčí nález z 11. října 2017. Dostupné též online: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9498.pdf>.

nost s vyřizováním stavebních povolení a realizací staveb, jakož i čas, který obecně podnikatelská veřejnost potřebovala k přijetí myšlenky, že lze vydělávat na solárních elektrárnách v relativně severně položené části Evropy.

Druhým důvodem byla skutečnost, že ceny solárních panelů klesaly, což při existenci garantovaných výkupních cen významně zvyšovalo návratnost (zlevňující se investice). Česká republika na tuto skutečnost reagovala tak, že pro období po roce 2010 snížila *pro futuro* garantované výkupní ceny (a to drasticky z cca 14 000 Kč/MWh v roce 2009 na 7 959 až 5 837 Kč/MWh v závislosti na velikosti zdroje v roce 2011).⁵¹ Dále pak na to reagovala tak, že i u elektráren postavených mezi 1. 1. 2009 – 31. 12. 2010 zavedla v roce 2010 srážkovou daň ve výši 26 %. Tato daň měla původně být vybírána v období let 2011–2013, následně byla v roce 2013 prodloužena na neurčito, toliko ponížena na 10 %.

Česká republika tedy (minimálně ve vztahu k roku 2009) retroaktivně deformovala právní rámec podnikání v oblasti fotovoltaiky, který existoval v době, kdy s pompou podporovala investice do produkce obnovitelných zdrojů elektrické energie. Je takový postoj slučitelný s principem FET ve smyslu (ne)porušování legitimního očekávání?

Tribunál došel většinově k závěru, že princip legitimního očekávání investora nebyl v tomto případě porušen, když dovodil, že právní rámec zákona č. 180/2005 Sb. nastavuje toliko návratnost investic do 15 let a roční výnos minimálně 7 %, což byly podmínky, které byly splněny i po shora popsáných legislativních zásazích.⁵² Do hluboké právní analýzy v oblasti FET se nepustil a teoretický rozbor judikatury FET se též v nálezu téměř nenachází. Je nutno konstatovat, že již samotná strohost odůvodnění předmětného rozhodčího nálezu indikuje slabost jeho právních závěrů na hranici nepřezkoumatelnosti a v rovině teoretické se jedná o velmi slabé rozhodnutí, které lze jen obtížně podepřít právní argumentací mající původ v materii práva ochrany investic jako v kategorii právní vědy. V tomto smyslu není bez zajímavosti konfrontovat odbornou úroveň závěrů v rozhodčím nálezu s disentem rozhodce Borna a jeho odkazy na předchozí zdroje, jak níže diskutováno.

5. GARY BORN – DISSENT VE VĚCI JSW SOLAR V. ČESKÁ REPUBLIKA

Tento rozhodčí nálezy byl doprovázen ostrým disentem rozhodce Garyho Borna, který je zároveň členem jiného tribunálu v arbitráži vedené proti České republice (*Natland v. Česká republika*),⁵³ kde prozatím byl vydán nezveřejněný dílčí rozhodčí nálezy, který dle dostupných informací došel k závěru, že FET byl porušen.⁵⁴

⁵¹ Energetický regulační úřad. Energetický regulační věstník [online]. [cit. 26. 2. 2018]. Dostupné z: http://www.eru.cz/documents/10540/462894/CR_POZE_04_2013.pdf/fcc8b49f-c021-475a-b3b7-a375e0074b84.

⁵² Wirtgen a JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Česká republika, rozhodčí nálezy z 11. října 2017, odst. 367.

⁵³ CHARLOTIN, D. For Majority of Kaufmann-Kohler and Tomka in Czech Solar Case, Investor Had No Legitimate Expectation to Fixed FEED-IN-TARRIFS [online]. [cit. 26. 2. 2018]. Dostupné z: <https://www.iareporter.com/articles/29514/>.

⁵⁴ CHARLOTIN, D. In Dissent in Czech Solar Case, Gary Born Sees a Legitimate Expectation to Fixed Freed-In-Tariffs, and Complains that Co-Arbitrators Deprive State of Ability to provide Meaningful “Leg-

V disentu ve věci *JSW Solar v. Česká republika* pak Gary Born zejména sumarizuje tři body, pro které má za to, že v daném případě solárních investic z let 2009–2010 došlo ze strany České republiky k porušení FET ve smyslu porušení principu legitimního očekávání. K tomu je třeba zdůraznit, že legitimní očekávání vyplývá z **mimosmluvních závazků** státu – jím stanoveného legislativního rámce. Jako jeden z judikátů hovořících o mimosmluvních závazcích (vyplývajících např. z tvz. „*representation*“) cituje G. Born v čl. 8 svého disentu závěry ve shora citované věci *Micula v. Rumunsko*.

Disent rozhodce Borna začíná parafrází rčení, že těžké případy produkují špatné právo. Úvodník tohoto disentu, se kterým se autor tohoto článku plně ztotožňuje, zní v překladu:

„2. Říká se, že těžké případy produkují špatné právo. Zdá se však, že jednoduché případy asi také.

3. Toto je jednoduchý případ. Česká republika přijala legislativu, která poskytovala jednoznačné záruky investorům v oblasti obnovitelných zdrojů. Tyto zákonné záruky stanovovaly, že specifické minimální tarify měly být vypláceny za elektrickou energii z obnovitelných zdrojů za období 15 (později 20) let. Žalobci se spolehli na tyto tarify, když do České republiky umísťovali významnou investici. Následně, přes její záruky, Česká republika uvalila daň, která zásadním způsobem snížila tarify vyplácené na některé obnovitelné zdroje, a to včetně fotovoltaické elektrárny žalobců (dále ‚solární daň‘). Porušení předchozích záruk České republiky je zřejmým porušením Smlouvy mezi Spolkovou republikou Německo a Českou a Slovenskou Federativní republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic (dále ‚Smlouva‘).

4. Většina odmítá přijmout tento jasný závěr. Namísto toho, většina navrhuje zjevně nevěrohodnou interpretaci relevantní české legislativy, kterážto interpretace je v rozporu s jazykem a účelem této legislativy, a kterou navíc Česká republika sama opakovaně odmítala, včetně během této arbitráže. Závěr většiny může být některými považován za výhodný, ale je prokazatelně špatný a z dlouhodobého pohledu destruktivní pro vládu práva a autoritu České republiky.“⁵⁵

Disent rozhodce Borna se liší od nálezu samotného. Dle názoru autora tohoto článku zejména tím, že co do teoretického obsahu nálezu je logicky strukturovaný a odkazuje na předchozí judikaturu. Born cituje tribunál ve věci *Micula v. Rumunsko*,⁵⁶ který s odkazem na *opinio doctoris*, ale i dřívější judikaturu (např. *Saluka v. Česká republika*) sumarizuje, že:

„(...) kde investor nabyl práva, nebo kde stát jednal tak, že vyvolal legitimní očekávání investora a tento investor se spolehl na tato očekávání při realizaci investice, jednání státu, které směřuje ke zvrácení nebo které ničí tato legitimní očekávání, jsou v rozporu se standardem spravedlivého zacházení, a zakládají tak právo na kompenzaci.“⁵⁷

islative Guarantees” to Foreign Investors. [online]. [cit. 26. 2. 2018]. Dostupné z: <https://www.iareporter.com/articles/in-dissent-in-czech-solar-case-arbitrator-gary-born-sees-a-legitimate-expectation-to-fixed-solar-feed-in-tariffs-and-complains-that-co-arbitrators-deprive-state-of-ability-to-provide-meaningful/>.

⁵⁵ BORN, G. Nesouhlasné stanovisko ve věci *JSW Solar v. Česká republika* [online]. [cit. 26. 2. 2018]. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9499.pdf>.

⁵⁶ *Micula v. Rumunsko*, ICSID Case No. ARB/05/20, rozhodčí nález 11. prosince 2013, odst. 667.

⁵⁷ *Ibid.*

Autor tohoto příspěvku podotýká, že ve vztahu k těmto závěrům je zejména příleha-
vé citovat již shora uvedenou citaci ve věci *Eiser v. Španělsko*:

„362. Bez výslovných závazků přímo se vztahujících na investory a zaručujících, že stát nezmění své právo nebo regulaci, investiční smlouvy nevyklučují právo státu na to, aby upravil svůj regulační rámec tak, aby odpovídal měnícím se okolnostem a veřejným potřebám. Jak poznamenaly ostatní tribunály: ‚Za účelem přizpůsobení se měnícím se ekonomickým, politickým podmínkám, regulační pravomoci státu zůstávající stále na místě.‘ Spravedlivý a poctivý standard nezakládá právo na regulační stabilitu per se. Stát má právo regulovat a investoři musí očekávat, že se legislativa změní, a to bez ‚stabilizační klauzule‘ **nebo jiných specifických záruk, které by zakládaly legitimní očekávání stability.**“⁵⁸

V daném případě dle nosných argumentů rozhodce Borna⁵⁹ **Česká republika sama deklarovala právní rámec způsobem, který vyvolával legitimní očekávání.** Učinila tak explicitně textem zákona, když § 6 zákona č. 180/2005 Sb. zněl:

„§6

(1) Úřad stanoví vždy na kalendářní rok dopředu výkupní ceny za elektřinu z obnovitelných zdrojů (dále jen ‚výkupní ceny‘) samostatně pro jednotlivé druhy obnovitelných zdrojů a zelené bonusy tak, aby

a) byly vytvořeny podmínky pro naplnění indikativního cíle podílu výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů na hrubé spotřebě elektřiny ve výši 8% v roce 2010 a

b) pro zařízení uvedená do provozu

1. po dni nabytí účinnosti tohoto zákona bylo při podpoře výkupními cenami dosaženo patnáctileté doby návratnosti investic za podmínky splnění technických a ekonomických parametrů, kterými jsou zejména náklady na instalovanou jednotku výkonu, účinnost využití primárního obsahu energie v obnovitelném zdroji a doba využití zařízení a které jsou stanoveny prováděcím právním předpisem,

2. po dni nabytí účinnosti tohoto zákona zůstala zachována výše výnosů za jednotku elektřiny z obnovitelných zdrojů při podpoře výkupními cenami po dobu 15 let od roku uvedení zařízení do provozu jako minimální se zohledněním indexu cen průmyslových výrobců; za uvedení zařízení do provozu se považuje též ukončení rekonstrukce technologické části stávajícího zařízení, změna paliva, nebo ukončení modernizace, zvyšující technickou a ekologickou úroveň stávajícího zařízení,

3. před dnem nabytí účinnosti tohoto zákona byla po dobu 15 let zachována minimální výše výkupních cen stanovených pro rok 2005 podle dosavadních právních předpisů se zohledněním indexu cen průmyslových výrobců.

(2) Při stanovení výše zelených bonusů Úřad přihlíží též k zvýšené míře rizika uplatnění elektřiny z obnovitelných zdrojů na trhu s elektřinou.

⁵⁸ Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Španělsko, ICSID case No. ARB/13/36, rozhodčí nález z 4. května 2017, odst. 362.

⁵⁹ BORN, G. Nesouhlasné stanovisko ve věci *JSW Solar v. Česká republika*, odst. 17–45, zejména čl. 38, 45 [online]. [cit. 26. 2. 2018]. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9499.pdf>.

(3) Při stanovení výkupních cen a zelených bonusů Úřad vychází z odlišných nákladů na pořízení, připojení a provoz jednotlivých druhů zařízení včetně jejich časového vývoje.

(4) **Výkupní ceny stanovené Úřadem pro následující kalendářní rok nesmí být nižší než 95 % hodnoty výkupních cen platných v roce, v němž se o novém stanovení rozhoduje. Toto ustanovení se poprvé použije pro ceny stanovené pro rok 2007.**⁶⁰

Born v kritice závěrů většiny tribunálu s odkazem na právě shora uvedené ustanovení § 6 zákona č. 180/2005 Sb. konstatuje:

„38. Většina tvrdí, že § 6(1)(b)(2) nestanovuje ‚žádný abstraktní příslib výnosů‘. To je však zase špatně a irelevantní. Co § 6(1)(b)(2) stanovuje, je velmi specifický a konkrétní příslib, ‚že výnosy ... za jednotku elektřiny‘ stanovené ERÚ podle §6(1)(b)(1) pro zdroje nasmlouvané v konkrétním roce budou ‚zachovány‘ pro tyto zdroje po dobu 15 (následně) 20 let. Toto není žádný ‚abstraktní‘, ale velmi konkrétní příslib – příslib, který je výslovně poskytnut § 6(1)(b)(2) a který je klíčový pro regulační a hospodářské účely toho zákona“

[...]

„45. Tudíž, za účelem podpory soukromých investic, a za účelem umožnění financování v oblasti sektoru obnovitelných zdrojů, Česká republika garantovala investorům, že obnovitelné zdroje energie by obdržely zvláštní [tarify], předem stanovené, a pro definovanou dobu [...].“⁶⁰

a uzavírá, že **výklad zákona č. 180/2005 Sb. tak, jak provedla většina tribunálu, byl vytržen z kontextu.**

6. NOVENERGIA II – ENERGY & ENVIRONMENT V. ŠPANĚLSKO

V obdobném časovém rámci, ve kterém se rozvíjela historie investic německých investorů v České republice, se obdobně rozvíjela historie investic lucemburských investorů ve Španělsku, a to ve stejném (fotovoltaickém) sektoru a na bázi obdobných iniciativ, mající svůj původ v evropské politice na poli obnovitelných zdrojů a její aplikaci členskými státy EU. Španělsko již v tomto kontextu čelilo několika investičním arbitrážím, ať již shora zmiňovaná *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l v. Španělsko*⁶¹ z května 2017, či *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Španělsko*.⁶²

Poslední z trojice dostupných případů proti Španělsku, kterým se budeme zabývat a který se týkal investice lucemburského investora ve Španělsku, je pak právě *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nále z 15. února 2018.⁶³ V tomto případě rozhodčí tribunál (v němž zasedal předseda Johan Sidklev a rozhodci prof. Antonio Crivellaro a soudce Juez Bernardo Sepúlveda-Amor) analyzo-

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Španělsko*, ICSID case No. ARB/13/36, rozhodčí nále z 4. května 2017, odst. 362.

⁶² *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Španělsko*, SCC V2013/153, rozhodčí nále z 12. července 2016.

⁶³ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nále z 15. února 2018.

val obšírně otázku legitimního očekávání, a to s odkazem na shora zmiňovaný rozhodčí nález *JSW Solar v. Česká republika*, jakož i nálezy ve věci *Isolux* a ve věci *Eiser*.

Rozdílný byl však právní rámec, z jehož pohledu tribunál analyzoval porušení práv investora. V dotčeném případě představovala rozhodčí bázi tzv. Smlouva o Energetické chartě z roku 1994 (dále jen „ECT“).⁶⁴ Článek 10 odst. 1 ECT říká, že: „Každá smluvní strana má v souladu s ustanovením této smlouvy podporovat a vytvořit stabilní, spravedlivé, příznivé a transparentní podmínky pro investory ostatních smluvních stran [...]“. Otázka, kterou se tribunál musel, *inter alia*, zabývat, je vztah obsahu shora citovaného ustanovení čl. 10 odst. 1 ECT a standardu FET, a to ve smyslu otázky samostatnosti nároku na *stabilní a transparentní podmínky* pro investory. Tribunál se s touto problematikou vypořádal ztotožňujícím se odkazem na závěry ve věci *Isolux*,⁶⁵ podle něhož:

„Rozhodčí tribunál neshledal v [čl. 10 odst. 1 ECT] autonomní povinnost smluvních stran podporovat a vytvářet stabilní a transparentní podmínky pro realizaci investic na jejich územích, jejichž porušení by vytvářelo práva investorů druhé smluvní strany, per se [...]“ a ztotožnivše se odkázal, jak bylo zmíněno i ve věci *Isolux*, na závěry tribunálu ve věci *Plama*, podle nichž „stabilní a spravedlivé podmínky jsou podle ECT jasně součástí standardu spravedlivého zacházení.“⁶⁶

Následně se tribunál jal analyzovat standard spravedlivého zacházení v konkrétní konstelaci lucemburského investora ve Španělsku. Právní rámec podpory obnovitelných zdrojů elektrické energie založil zákon č. 57/1997, který zavedl tzv. speciální režim pro zdroje tzv. registrované ve Správním rejstříku jednotek generujících elektrickou energii. Zdroje zde (po splnění podmínek) registrované měly nárok na tzv. prémii určené vládou. Královský dekret č. 2818/1998 a posléze královský dekret č. 436/2004 následně hmotně naplnily rámec tzv. speciálního režimu. Královský dekret č. 436/2004 výslovně konstatoval, že zavádí „trvalý ekonomický režim [...] založený na objektivní a transparentní metodologii odměňování“.⁶⁷

Daný režim odměňování, obdobně jako v České republice, zaváděl buďto odměny (za vlastní spotřebu), nebo zvláštní tarif (cenu) za elektřinu dodávanou do sítě. Cena za elektřinu dodávanou do sítě byla pak vypočítávána jako násobek roční referenční ceny (obecné), a to tak, že v případě zdrojů do 100 kW instalovaného výkonu (včetně) tento násobek činil v prvních 25 letech 575 a následně 460násobek. U ostatních zdrojů se pak jednalo o 300násobek za prvních 25 let a následně o 240násobek.

V roce 2007 došlo královským dekretem č. 661/2007 v tomto „trvalém ekonomickém režimu“⁶⁸ ke změnám.⁶⁹ V případě tzv. zvláštního tarifu byly stále garantovány výplaty za celkově vyprodukovanou energii po dobu existence té či oné elektrárny.

⁶⁴ Dohoda k Energetické chartě ze dne 17. 12. 1994.

⁶⁵ *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Španělsko*, SCC V2013/153, rozhodčí nález z 12. července 2016, odst. 764–765.

⁶⁶ *Plama Consortium Limited v. Bulharsko*, ICSID Case No. ARB/03/24, rozhodčí nález z 27. srpna 2008.

⁶⁷ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nález z 15. února 2018, odst. 90.

⁶⁸ *Ibid.*, odst. 92.

⁶⁹ Real Decreto 661/2001 ze dne 25. 5. 2007, preambule:

„Současná španělská společnost, v kontextu redukce závislosti na vnějších zdrojích energie, většího zapojení obnovitelných zdrojů a větší ohleduplnosti k životnímu prostředí, vyžaduje stále více využití

V roce 2007 investoval i žalobce v uvedené investiční arbitráži. V dotčené době též Španělské království provozovalo jakousi pětiletku obnovitelných zdrojů, nazvanou Plán obnovitelných zdrojů 2005–2010. Jejím cílem bylo dosáhnout 29,4% výroby z elektrických zdrojů do roku 2010. Jednalo se o vládní plán schválený radou ministrů Španělska (dále jen „vládní plán“), který v současné době není ve formátu PDF již dostupný (link není aktivní), avšak popisná návštěva – webová stránka o tomto vládním plánu na stránkách španělského ministerstva energetiky, turismu a digitální agendy je stále k dispozici.⁷⁰ V přibližně stejném období pak španělský energetický regulátor (tzv. Národní energetická komise) vydává sérii zpráv (ve dnech 14. 2. 2007, 30. 7. 2008 a 22. 4. 2009), ve kterých m.j. akcentuje stabilitu zvláštního režimu, předvídatelnost a stabilitu investice po dobu její životnosti a absenci retroaktivních zásahů, a to m.j. za účelem podpořit investici do těchto nových technologií, minimalizace rizik spojených s regulací a minimalizace nákladů na bankovní úvěry.⁷¹

Stát dále prostřednictvím Institutu pro diversifikaci a úsporu energie, organizace akreditované ministerstvem energetiky, turismu a digitální agendy a pyšníci se na svých stránkách v místech, kde se obvykle objevuje logo provozovatele takových stránek vedle svého loga i generálním logem španělské vlády a právě řečeného ministerstva⁷² energetiky, turismu a digitální agendy, vydával prospekty pod názvem „Slunce může být celé Vaše“ a „Obnovitelné zdroje made in Spain“.

V roce 2010 byl přijat královský dekret č. 1565/2010, který zasáhl do „trvalého ekonomického režimu“, a to tím, že derogoval podporu výkupovými tarify po 25 letech životnosti té či oné elektrárny. Následovala série dalších omezujících legislativních opatření, m.j. zavedení sedmiprocentní daně na produkci el. energie na španělském území (zákon č. 15/2012) a následně opakované změny ve výpočtech odměňování produkce, tedy opakované změny toho tzv. „trvalého ekonomického režimu založeného na objektivní a transparentní metodologii odměňování“ (zákonný dekret č. 14/2010, zákoný dekret č. 2/2013, zákoný dekret č. 9/2013, zákon č. 24/2013, královský dekret č. 413/2014, etc.).⁷³

Vraťme se však zpět k analýze standardu spravedlivého zacházení provedené po vyloučení názoru, že čl. 10 odst. 1 ECT by snad zaváděl samostatný standard stability. Tribunál svoji analýzu zahájil citací⁷⁴ závěru tribunálu ve věci *Electrabel*, podle níž:

„Je široce přijímáno, že nejdůležitější funkcí spravedlivého zacházení je ochrana legitimního očekávání investora.“⁷⁵

obnovitelných zdrojů a efektivitu při generování elektrické energie jakožto základní principy k dosažení udržitelného rozvoje z pohledu ekonomického, společenského a pohledu životního prostředí.“

⁷⁰ *Energía y desarrollo sostenible* [online]. [cit. 5. 3. 2018]. Dostupné z: <http://www.minetad.gob.es/energia/desarrollo/EnergiaRenovable/Plan/Paginas/planRenovables.aspx>.

⁷¹ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nález z 15. února 2018, odst. 111.

⁷² *Institut pro diversifikaci a úsporu energie* [online]. [cit. 5. 3. 2018]. Dostupné z: <http://www.idae.es/conozcanos/quienes-somos>.

⁷³ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nález z 15. února 2018, odst. 111–148.

⁷⁴ *Ibid*, odst. 648.

⁷⁵ *Electrabel S.A. v. Maďarsko*, ICSID case No. ARB/07/19, rozhodčí nález z 25. listopadu 2015, odst. 7.65.

Následně přešel tribunál k závěrům (již shora citovaným) ve věci *Micula*, kdy podle závěrů tamního tribunálu:

„I když otázka, zda legitimní očekávání byla porušena, je otázkou skutkovou, naprostá většina případů podporuje tvrzení, že tam, kde investor nabyl práva, nebo kde stát jednal tak, že vyvolal legitimní očekávání investora a tento investor se spoléhal na tato očekávání při realizaci investice, jednání státu, které směřuje ke zvrácení nebo které ničí tato legitimní očekávání, jsou v rozporu se standardem spravedlivého zacházení, a zakládají tak právo na kompenzaci.“⁷⁶

Práva investora na legitimní očekávání, resp. na závěry z existence takového očekávání plynoucí ve smyslu absence jakéhokoliv vývoje podmínek, ve kterých se investice realizuje, však nejsou bez dalšího absolutní. Podle závěrů tribunálu ve věci *Noveenergia* odkazujícího na závěry tribunálu ve věci *AES Summit*⁷⁷ je nutné zabývat se otázkou, zda opatření přijatá státem jsou ještě v rozsahu „přijatelných mezi legislativního a regulačního chování“.⁷⁸ Vývoj právního řádu je samozřejmě (v přiměřené míře) přípustný. Tuto problematiku lze nakonec sumarizovat jako tzv. „vyvažovací cvičení“ (*balancing exercise*)⁷⁹ mezi legitimním očekáváním investora a právem státu na vývoj legislativy. Je tedy nutno hovořit o vyvažování práva investora ve vztahu k regulačním právkům státu umístění investice, a to v intencích maximy proporcionality.

Jako příklad vyvažovacího cvičení v abstraktní rovině tribunál cituje postup tribunálu ve věci *Saluka*,⁸⁰ podle něhož:

„Rozsah ochrany cizí investice podle smlouvy proti nespravedlivému zacházení není možno určit výhradně jen podle subjektivních motivací a úvah investora. Jejich očekávání, aby byla chráněna, musí dosáhnout úrovně legitimacy a rozumnosti, a to ve světle okolností.

[...]

Žádný investor nemůže rozumně očekávat, že okolnosti vládoucí v době realizace investice zůstanou beze změny. Aby bylo možno určit, zda porušení očekávání cizího investora bylo ospravedlnitelné a rozumné, je třeba vzít v potaz také legitimní právo státu investice a následně regulovat domácí záležitosti ve veřejném zájmu.“

Tribunál se dále, právě s odkazem na proporcionalitu vyjádřenou ve vztahu k legitimnímu očekávání v rámci standardu spravedlivého zacházení, vymezil vůči závěrům (citovaným Španělskem jako žalovanou stranou) ve věci *Eiser*. Tribunál konstatuje:

„V rozporu s tím, co naznačuje žalovaný, jednání žalovaného nemuselo nutně zničit investici žalobce úplně, aby tribunál došel k závěru, že žalovaný porušil standard FET. Tribunál nesouhlasí s přístupem zvoleným rozhodčím tribunálem ve věci Eiser, pokud by tedy skutečně měl být tento přístup vykládám způsobem, jaký naznačuje žalovaný.

⁷⁶ *Micula v. Rumunsko*, ICSID Case No. ARB/05/20, rozhodčí nález z 11. prosince 2013, odst. 667.

⁷⁷ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. Maďarsko*, ICSID Case No. ARB/07/22, rozhodčí nález z 25. září 2010.

⁷⁸ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. Maďarsko*, ICSID Case No. ARB/07/22, rozhodčí nález z 25. září 2010, odst. 9.3.73.

⁷⁹ *Noveenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nález z 15. února 2018, odst. 657.

⁸⁰ *Saluka v. Česká republika*, částečný rozhodčí nález z 17. března 2006, rozhodčí řízení podle UNICITRAL, odst. 304–305.

Z pohledu tribunálu je analýza otázky, zda FET standard byl porušen, vyvažovacím cvičením, kde se regulační zájmy státu vyvažují vůči legitimním očekávání a spolehnutí se investora. Není prostě dostatečné dívat se jen na ekonomický efekt, který taková opatření měla⁸¹ (podtržení přidáno).

V rovině věcné pak s tímto právním náhledem tribunál logicky dospěl k věcným závěrům, že z pohledu vyjádření a ujištění před a v souvislosti s implementací královského dekretu č. 661/2007 je třeba považovat zejména přijetí zákonného dekretu č. 9/2013 za opatření radikální a neočekávané (z pohledu místa a času roku 2007). Tribunál došel k závěru, že radikální změny přijaté v letech 2013 a 2014, které *de facto* plně zrušily *trvalý ekonomický režim* (zákon č. 9/2013, zákon č. 14/2013, královský dekret č. 413/2014), byly porušením standardu spravedlivého zacházení (FET) ve smyslu čl. 10 odst. 1 ECT a zakládají nárok na náhradu škody.⁸²

ZÁVĚREM

Je předmětem stálých diskuzí, zda je standard spravedlivého zacházení součástí mezinárodního cizineckého standardu, anebo je samostatnou kategorií. Jak bylo v úvodu tohoto článku krátce sumarizováno, tribunály se v této otázce liší, často v závislosti na textaci té či oné dohody o ochraně investic. Podle názoru autora tohoto příspěvku je tato diskuze poněkud nepřínosná, neboť pokud by se mělo jednat o tolikou součást obyčejového standardu cizineckého, pak je řečnickou otázkou, proč standard FET vůbec smluvně zmiňovat jako samostatnou kategorii.

Méně problematické je, zda standard ochrany legitimního očekávání je součástí FET.⁸³ Otázkou diskutovanou v judikatuře je rozsah (a obsah) tohoto standardu, tedy jeho konkrétní kontury. Jedná se přitom o problematiku judikovanou již více než 10 let, když závěry z citovaného případu *Saluka* pocházejí z roku 2006. Autor tohoto příspěvku zastává názor, že se lze plně ztotožnit s teoretickými závěry ve věci *Novenergia* ve smyslu, že analýza standardu legitimního očekávání je hledáním rovnováhy mezi právem investora spoléhat na své legitimní očekávání na straně jedné a právem státu místa realizace investice legitimně rozvíjet svůj právní řád. Legitimitu očekávání investora je pak nutno testovat ve vztahu k projevům státu místa realizace investice, ať již abstraktně či výslovně *vis-a-vis* investuru, a to vždy s korektivem rozumnosti takového očekávání.

Lze tedy shrnout, že navzdory pozoruhodnému judikátu ve věci *JSW Solar v. Česká republika* institut legitimního očekávání žije, těší se v zásadě dobrému zdraví a teoreticky rozvíjí, jak ukazuje odborně zpracovaný náleze ve věci *Novenergia*. Poselství

⁸¹ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí náleze z 15. února 2018, odst. 694.

⁸² *Ibid.*, odst. 695, 697.

⁸³ Podle K. Chovancové lze z početné rozhodcovské judikatury dovodit, že: „Legitimní očekávání investora je považováno za mimořádně důležitou součást standardu FET, přímo indikující jeho porušení. Výjimku nepředstavují ani rozsudky, ve kterých rozhodcovské tribunály označily legitimní očekávání investora za hlavní faktor při rozhodování o nepřímém vyvlastnění zahraničního investora hostitelským státem.“ K tomu blíže CHOVANCOVÁ, K. Štandard spravodlivého a rovnoprávneho zaobchádzania v medzinárodnom investičnom práve II. časť. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2015, č. 11.

judikátu *JSW Solar v. Česká republika*, jehož kontroverzní závěry prosté analýzy pak tkví v tom, že je praktickou nutností v mezinárodní arbitráži současné doby, z pohledu právních zástupců stran sporu, sledovat právní názory těch či oněch rozhodců a podle nich přistupovat k nominacím do tribunálů. Z pohledu teoretického se může jednat o závěr zdvíhající obočí, z pohledu advokátní praxe v mezinárodní arbitráži se však jedná o naprosto esenciální přístup.

JUDr. Tomáš Mach, LL.M., Ph.D.
MACH LEGAL, advokátní kancelář, s. r. o., Praha
tm@machlegal.eu