
Datum: 4. listopadu 2010

Autor: Glatzová & Co., v.o.s., JUDr. Jakub Hájek, Mgr. Lukáš Nývlt

Věc: **SNĚMOVNÍ TISK 145 - 3.ČTENÍ, VLÁDNÍ NÁVRH ZÁKONA, KTERÝM SE MĚNÍ ZÁKON O PODPOŘE VYUŽÍVÁNÍ OBNOVITELNÝCH ZDROJŮ (180/2005 SB.)**

SHRnutí ARGUMENTŮ NASVĚDČUJÍCÍCH PROTI ÚSTAVNOSTI VLÁDNÍHO NÁVRHU A JEHO ROZPORU S MEZINÁRODNÍMI ZÁVAZKY ČESKÉ REPUBLIKY

1. ÚVOD

Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky (dále jen „**Poslanecká sněmovna**“) bude ve 3. čtení hlasovat o vládním návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 180/2005 Sb., o podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie (zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o podpoře OZE**“).

Hospodářský výbor Poslanecké sněmovny svým usnesením ze dne 2. listopadu 2010 doporučil schválení uvedeného vládního návrhu změny zákona o podpoře OZE ve znění komplexního pozměňovacího návrhu (dále jen „**Návrh**“).

Návrh kromě jiného ve svém čl. I bod 2 počítá se zavedením odvodu za elektřinu vyrobenou ze slunečního záření (dále jen „**Odvod**“). Předmětem Odvodu má být elektřina vyrobená ze slunečního záření v období od 1. ledna 2011 do 31. prosince 2013 v zařízení uvedeném do provozu v období od 1. ledna 2009 do 31. prosince 2010.

Poplatníkem Odvodu má být výrobce elektřiny ze slunečního záření. Výše Odvodu má být stanovena sazbou 26 % z částky bez daně z přidané hodnoty hrazené poplatníkovi formou výkupní ceny za vyrobenou elektřinu ze slunečního záření (resp. 28 % v případě podpory formou zeleného bonusu), a to vždy za odvodové období jednoho kalendářního měsíce.

Účelem tohoto shrnutí je předložit základní argumenty proti přijetí Návrhu. Tyto základní argumenty jsou založeny na rozporu Návrhu s:

- (i) ústavním pořádkem České republiky; a
- (ii) závazky České republiky vyplývajícími z mezinárodních smluv o podpoře a ochraně investic.

2. ROZPOR S ÚSTAVNÍM POŘÁDKEM ČESKÉ REPUBLIKY

Přijetí Odvodu v podobě obsažené v Návrhu by bylo porušením následujících zásad, které tvoří základ ústavního pořádku České republiky:

- (i) **zásady přiměřenosti**; a
- (ii) základního práva na **legitimní očekávání** ochrany majetku.

2.1 PORUŠENÍ ZÁSADY PŘIMĚŘENOSTI

Česká republika je podle čl. 1 odst. 1 Ústavy demokratický právní stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana.

Mezi základní pravidla výkonu státní moci, která z této skutečnosti vyplývají, patří zásada přiměřenosti takového výkonu.

Úprava daňových a jim obdobných povinností je výkonem státní zákonodárné moci. I tuto formu uplatnění státní moci je proto nutno posuzovat z hlediska splnění zásady přiměřenosti. V případě zdanění, resp. zavedení Odvodu, je míru přiměřenosti nutno posuzovat ve vztahu k základnímu právu na vlastnictví, zaručenému čl. 11 odst. 1 Listiny základních práv a svobod.

S ohledem na zvláštní význam daní pro chod státu zavedl Ústavní soud zvláštní test, jemuž daně či jiné povinné zákonné platby podrobuje při přezkumu jejich přiměřenosti, a tedy ústavnosti¹. Podle tohoto testu je pro dosažení závěru o ústavní konformitě nutno posoudit, zda Odvod:

- (i) vyhovuje požadavku vyloučení extrémní nepřiměřenosti;
- (ii) dodržuje ústavní princip rovnosti ve smyslu vyloučení svévole; a
- (iii) dodržuje ústavní princip rovnosti ve vztahu k dalším základním právům zaručeným ústavním pořádkem.

2.1.1 Extrémní nepřiměřenost Odvodu

Z požadavku vyloučení extrémní nepřiměřenosti podle Ústavního soudu plyne, že daňové či jemu obdobné opatření „*nesmí zasáhnout do vlastnických práv tak, aby se majetkové poměry dotčeného subjektu zásadně změnily tak, že by došlo ke zmaření samé podstaty majetku, tj. ke zničení majetkové základny poplatníka.*“²

Protiústavnost opatření z důvodu extrémní nepřiměřenosti je pak dána tehdy, jestliže takové opatření „*nabývá škrtícího (rdousícího) působení; jinými slovy vyjádřeno, má-li posuzovaná daň, poplatek, příp. peněžní sankce ve svých důsledcích konfiskační dopady ve vztahu k majetkové podstatě jednotlivce.*“³

Samotná výše Odvodu, jak byla uvedena výše, extrémní nepřiměřenost obecně nezakládá. Odvod samotný může mít přesto v nezanedbatelném počtu případů likvidační dopad na majetkovou základnu jeho poplatníků. Pravděpodobně tomu tak bude v případě solárních elektráren financovaných pomocí bankovních úvěrů, kdy Odvod povede k nemožnosti dodržet nastavenou formu splácení a následně ztratě investice v důsledku výkonu zajištění bankovního úvěru příslušnou bankou.

Z týchž důvodů pak skutečně rdousící účinek na poplatníky Odvodu bude mít Návrh ve spojení s paralelně připravovanou novelou zákona o daních z příjmu⁴. Znění schválené Poslaneckou sněmovnou Parlamentu ČR dne 2. listopadu 2010 totiž počítá se zrušením pětiletého osvobození výrobců elektřiny ze sluneční energie od daní z příjmu, přičemž toto osvobození se má použít naposledy ve zdaňovacím období započatém v roce 2010. Poplatníci Odvodu by tak od

¹ Nález Ústavního soudu ze dne 21. dubna 2009, sp. zn. Pl.ÚS 29/08.

² Tamtéž.

³ Nález Ústavního soudu ze dne 31. ledna 2008, sp. zn. Pl.ÚS 24/07.

⁴ Sněmovní tisk 158. Viz <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=6&T=158>.

1. ledna 2011 nad rámec svých povinností platných v době uvedení jejich zařízení do provozu (tj. v letech 2009 až 2010) a v rozporu s legitimním očekáváním v době přípravy svých projektů byly nově povinni nést břemeno Odvodu a povinnost k úhradě daně z příjmu. Nebude-li taková změna majetkových poměrů poplatníků Odvodu přímo likvidační, povede k tomu, že „podnikatelská činnost po značné (několikaleté) časové období ztratí jakýkoliv smysl.“⁵ Obojí přitom podle Ústavního soudu zakládá protiústavnost takového opatření, tedy Odvodu.

V souvislosti s posouzením výše Odvodu je nutno poukázat i na skutečnost, že sazba Odvodu je vyšší než sazba obecných daní z příjmu fyzických i právnických osob.

2.1.2 Svévolnost navrhovaného Odvodu

Návrh rovněž porušuje požadavek vyloučení svévole při určení rozložení daňového zatížení.

Tento požadavek vyplývá z čl. 1 a čl. 4 odst. 3 Listiny základních práv a svobod. Byť obecně platí, že stát má možnost rozhodnout, že určité skupině poskytne méně výhod než jiné, ani v takovém případě se nesmí uchýlit k libovůli⁶. Současně navíc platí zásada vyplývající z čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, podle které stát nesmí zneužívat omezení základních práv a svobod k jiným důvodům než ve prospěch určitého veřejného zájmu⁷.

Libovůle ve zvolení okruhu poplatníků Odvodu spočívá v tom, že neexistují žádné podstatné rozdíly mezi potencionálními budoucími poplatníky Odvodu a ostatními výrobci elektřiny ze sluneční energie. Takové rozdíly neexistují ani ve vztahu k ostatním výrobcům elektřiny z obnovitelných zdrojů energie či výrobcům elektřiny z jakýchkoli státem dotovaných zdrojů obecně. Na tyto výrobce totiž Odvod uvalen být nemá. Podnikání všech těchto výrobců je přitom principiálně založeno na zákonu o podpoře OZE a na systému státní podpory výroby elektřiny, na nějž při plánování svého podnikání spoléhaly.

Jediným rozdílem tak zůstává výše výkupních cen, resp. zelených bonusů stanovených Energetickým regulačním úřadem pro výrobce ve fotovoltaice. Tato odlišnost však vznikla z vůle státu. Ve světle judikatury jako důvod pro omezení základních ústavních práv poplatníků Odvodu neobstojí.

V tomto kontextu je důležitý závěr Ústavního soudu, podle kterého „zájem na zvýhodnění jedné skupiny subjektů a současné znevýhodnění skupiny druhé za situace, kdy všechny subjekty stály na stejné startovací čáře [...], takovýmto veřejným zájmem být nemůže. Takto zavedenou nerovnost, o níž nelze konstatovat, že by odpovídala veřejnému zájmu, hodnotí Ústavní soud jako porušení čl. 1 Listiny základních práv a svobod, vyjadřujícího zásadu rovnosti v právech.“⁸

⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 13. srpna 2002.

⁶ Nález Ústavního soudu ČSFR sp.zn. Pl.ÚS 22/92.

⁷ Srov. např. nález Ústavního soudu ze dne 21. června 2000 ohledně neústavnosti znevýhodnění vlastníků nájemních domů s byty s regulovaným nájemným a ostatních vlastníků nemovitostí.

⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 9. března 2004, sp.zn. Pl.ÚS 2/02.

2.1.3 Nerovnost způsobená porušením práva na podnikání

Návrh je protiústavní také pro porušení požadavku rovnosti ve smyslu popření základního práva na podnikání.⁹

Poplatníci Odvodu mají podle Návrhu nést od 1. ledna 2011 nové povinnosti, které pro jejich podnikatelskou činnost představují výrazná omezení. Ve spojení s ostatními legislativními opatřeními mohou vést až k likvidaci jejich podnikání. Tato omezení proto zásadním způsobem narušují jejich ústavní právo na podnikání zaručené v čl. 26 odst. 1 Listiny.

Kritériem pro zatížení výrobců elektřiny ze sluneční energie Odvodem má být přitom okamžik uvedení jejich zařízení do provozu. Z Návrhu tedy vyplývají nerovné podmínky v uplatňování práva na podnikání mezi těmito subjekty a ostatními výrobci elektřiny ze sluneční energie, resp. ostatními výrobci elektřiny z obnovitelných zdrojů energie obecně. Také tato skutečnost způsobuje protiústavnost Návrhu.

2.2 PORUŠENÍ LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ

Vedle důvodů spočívajících v porušení zásady přiměřenosti je Návrh protiústavní také proto, že významně porušuje legitimní očekávání ohledně budoucího nabytí majetku. Takové legitimní očekávání přitom tvoří integrální součást ochrany majetkových práv ve smyslu čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod z roku 1950. To vyplývá nejen z rozhodovací praxe Ústavního soudu, ale i Evropského soudu pro lidská práva ve Štrasburku. Oba soudy vycházejí z toho, že *„předmětem ochrany podle zmíněného článku je tedy nejen nabytý, tj. existující majetek, ale také legitimní očekávání nabytí takového majetku.“*¹⁰

V případě Návrhem dotčených poplatníků Odvodu jde o investory, kteří v letech 2009 a 2010 zprovoznili solární elektrárny na základě tehdy platné legislativy přijaté Českou republikou. Podmínky svých projektů nastavili s očekáváním budoucího zisku na základě tehdejšího stavu legislativy.

Přijetím Návrhu má dojít k zásadní změně v podmínkách rozhodujících pro návratnost investice a výši zisku poplatníků Odvodu. Tím dojde k porušení jejich legitimního očekávání zisku založeného na legislativě platné v době přípravy a uskutečnění jejich projektů. Protože takové zbavení legitimního očekávání současně nevyhovuje zásadě přiměřenosti (viz výše), je dalším důvodem pro závěr o protiústavnosti Návrhu.

3. ROZPOR SE ZÁVAZKY ČESKÉ REPUBLIKY Z MEZINÁRODNÍCH SMLUV O OCHRANĚ A PODPOŘE INVESTIC

Česká republika ve snaze vytvořit příznivé investiční prostředí pro příliv zahraničních investic uzavřela do dnešního dne více než 80 dvoustranných mezinárodních smluv o podpoře a vzájemné ochraně investic (dále jen „**dohody o ochraně investic**“) s téměř všemi významnými evropskými i mimoevropskými státy.

⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 30. června 1995, sp. zn. Pl.ÚS 4/95: *„Podle názoru Ústavního soudu totiž platí, že „nerovnost v sociálních vztazích, má-li se dotknout základních lidských práv, musí dosáhnout intenzity, zpochybňující, alespoň v určitém směru, již samu podstatu rovnosti. Tak se zpravidla děje tehdy, je-li s porušením rovnosti spojeno i porušení jiného základního práva.“*

¹⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 9. března 2004, sp.zn. Pl.ÚS 2/02. Přitom v daném případě *“k nabytí majetku nedošlo jen v důsledku svévolného postupu zákonodárce, který změnil pravidla den před uplynutím zmíněné jednorocní lhůty.”*

Tyto dohody zaručují zahraničním investorům při podnikání v České republice mimo jiné určité absolutní standardy zacházení ze strany státu. Při porušení těchto standardů vzniká bezprostřední nárok zahraničního investora vůči České republice na náhradu vzniklé škody.

Přijetím předloženého Návrhu ve spojení zejména se zmíněným ukončením tzv. daňových prázdin Česká republika významně poruší nejméně následující tři závazky, které jsou obsaženy v naprosté většině dohod o ochraně investic, kterými je Česká republika vázána, a které jsou obvyklým standardem v oblasti ochrany zahraničních investic:

- (i) závazek spravedlivého a rovného zacházení se zahraničními investicemi;
- (ii) závazek poskytnout zahraničním investicím plnou ochranu a bezpečnost; a
- (iii) závazek zdržet se tzv. nepřímého vyvlastnění zahraničních investic.

3.1 Závazek spravedlivého a rovného zacházení se zahraničními investicemi

Tento závazek je obvykle v dohodách o ochraně investic obsažen v tomto či obdobném znění: „Každá smluvní strana zajistí na svém území investicím uskutečněným investory druhé smluvní strany spravedlivé a rovnoprávné zacházení.“¹¹

Tato zcela standardní klauzule je v nálezech mezinárodních rozhodčích soudů vykládána poměrně široce a bývá také nejčastějším důvodem úspěšných žalob investorů o odškodnění. Její obsah byl vyjádřen například v rozhodnutí rozhodčího soudu ve věci SALUKA INVESTMENTS BV (THE NETHERLANDS) vs. ČESKÁ REPUBLIKA:

„Česká republika tedy, aniž by tím bylo podkopáváno její zákonné právo činit opatření na ochranu veřejného zájmu, převzala závazek zacházet s investicemi zahraničních investorů způsobem, který nebude mařit základní zákonná a přiměřená očekávání investora. Zahraniční investor, jehož zájmy jsou chráněny na základě Dohody, je oprávněn očekávat, že Česká republika nebude jednat způsobem, který je zjevně nekonzistentní, netransparentní, nepřiměřený (tj. nesouvisející s nějakým rozumným cílem) nebo diskriminační (tj. založený na neoprávněném rozlišování).“

V konkrétním případě prohrála Česká republika tuto významnou mezinárodní arbitráž ohledně IPB Banky právě pro porušení závazku spravedlivého a rovného zacházení se zahraniční investicí.

Stejného porušení by se Česká republika zřejmě dopustila i v případě přijetí Návrhu. Zahraniční investoři totiž v České republice investovali prostředky do výroby elektřiny ze slunečního záření za určitého stavu podnikatelského prostředí garantovaného dosavadní legislativou. Citovaný rozhodčí nález k tomu dodává: „Rozhodnutí investora o provedení investice se zakládá na zhodnocení stavu práva a celkového podnikatelského prostředí v době investice, jakož i na očekávání investora, že chování hostitelského státu bude po provedení investice spravedlivé a nestranné.“¹²

Dohody o ochraně investic investorům prostřednictvím závazku spravedlivého a rovného zacházení zaručují, že jejich legitimní očekávání v zachování stabilního podnikatelského prostředí nebude narušováno. Narušením přitom může být nepředvídatelné a nesystémové opatření, které podstatně ohrozí, případně dokonce zlikviduje předmět jejich

¹¹ Dohoda o vzájemné podpoře investic mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Španělským královstvím, čl. 4 odst. 1.

¹² Rozhodčí nález SALUKA INVESTMENTS BV (THE NETHERLANDS) versus ČESKÁ REPUBLIKA, čl. 301.

investice - solární elektrárnu. Ochrana legitimního očekávání umožňuje zahraničním investorům předvídat a plánovat jejich obchodní aktivity v České republice.

Navrhovaný Odvod je ve spojení s dalšími legislativními opatřeními omezujícími provozovatele solárních elektráren nutno považovat za opatření narušující legitimní očekávání zahraničních investorů. Tento závěr lze opřít například o hojně citované rozhodnutí ve věci investičního sporu společnosti TECMED proti Mexiku:

„Zahraniční investor tedy očekává, že bude hostitelský stát postupovat konzistentně, tj. bez svévolného rušení jakýchkoli dříve existujících rozhodnutí či povolení vydaných státem, na něž investor spoléhal při přijímání svých závazků, jakož i při plánování a zahájení své obchodní a podnikatelské činnosti. Investor také očekává, že stát využije právních nástrojů, které upravují činnost investora nebo investici v souladu s funkcí obvykle připisovanou těmto nástrojům, a že nepřipraví investora o jeho investici bez požadované kompenzace.“¹³

3.2 Závazek poskytnout zahraničním investicím plnou ochranu a bezpečnost

Tento závazek je obvykle v dohodách o ochraně investic obsažen v tomto či obdobném znění: *„Investice investorů jedné smluvní strany požívají na území druhé smluvní strany plné ochrany a bezpečnosti.“¹⁴*

Jedná se opět o standardní klauzuli přikazující státu, aby zacházel se zahraniční investicí s řádnou péčí. Zakazuje mu mimo jiné jakékoliv svévolné zásahy do zahraničních investic.

Mezinárodními rozhodčími soudy bývá tato zásada vykládána v kontextu s výše popsaným závazkem spravedlivého a rovného zacházení, resp. jako jeho doplnění. Jak judikoval například mezinárodní rozhodčí senát ve sporu CME Czech Republic B.V. vs. Česká republika *„Hostitelský stát je povinen zajistit, aby novelizace zákonů ani jednání správních orgánů nezneškodilo a neporušilo odsouhlasené a schválené zabezpečení a ochranu investic zahraničního investora.“¹⁵*

V tomto mediálně známém případě mezinárodní rozhodčí senát konstatoval, že Česká republika porušila závazek poskytnutí plné ochrany a bezpečnosti. S ohledem na celkový obsah Návrhu a jeho kontext s Vládou ČR prosazovanými legislativními změnami je nutno konstatovat, že v případě přijetí Návrhu by byl porušen i závazek České republiky poskytovat zahraničním investicím plnou ochranu a bezpečnost.

3.3 Závazek zdržet se tzv. nepřímého vyvlastnění zahraničních investic

Tento závazek je obvykle v dohodách o ochraně investic obsažen v tomto či obdobném znění: *„Investice investorů kterékoli ze smluvních stran nebudou znárodněny, vyvlastněny nebo podrobeny opatřením majícím podobný účinek jako znárodnění nebo vyvlastnění (dále jen "vyvlastnění") na území druhé smluvní strany s výjimkou veřejného zájmu. Vyvlastnění bude provedeno (a) v souladu s platným domácím zákonným postupem, (b) na nediskriminačním základě, (c) proti náhradě.“¹⁶*

¹³ Rozhodčí nálezní TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED S.A. v. THE UNITED MEXICAN STATES, čl. 154.

¹⁴ Dohoda mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Spolkovou Republikou Německo o podpoře a vzájemné ochraně investic, čl. 4 odst. 1.

¹⁵ Rozhodčí nálezní CME Czech Republic B.V. vs. Česká republika, článek 613.

¹⁶ Dohoda mezi Českou republikou a Čínskou lidovou Republikou o podpoře a ochraně investic, čl. 4 odst. 1.

V dnešní době dochází k přímému vyvlastnění zahraničních investorů jen velice zřídka. Smyslem zákazu nepřímého vyvlastnění je proto zabránit státu jakkoliv (tedy i nepřímo) efektivně odejmout prospěch z investice. Tímto směrem se vyvíjí rovněž rozhodovací praxe rozhodčích senátů rozhodujících spory z ochrany investic: „*Vyvlastnění de facto neboli nepřímé vyvlastnění, tedy opatření, která nezabírají majetek přímo, ale jež účinně neutralizují prospěch vlastnictví zahraničního investora, jsou rovněž předmětem žaloby o vyvlastnění. To je podle mezinárodního práva nesporné.*“¹⁷

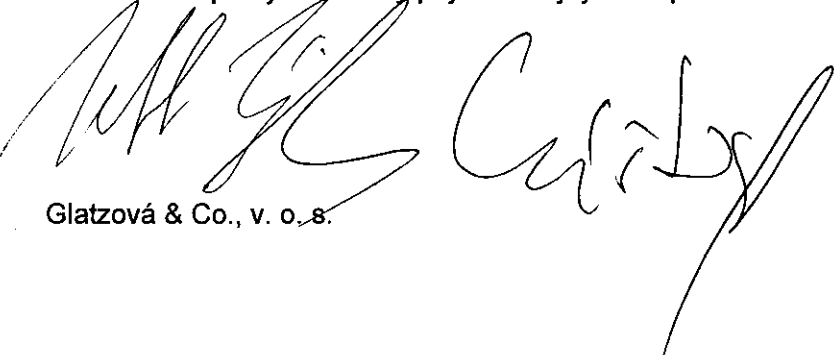
Tento závěr potvrzují i další mezinárodní rozhodčí nálezy, z nichž lze citovat například: „*K zabavení či zabrání majetku podle mezinárodního práva dochází prostřednictvím zásahu státu ohledně užívání tohoto majetku či užívání prospěchu z tohoto majetku, a to i v případech, kdy není ovlivněn právní titul k vlastnictví.*“¹⁸

Je přitom nesporné, že takovým opatřením může být i zdanění nebo obdobné opatření¹⁹ - v konkrétním případě Odvodu. Ten v kombinaci se zrušením daňových práznin a dalšími omezeními nepochybně povede alespoň k částečné neutralizaci prospěchu z investice do fotovolatické elektrárny či, v případě bank, do úvěrového financování projektu.

4. ZÁVĚR

Z výše uvedeného vyplývá, že Návrh by v současné podobě měl být Poslaneckou sněmovnou zamítnut. V opačném případě hrozí důvodné riziko, že budou změny obsažené v Návrhu pro rozpor s ústavním pořádkem České republiky napadeny u Ústavního soudu a následně zrušeny.

V důsledku Návrhu také České republice hrozí, že bude na základě porušení svých závazků z ochrany zahraničních investic platit zahraničním investorům odškodné, které může převýšit celkový příjem veřejných rozpočtů z Odvodu.


Glatzová & Co., v. o. s.

¹⁷ Rozhodčí nález CME Czech Republic B.V. vs. Česká republika, článek 604.

¹⁸ Rozhodčí nález Iran - United States Claims Tribunal.

¹⁹ Viz. například Rozhodčí nález Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador, čl. 85.