

**§ 25a****Oddělení provozovatelů distribuční soustavy**

- (1) Provozovatel distribuční soustavy, je-li součástí vertikálně integrovaného podnikatele, musí být od 1. ledna 2007 z hlediska své právní formy, organizace a rozhodování nezávislý na jiných činnostech netýkajících se distribuce elektřiny. Tento požadavek neznamena požadavek na oddělení vlastnictví majetku.
- (2) K zajištění nezávislosti provozovatele distribuční soustavy podle odstavce 1 se od 1. ledna 2007 uplatní tato minimální kritéria:
  - a) osoby odpovědné za řízení provozovatele distribuční soustavy se nesmí přímo ani nepřímo podílet na organizačních strukturách vertikálně integrovaného podnikatele, jenž je odpovědný, přímo nebo nepřímo, za běžný provoz výroby elektřiny, přenosu elektřiny a obchod s elektřinou nebo plynem; členem statutárního orgánu nebo vedoucím zaměstnancem provozovatele distribuční soustavy nemůže být fyzická osoba, která je současně členem statutárním orgánem nebo vedoucím zaměstnancem držitele licence na výrobu elektřiny, přenos elektřiny, obchod s elektřinou nebo plynem, který je součástí téhož vertikálně integrovaného podnikatele,
  - b) musí být přijata veškerá vhodná opatření, aby k profesionálním zájmům člena statutárního orgánu nebo vedoucích zaměstnanců odpovědných za řízení provozovatele distribuční soustavy bylo přihlíženo způsobem, který zajišťuje jejich nezávislé jednání; člen statutárního orgánu nebo vedoucí zaměstnanec provozovatele distribuční soustavy nesmí přijímat žádné odměny a jiná majetková plnění od držitelů licence na výrobu elektřiny, přenos elektřiny, obchod s elektřinou nebo plynem v rámci téhož vertikálně integrovaného podnikatele; odměňování člena statutárního orgánu nebo jeho člena, prokuristy nebo vedoucího zaměstnance provozovatele distribuční soustavy nesmí být závislé na hospodářských výsledcích dosahovaných těmito ostatními držiteli licencí v rámci téhož vertikálně integrovaného podnikatele,
  - c) provozovatel distribuční soustavy musí disponovat skutečnými rozhodovacími právy ve vztahu k majetku nezbytnému k provozování, údržbě a rozvoji distribuční soustavy, jež jsou nezávislá na vertikálně integrovaném podnikateli; mateřská společnost nesmí udělovat provozovateli distribuční soustavy jakékoliv pokyny ohledně běžného provozu nebo údržby distribuční soustavy, a rovněž nesmí jakýmkoliv jiným způsobem zasahovat do rozhodování o výstavbě či modernizaci

částí distribuční soustavy, pokud takové rozhodnutí nejde nad rámec schváleného finančního plánu, či jiného obdobného nástroje; tím není dotčeno oprávnění mateřské společnosti schvalovat roční finanční plán či jiný obdobný nástroj provozovatele distribuční soustavy a schvalovat jeho maximální limity zadlužení.

- (3) Provozovatel distribuční soustavy musí přijmout vnitřním předpisem program rovného zacházení k vyloučení diskriminačního chování (dále jen „program rovného zacházení“), kterým stanoví
  - a) opatření k vyloučení diskriminačního jednání provozovatele distribuční soustavy ve vztahu k účastníkům trhu s elektřinou, kteří nejsou součástí téhož vertikálně integrovaného podnikatele s provozovatelem distribuční soustavy,
  - b) povinnosti a práva zaměstnanců provozovatele distribuční soustavy ke splnění účelů programu rovného zacházení.
- (4) Provozovatel distribuční soustavy jmenuje nebo jinak obsazuje auditora programu. Provozovatel distribuční soustavy je povinen zajistit, aby auditor programu měl vytvořeny podmínky pro nezávislý výkon své funkce, zejména dostatečné pravomoci k plnění své funkce a dostatečné materiální a organizační podmínky. Způsob odměňování auditora programu nesmí být na újmu nezávislého výkonu jeho funkce.
- (5) Auditor programu je povinen dohlížet na provádění programu rovného zacházení. Auditor programu zpracovává a předkládá do 30. dubna následujícího kalendářního roku Energetickému regulačnímu úřadu a ministerstvu výroční zprávu o opatřeních přijatých k provádění programu rovného zacházení za uplynulý rok a zároveň ji zveřejňuje způsobem umožňujícím dálkový přístup. Provozovatel distribuční soustavy je povinen poskytnout auditorovi programu veškeré informace a podklady nezbytné pro řádný výkon jeho činnosti a poskytnout jinou nezbytnou součinnost. Provozovatel distribuční soustavy je povinen seznámit s programem rovného zacházení členy statutárního orgánu, členy dozorčí rady nebo správní rady a všechny zaměstnance.
- (6) Člen statutárního orgánu nebo vedoucí zaměstnanec provozovatele distribuční soustavy nesmí od 1. ledna 2007 držet podíly převyšující 1 % základního kapitálu v jiné právnické osobě v rámci téhož vertikálně integrovaného podnikatele, která je držitelem licence na výrobu elektřiny, přenos elektřiny, obchod s elektřinou nebo plynem.
- (7) Od 1. ledna 2007 nesmí provozovatel distribuční soustavy uzavírat ovládací smlouvy k podrobení jednotnému řízení jiného držitele licence na výrobu elektřiny, přenos elektřiny, obchod s elektřinou nebo plynem ani v takovém řízení podle již uzavřených ovládacích smluv pokračovat.

- (8) Pokud je povinnost oddělení činností podle tohoto zákona provedena pachtem obchodního závodu nebo jeho části, je pachtýř povinen převzít propachtovaný obchodní závod nebo jeho část do svého účetnictví. Pokud je povinnost oddělení podle tohoto zákona provedena pachtem jednotlivého majetku, je propachtovatel povinen sdělit pachtýři informace o hodnotě propachtovaného majetku v rozsahu požadovaném Energetickým regulačním úřadem pro účely cenové regulace.
- (9) Oddělení podle tohoto zákona není povinen provést vertikálně integrovaný podnikatel, který poskytuje služby pro méně než 90 000 připojených odběrných míst zákazníků.
- (10) Provozovatel distribuční soustavy, je-li součástí vertikálně integrovaného podnikatele, musí jednat tak, aby neuvedl v omyl jiného účastníka trhu s elektřinou, pokud se jedná o možnost záměny s obchodníkem s elektřinou nebo s výrobcem elektřiny, který je součástí téhož vertikálně integrovaného podnikatele.

Ustanovení § 25a obsahuje úpravu oddělení provozovatele distribuční soustavy v elektroenergetice od činností netýkajících se distribuce elektřiny, a to za účelem zajištění jeho nezávislosti a otevřeného a transparentního přístupu účastníků trhu k distribuční soustavě.

## Obsah výkladu

I. Obecně	1–16
1. Systematické zařazení ustanovení	1–2
2. K pojmu unbundlingu v kontextu provozovatele distribuční soustavy	3–5
3. Hlavní změny vzešlé z třetího energetického balíčku	6
4. Ke kategorizaci unbundlingu	7–16
II. Základní pravidlo unbundlingu	17–22
III. Zajištění personálních zdrojů	23–24
IV. Finanční plánování	25–26
V. Minimální kritéria nezávislosti	27–40
1. Úvodem	27
2. Personální nezávislost	28–34
3. Profesionální zájmy managementu	35–36
4. Práva k majetku	37–40
VI. Program rovného zacházení	41–46
VII. Auditor programu rovného zacházení	47–49
VIII. Zákaz držení podílů	50

IX. Zákaz ovládacích smluv	51–54
X. Pachtovní smlouva	55
XI. Výjimka <i>de minimis</i>	56
XII. Vlastní identita provozovatele, zákaz uvádění v omyl	57–67

## I. Obecně

### 1. Systematické zařazení ustanovení

Ustanovení § 25a je základním ustanovením týkajícím se povinnosti unbundlingu (tj. **1** oddělení konkurenčních aktivit s diskriminačním potenciálem) pro provozovatele distribučních soustav v elektroenergetice. Souvisejícími ustanoveními jsou především unbundling provozovatele přenosové soustavy (§ 24a) a unbundling provozovatele přepravní soustavy (§ 58a a 58n), potažmo provozovatele distribuční soustavy v plynárenství (§ 59a) a provozovatele zásobníku plynu (§ 60a).

Ustanovení § 25a do českého práva převádí čl. 26 směrnice 2009/72, nicméně je třeba **2** podotknout, že unbundling provozovatelů distribučních soustav byl již zčásti zaveden pravidly druhého energetického balíčku, který vyžadoval, aby nejpozději od poloviny roku 2007 (v případě **EnerZ** od 1. ledna 2007) byla v právním řádu členských států implementována úroveň unbundlingu stanovená druhým energetickým balíčkem.

### 2. K pojmu unbundlingu v kontextu provozovatele distribuční soustavy

Jak je vysvětleno i na jiných místech tohoto komentáře (§ 24a **1–6**), unbundling neboli **3** oddělení určitých aktivit v elektroenergetice a v plynárenství od jiných podnikatelských aktivit napříč těmito dvěma odvětvími slouží v první řadě k zajištění férové konkurence na trhu, liberalizaci trhu a je nástrojem pro zajištění nezávislosti provozovatelů přenosových a distribučních sítí. Teorie i praxe rozlišuje unbundling právní, funkční a účetní na straně jedné a jako další stupeň unbundling vlastnický. Již podle druhého energetického balíčku (**EnerZ** ve znění novely č. **670/2004 Sb.**, jejímž prostřednictvím došlo k implementaci směrnice 2003/54) byl v českém právním řádu implementován unbundling právní, účetní a funkční mimo jiné pro provozovatele distribučních soustav v elektroenergetice. Byť zjištění Evropské komise při vyhodnocování dopadů druhého energetického balíčku během přípravy třetího energetického balíčku celkem jasně ukázala, že unbundling ve formě a rozsahu požadovaném druhým energetickým balíčkem nevedl k požadované a očekávané liberalizaci evropského energetického trhu (podobně § 24a **2, 3**), nebyl v případě třetího energetického balíčku, a tedy ani v případě dnes platného znění zákona pro provozovatele distribučních soustav zaveden požadavek unbundlingu vlastnického. K tomu koneckonců explicitně druhá věta § 25a odst. 1 výslovně uvádí (v souladu s čl. 26 odst. 1 věty **druhé směrnice** 2009/72), že

požadavek na unbundling stanovený v tomto ustanovení nezahrnuje vlastnické oddělení majetku, tedy ve zkratce nepožaduje, aby vlastníkem distribuční sítě byla osoba nebo osoby nezávislé na ostatních neregulovaných činnostech v energetice.

Z řady ustanovení jasně plyne, že evropský i český zákonodárce činí rozdíl mezi požadavky na unbundling pro provozovatele přenosových, resp. přepravních soustav na straně jedné a provozovatele soustav distribučních na straně druhé. Jedním z důvodů tohoto rozdílného přístupu je obecně sdílený názor vnímající pozici přenosové, resp. přepravní soustavy jako citlivější z pohledu možného zásahu do trhu, znevýhodňování konkurentů – podnikatelů z jiné skupiny, než je vertikálně integrovaný provozovatel sítě. Tento názor je podpořen tím, že v elektroenergetice přenosová soustava má vůči soustavě distribuční několik zásadních rozdílů. Problém nedostatečné kapacity sítě a zúžených profilů pro přenos elektřiny existuje v podstatě především na úrovni přenosové soustavy a jen velmi zřídka (zatím) na úrovni soustavy distribuční. Z toho plyne i mnohem důležitější role pravidel pro alokaci přenosových kapacit na úrovni přenosových soustav. Dalším důvodem je, že problém případných nedostatečných investic do sítě, a tím pádem nutnosti existence incentív pro další investice, resp. nějaké formy motivačního až donucovacího mechanismu pro realizaci dalších potřebných investic, byl doposud viděn v mnohem větší míře u soustav přenosových než distribučních. Třetí důvod opět vychází ze struktury evropských elektroenergetik, podmíněné historicky i technicky, a sice že výrobci elektrické energie jsou se svými zdroji připojeni primárně na soustavu přenosovou, a proto riziko diskriminačního chování provozovatele přenosové sítě vůči výrobcům elektřiny je vyšší. **4**

Na druhé straně je role provozovatele distribuční soustavy důležitá a riziko možného zneužití jeho postavení v rámci soutěže v důsledku jeho vertikálního propojení výrazné vzhledem k jeho širokému kontaktu se spotřebiteli elektřiny a historicky v menší míře k připojování menších výrobců elektřiny, kteří se připojují na úrovni distribuční soustavy (tzv. distribuční výroba, anglicky *distributed generation*). Tato situace, byť celkem relevantní v okamžiku schvalování třetího energetického balíčku koncem první dekády 21. století, se v důsledku změny na evropském energetickém trhu ale rovněž mění. Role provozovatelů distribučních soustav rapidně roste a rizika jejich případného diskriminačního chování rostou také. Především v důsledku měnícího se fungování soustavy a toků elektřiny, v důsledku velkého počtu rozdrobenějších výrobců energie, kteří se čím dál tím více připojují přímo do distribučních soustav, a především *pro futuro* z důvodu nastupující elektromobility a diverzifikovaného skladování elektřiny, ať už ve formě baterií, nebo jiným způsobem. I elektromobilita bude velmi pravděpodobně plnit značnou roli ve skladování elektřiny, která pak bude zpětně vstupovat do elektroenergetické soustavy na úrovni soustav distribučních. Výše uvedeným se snažíme na jednu stranu vysvětlit, proč zákonodárce zvolil pro oddělení provozovatelů distribučních soustav model zčásti odlišný od provozovatele soustavy přenosové, **5**

a současně upozornit na situaci, že v důsledku již proběhlých a nadále i v příštích několika letech probíhajících změn ve struktuře i účastnících trhu výrazně poroste důležitost unbundlingu provozovatelů distribučních soustav vzhledem k tomu, že jejich role a její možné zneužití ve vztahu k řádnému fungování trhu poroste rovněž. Z různých důvodů tato situace nebyla zatím reflektována Evropskou komisí, potažmo Evropským parlamentem v připravovaných předpisech tzv. „Zimního balíčku“ (není reálně zahrnuto zpřísnění režimu unbundlingu distributorů), na druhou stranu je podle našeho názoru možné na základě existujících právních předpisů, EnerZ a jeho eurokonformního výkladu v praxi identifikovat a aplikovat dostatečná opatření, která, bude-li to třeba, zvýší ochranu účastníků trhu a zabrání diskriminačnímu chování provozovatelů distribučních soustav.

### 3. Hlavní změny vzešlé z třetího energetického balíčku

Oproti druhému energetickému balíčku přinesl třetí energetický balíček tři nové klíčové **6** aspekty do unbundlingu provozovatelů distribučních sítí:

- a) požadavek, aby provozovatel měl k dispozici potřebné prostředky pro provozování sítě, včetně zdrojů lidských, technických, fyzických a finančních. Zároveň jde o to, aby tato dispozice byla natolik rozsáhlá, aby nebyl závislý z pohledu nakládání, používání a rozvoje těchto prostředků na jiných částech vertikálně integrovaného podnikatele,
- b) zavedení programů rovného zacházení a zřízení pozice auditora programu a nutnosti vzniku s tím souvisejících faktických opatření, která program rovného zacházení má obsahovat a jejichž existenci a správnou aplikaci má auditor kontrolovat,
- c) požadavek nezaměnitelnosti identity provozovatele sítě s ostatními částmi vertikálně integrovaného podnikatele, především s částí zabývající se obchodem.

### 4. Ke kategorizaci unbundlingu

Pokud jde o pojem právního unbundlingu, je nesporné, že provozovatel sítě musí být **7** vyčleněn do samostatné právnické osoby (s výjimkou *de minimis* – § 25a **56**).

Právní unbundling je nicméně důležitým, ale formálním opatřením – zásadní roli hraje **8** unbundling v manažerském řízení společnosti, mimo jiné unbundling funkční.

Funkční unbundling musí v souladu i s výkladovým stanoviskem Evropské komise ( **9** *Interpretative Note*) zahrnovat minimálně

- a) oddělený management,
- b) nezávislá a účinná rozhodovací práva managementu (pojem účinnosti je třeba vykládat především ve vztahu ke schopnosti takto nezávisle přijaté rozhodnutí rovněž účinně provést, resp. zavést v praxi, a mít tedy k tomu i všechny nezbytné prekvizity),

- c) samostatnou identitu společnosti ve vztahu ke komunikaci (se zákazníky, komunikaci značky atd.) a branding,
- d) zajištění utajení ohledně jakýchkoliv důvěrných obchodních skutečností.

Ve vztahu k praktickým otázkám funkčního unbundlingu stojí za zmínku „best practice“<sup>10</sup> doporučení obsažená v materiálu ERGEG (*European Regulators' Group for Electricity and Gas*, předchůdce ACER) z roku 2008 (tedy publikovaná ještě před účinností třetího energetického balíčku jako výklad k tehdy platné, a tedy méně rozsáhlé úpravě unbundlingu na základě druhého energetického balíčku).

Pokud jde o zajištění nezávislosti managementu a zajištění jeho profesionálních zájmů<sup>11</sup> při výkonu funkcí, kterými jsou v rámci provozovatele distribuční soustavy pověřeni, materiál doporučuje zachovávat níže uvedená minimální kritéria, resp. opatření. Je třeba současně zdůraznit, že tato doporučení jsou jednak nezávazná a jednak co do přísnosti názorů na stupeň unbundlingu spíše výjimečná – na druhou stranu lze brát tato doporučení jako „bezpečný přístav“, tedy že jejich aplikace zajistí distributorovi více než dostatečný komfort z pohledu souladu s pravidly unbundlingu. Doporučení zahrnovala:

- plat generálního ředitele, resp. CEO by neměl být jakkoliv závislý na výkonnosti mateřské společnosti (nebo skupiny vertikálně integrovaného podnikatele) a složky platu by měly vycházet z předem dohodnutých kritérií, která se mají vztahovat co do své měřitelnosti jen k provozovateli soustavy,
- zaměstnanci musejí podléhat pouze managementu provozovatele a jak jejich povyšování, tak i udílení jakýchkoliv sankcí v pracovněprávních vztazích by mělo být rozhodováno pouze managementem provozovatele,
- důvody, jejichž důsledkem bude výpověď smluvního vztahu nebo jiné ukončení činnosti mezi provozovatelem a generálním ředitelem nebo jiným členem nejvyššího managementu společnosti (samozřejmě včetně statutárních orgánů) nebo členem dozorčího orgánu provozovatele a které mohou být iniciovány mateřskou společností, resp. vertikálně integrovaným podnikatelem, musejí být jasně předem vymezeny ve stanovách nebo jiných smluvních dokumentech provozovatele. Z toho současně ale *contrario* plyne, že vertikálně integrovaný podnikatel takové rozhodnutí v principu učinit může, ale musí to být v jasně vymezených a odůvodněných případech, které budou vycházet z těch oprávnění, která vertikálně integrovaný podnikatel ve vztahu k provozovateli distribuční soustavy smí mít (jako je například schvalování ročních finančních plánů – zde se nabízí například důvod ukončení z důvodu porušení těchto ročních finančních plánů nebo zásadního neplnění předem stanovených rámcových ukazatelů společnosti v rozsahu těchto ročních finančních plánů),
- možnost převodu nebo jiné změny pozice zaměstnanců v manažerských pozicích provozovatele do mateřské společnosti nebo do jiných společností skupiny vertikálně

integrovaného podnikatele (především v oblasti výroby elektřiny nebo obchodu s elektřinou nebo plynem) a ve směru opačném, tedy přesuny managementu do společnosti provozovatele distribuční soustavy musejí být jasně předem stanoveny v příslušných dokumentech (například stanovách) provozovatele včetně toho, že takové přesuny by ale neměly být dopředu predikovatelné a naplánované ve smlouvách těchto zaměstnanců, jinak by došlo k ohrožení jejich loajality vůči provozovateli,

- provozovatel distribuční soustavy by neměl držet akcie nebo jiné podíly na mateřské společnosti nebo jiných společnostech ve skupině vertikálně integrovaného podnikatele,
- rovněž tak případné vlastnictví akcií nebo podílů generálním ředitelem nebo jinými členy managementu provozovatele distribuční soustavy na mateřské společnosti nebo jiné společnosti ve skupině vertikálně integrovaného podnikatele by mělo být jasně vymezeno a omezeno v odpovídajících smluvních dokumentech tak, aby byla zajištěna nezávislost managementu provozovatele a vyloučen případný konflikt zájmů. Toto poslední doporučení nepovažujeme s ohledem na zákaz navázání odměňování managementu provozovatele na hospodářské výsledky jeho skupiny za odpovídající vzhledem k tomu, že vlastnictví podílů ze strany managementu provozovatele na skupině vertikálně integrovaného podnikatele ve svém důsledku znamená vždy jistou majetkovou navázanost na hospodářské výsledky celé skupiny, která je právě zapovězena.

Definice managementu síťové společnosti zahrnuje jak vyšší management, tak **12** management střední, což mimo jiné zahrnuje funkce na úrovni ředitelů odborů, případně ředitelů oddělení (a samozřejmě představenstva a vedení společnosti).

Mateřská společnost ze skupiny vertikálně integrovaného podnikatele může být **13** v principu zastoupena v dozorčí radě provozovatele distribuční soustavy. Na druhou stranu je třeba mít na paměti, že tito zástupci v dozorčí radě nemohou být zapojeni do rozhodnutí týkajících se každodenní podnikatelské činnosti provozovatele. Vzhledem k principiálně rovnému postavení členů dozorčí rady u korporací by toto pravidlo pak dopadalo na dozorčí radu jako celek. Pokud by bylo třeba zajistit, aby dozorčí rada provozovatele, ve které budou zástupci vertikálně integrovaného podnikatele, nebyla zapojena do rozhodování, které jim bude podle pravidel unbundlingu zapovězeno, musely by být odpovídajícím způsobem vymezeny kompetence dozorčí rady, včetně jejího přístupu k informacím (pravděpodobně ve stanovách), což by do jisté míry mohlo narážet na odpovědnost dozorčí rady požadovanou zákonem.



Proto lze v souladu s běžnou mezinárodní „nejlepší praxí“ (*best practice*) a rozumnými pravidly managementu a poctivého obchodního styku jen doporučit, aby dozorčí rada provozovatele distribuční soustavy byla složena z nezávislých expertů. Přesto ale opakujeme, že evropské právo takové členství samo o sobě nenařizuje.

Pokud se hovoří o unbundlingu fyzickém (jakkoli tento pojem není ve směrnici 2009/72 **15** výslovně zmíněn, je často v praxi používán), je třeba si pod tím představit fyzické oddělení kanceláří a jiných prostor (prodejní a kontaktní místa apod.), ve kterých je provozována podnikatelská činnost provozovatele distribuční soustavy a zbytku skupiny vertikálně integrovaného podnikatele (tedy především části zabývající se výrobou elektřiny a obchodu s elektřinou nebo plynem). Fyzické oddělení může být jak čistě prostorové ve shodné lokalitě, tak i geografické, tedy umístění v jiných lokalitách. Fyzické oddělení rovněž znamená omezení, resp. nemožnost volného přístupu zaměstnanců „unbundlovaných“ částí vertikálně integrovaného podnikatele do prostor provozovatele tak, aby tento přístup odpovídal rozsahu přístupu konkurenčních podnikatelů.

Odlišit konkrétní části podnikání skupiny vertikálně integrovaného podnikatele (výroba **16** a obchod) od případných jiných částí podnikání skupiny může být v konkrétním případě složité, vzhledem k častému funkčnímu spojení útvarů například skupinovými servisními společnostmi – lze tedy jen doporučit, aby došlo k fyzickému oddělení provozovatele od celého zbytku skupiny, tak aby se reálně zamezilo možnému vzniku konfliktů zájmů.

## II. Základní pravidlo unbundlingu

Právní úprava oddělení provozovatele přenosové soustavy v § 24a a provozovatele **17** distribuční soustavy v elektroenergetice v § 25a se zčásti liší a pro tyto odlišnosti jsou důvody jak v úpravě evropské, která je jejich základem, tak ve faktických rozdílech mezi přenosovou a distribuční soustavou. Zároveň ale existuje relativně velká míra shody mezi oběma ustanoveními a ne vždy je jasné, proč zákonodárce volil různé slovní vyjádření pro identické skutečnosti – to je zčásti matoucí a nekoncepční (srov. § 25a odst. 1 a § 24a odst. 1).

Odstavec 1 obsahuje základní pravidlo pro nezávislost a oddělení činností **18** (unbundlingu) provozovatele, kdy provozovatel distribuční soustavy, pokud je součástí vertikálně integrovaného podnikatele, musí být (a to již od 1. ledna 2007) nezávislý na jiných činnostech, které se netýkají distribuce elektřiny. Tato nezávislost je definována z hlediska právní formy provozovatele, organizace a rozhodování. Druhá věta odstavce výslovně potvrzuje a staví najisto, že toto pravidlo nepožaduje vlastnické oddělení, tedy že aplikace principu nezávislosti a zákazu konfliktu zájmů nemůže vést k přinucení

vertikálně integrovaných podnikatelů prodat jimi vlastněné provozovatele distribuční soustavy i v případě existence takového konfliktu zájmů.

Pokud jde o právní formu společnosti, kterou provozovatel distribuční soustavy může **19** mít, jsou teoreticky k dispozici všechny existující právnické osoby v českém právu, tedy jak kapitálové a osobní společnosti (akciová společnost, společnost s ručením omezeným, komanditní společnost a veřejná obchodní společnost), tak i družstvo, případně evropská společnost. V praxi se zatím používají a reálně připadají v úvahu pouze akciová společnost nebo společnost s ručením omezeným, a to z důvodu praktičnosti i obvyklosti používání.

Věta druhá není nadbytečným ustanovením – lze si totiž představit situaci, kdy **20** s použitím extenzivního výkladu požadavku na právní, organizační a manažerský unbundling by bylo možno požadovat uložení povinnosti vlastnického unbundlingu. Na druhou stranu je samozřejmě vlastnický unbundling povolen a vertikálně integrovanému podnikateli v tom není nijak bráněno.

Obecné pravidlo stanoví nezávislost na všech ostatních činnostech netýkajících se **21** distribuce elektřiny. Doslovný výklad tohoto pravidla by vedl k tomu, že provozovatel distribuční soustavy v rámci vertikálně integrovaného podnikatele nesmí mít jinou podnikatelskou činnost než týkající se distribuce elektřiny. To ale nutně neznamená, že by nemohl mít rozsáhlejší předmět činnosti než jen distribuci elektřiny – obrat „týkající se distribuce elektřiny“ je relativně široký. Nepochybně zahrnuje i všechny související a podpůrné služby, které jsou v jakékoliv souvislosti s distribucí elektřiny, přičemž činnost distributora elektřiny se v důsledku nových úkolů pro distributory neustále vyvíjí. Omezení je třeba chápat spíše z opačné strany, tedy že se provozovatel nesmí zapojit do podnikání anebo služeb souvisejících s výrobou elektřiny nebo obchodem s elektřinou či plynem.

Dnešní situace s ohledem na reálný stav v české elektroenergetice je samozřejmě **22** taková, že nutnost právního unbundlingu je již spíše teoretická, protože všichni relevantní provozovatelé distribučních soustav už právně odděleni jsou. Teoreticky ale může tato situace vyvstat, pokud dojde k nárůstu zákazníků u některých lokálních distribučních soustav spadajících pod výjimku *de minimis* podle odstavce 9, a to ať organickým nárůstem zákazníků, resp. připojených míst, nebo fúzí s provozovatelem jiné distribuční soustavy.

### III. Zajištění personálních zdrojů

Provozovatel musí mít rovněž dostatečně zajištěny finanční a osobní (personální) **23** zdroje tak, aby byl s to zajistit opravdovou nezávislost výkonu svých činností. Jako

„opravdovou nezávislost“ je především třeba chápat nezávislost v rozhodování, a to se zahrnutím přípravy všech podkladů pro takové rozhodování způsobem nezávislým jak zdrojově, tak sdílením informací na skupině vertikálně integrovaného podnikatele. Proto by měl provozovatel distribuční soustavy mít klíčové služby pro podporu svého strategického i taktického rozhodování jako své vlastní interní zdroje. Za klíčové služby je třeba považovat ty, které jsou obecně vždy zapojeny v běžné společnosti do takového rozhodování nebo sdílejí informační zdroje pro něj (především služby právního oddělení, regulačního oddělení a controllingu). Právní služby a interní kontrolní služby je nutno považovat za klíčové mimo jiné proto, že obecně tento typ činností (spolu s interním daňovým a finančním plánováním) podporuje management společnosti ve všech jeho klíčových rozhodnutích, a tím pádem je tato rozhodnutí i zásadním způsobem schopen ovlivňovat. Pokud provozovatel sáhne k možnosti outsourcingu (která je v principu povolená), lze jen doporučit, aby se v případě těchto klíčových služeb nejednalo o outsourcing sdílený se zbývající částí vertikálně integrovaného podnikatele.

V případě sdílení jiných, neklíčových služeb s vertikálně integrovaným podnikatelem je **24** třeba tyto služby jasně definovat, popsat a využívat pouze ty zdroje, které jsou nezbytně nutné. Důvodem je vedle informační a rozhodovací nezávislosti rovněž zákaz křížových dotací, tedy je třeba zajistit, aby nedocházelo k nepřímému financování nákladů jiných oddělení vertikálně integrovaného podnikatele ze strany provozovatele.

#### **IV. Finanční plánování**

Z pohledu finančního plánování je důležité, aby finanční plán byl navržen, rozuměno **25** rovněž připravován od počátku, provozovatelem soustavy. Návrh finančního plánu nesmí vzejít přímo od vlastníka provozovatele, který má samozřejmě právo se k němu prostřednictvím valné hromady a dozorčí rady vyjádřit a také ho schvaluje, čili o jeho platnosti rozhoduje, ale nemůže ho, pokud se týče budoucího rozvoje společnosti, samostatně navrhnout. Byť to není v textu zákona přímo vyloučeno, vyplývá to z požadavků nezávislosti a zákazu konfliktu zájmů – pokud by vertikálně integrovaný podnikatel mohl do budoucna plánovat finanční rozvoj společnosti, zásadním způsobem by tento zákaz konfliktu zájmů narušoval.

Pokud jde o schvalování finančního plánu, jedná se především o schvalování celkového **26** objemu investic, ale ne již o schvalování konkrétních investic do konkrétního majetku, případně konkrétních projektů.

#### **V. Minimální kritéria nezávislosti**

##### **1. Úvodem**

Odstavec 2 zavádí minimální kritéria k zajištění nezávislosti provozovatele distribuční soustavy, a provádí tedy v konkrétních opatřeních obecný požadavek stanovený v odstavci 1. Tato kritéria se opět měla uplatňovat již od 1. ledna 2007. Návětí odstavce 2 mimo jiné správně implementuje text evropských směrnic, když hovoří o kritériích minimálních. Tento obrat je nutno podle našeho názoru vykládat tak, že zákon stanoví povinná minimální kritéria pro zajištění nezávislosti v souladu s odstavcem 1, ale to neznamena, že implicitně nejsou vyžadována i opatření jiná, pokud nebude nezávislost podle odstavce 1 dostatečným způsobem zajištěna. Tedy povinnost provozovatele být nezávislý na ostatních činnostech vertikálně integrovaného podnikatele je povinností obecnou a odstavcem 2 jen do jisté míry konkrétně specifikovanou. Znamená to tedy relativně velkou a konstantní úlohu pro provozovatele distribuční soustavy a pro vertikálně integrovaného podnikatele sledovat a v praxi průběžně uplatňovat a prosazovat dostatečná a efektivní opatření pro zajištění nezávislosti, a ne se pouze smířit s více či méně realizovanými minimálními kritérii odstavce 2. Je třeba si také povšimnout rozdílů ve formulaci § 24a odst. 2, který hovoří o splnění „těchto podmínek nezávislosti“, tedy definuje nikoliv příkladný nebo minimální výčet, ale konkrétní a uzavřený specifický výčet podmínek nezávislosti (samozřejmě, že tyto podmínky nezávislosti pak obsahují neuzavřené definice). Na rozdíl od toho § 25a v odstavci 2 hovoří o minimálních kritériích, tedy, jak již uvedeno výše, tato kritéria nejsou co do svého počtu a rozsahu konečná. Jedná se o drobný, ale významný rozdíl mezi požadavky na oddělení provozovatelů přepravní a distribuční soustavy.

## 2. Personální nezávislost

Písmeno a) v odstavci 2 se vztahuje k podmínkám nezávislosti osob odpovědných za řízení provozovatele distribuční soustavy.

Pod pojmem „osoba“ je třeba chápat jak osobu fyzickou, což bude samozřejmě nejčastější, tak ale i osobu právnickou, neboť nejméně ve statutárních orgánech provozovatele může být členem statutárního orgánu rovněž osoba právnická, kterou budou v této funkci zastupovat určení zástupci právnické osoby nebo její statutární orgány. Není ale ani vyloučeno, aby do skupiny osob odpovědných za řízení provozovatele distribuční soustavy spadala právnická osoba, se kterou má provozovatel uzavřenu například smlouvu o poskytování nějaké konkrétní části služeb, která bude zahrnovat i oblast řízení části této činnosti provozovatele. Byť by se jednalo o úpravu nestandardní a muselo by se jednat o oblast činnosti provozovatele, která by nebyla zcela esenciální pro výkon jeho funkce, nelze tuto možnost pominout.

Pokud jde o pojem „osoba odpovědná za řízení“, je tím myšleno řízení v širším slova smyslu, tedy ne pouze osoby ve statutárních orgánech, ale i ostatní osoby vykonávající významnou řídicí funkci ve společnosti, tedy nejméně až do úrovně středního

managementu, od nejvyššího managementu společnosti přes ředitele odborů, případně oddělení podle typu a rozsahu kompetencí. Tyto všechny osoby ve své činnosti běžně vykonávají řídicí činnost. Z toho také plyne, že se tyto osoby nesmějí přímo ani nepřímo podílet na organizačních strukturách vertikálně integrovaného podnikatele, který je rovněž přímo nebo nepřímo odpovědný za běžný provoz výroby elektřiny, přenosu elektřiny a obchodu s elektřinou nebo plynem. Je nutné zvážit, zda se může jednat v určitých situacích také o dozorčí orgány, tedy o členy dozorčí rady. To je podle našeho názoru nutné připustit, a to v závislosti na konkrétním nastavení pravomocí dozorčí rady v té které společnosti. V případě, kdy pozice člena dozorčí rady bude nečistě kontrolní, ale rovněž bude obsahovat prvek vykonávání jistého vlivu na řízení společnosti, je podle našeho názoru možné zahrnout členy dozorčí rady do kategorie osob odpovědných za řízení, zejména pokud se má tato kategorie osob vykládat spíše šířeji z důvodu zamezení vzniku možného konfliktu zájmů a se zohledněním toho, že neformální vliv členů dozorčí rady na konkrétní fungování společnosti bývá z důvodu jejich pozice a jiných oprávnění ve vztahu k managementu často výrazně vyšší než jejich pravomoci a možnosti vyplývající ze zákona, resp. statutárních dokumentů společnosti. Rovněž ve vztahu ke schvalování dlouhodobých dokumentů společnosti předložených managementem v dozorčí radě je třeba zohlednit fakt, že řízení je nejen na operativní úrovni, ale i na úrovni koncepční z pohledu střednědobé a dlouhodobé činnosti společnosti, kde člen dozorčí rady běžně své kompetence vykonává.

Obrat „přímo nebo nepřímo podílet na organizačních strukturách“ je velmi široký a *de facto* znamená jakékoliv podílení se na činnosti vertikálně integrovaného podnikatele, ať už se jedná o činnost úplatnou, nebo bezúplatnou (včetně například charitativních organizací, nadací řízených provozovatelem), či o činnost prostřednictvím jiného poskytovatele služeb nebo zboží pro vertikálně integrovaného podnikatele (vztahovalo by se tedy kupříkladu na soukromé podnikání takového zaměstnance, jehož korporace, kterou by buďto pouze pasivně spoluvlastnil, nebo i aktivně řídil, by poskytovala vertikálně integrovanému podnikateli služby i v činnosti nesouvisející s výrobou nebo obchodem, tedy služby překladatelské nebo daňově poradenské a jiné).

Rovněž definice vertikálně integrovaného podnikatele pro účely tohoto odstavce (tedy **32** takového, který je „*odpovědný za běžný provoz...*“) je široce pojatá a v zásadě vyústí v to, že pokud vertikálně integrovaný podnikatel má ve své skupině ať už přímo, nebo nepřímo vlastněnou společnost, jejímž předmětem činnosti je mimo jiné výroba elektřiny, přenos elektřiny, obchod s elektřinou nebo obchod s plynem, je tento zákaz na něj vztažen. Za povšimnutí stojí to, že dané ustanovení explicitně nezmiňuje nutnost, že by vertikálně integrovaný podnikatel provozovatele takové činnosti (například obchodníka s elektřinou) nutně musel majetkově ovládat či kontrolovat, místo toho zákon používá pojem „*odpovědný za běžný provoz*“. Na druhou stranu, pokud by například vertikálně integrovaný podnikatel měl pouze minoritní podíl v takové

společnosti, je třeba podle našeho názoru toto ustanovení vykládat tak, že by nebyla dána odpovědnost za běžný provoz, neboť by vertikálně integrovaný podnikatel nemohl bez dalšího tento běžný provoz jakýmkoliv způsobem z pozice svého minoritního podílu kontrolovat.

Písmeno a) dále obsahuje zákaz toho, aby členem statutárního orgánu nebo vedoucím **33** zaměstnancem provozovatele distribuční soustavy byla fyzická osoba (v tomto ustanovení tedy již jen osoba fyzická), která by byla současně ve statutárním orgánu nebo manažerských funkcích konkurenčních držitelů licencí v rámci vertikálně integrovaného podnikatele, tedy u držitele licence na výrobu elektřiny, přenos elektřiny, obchod s elektřinou nebo plynem. Toto personální omezení je užší a zákonný text z pohledu výkladu jasný.

V případě provozovatele distribuční soustavy nemůže být členem statutárního orgánu **34** nebo vedoucím zaměstnancem fyzická osoba (zde **EnerZ** výslovně omezuje jen na fyzické osoby), pokud je tato osoba statutárním orgánem nebo vedoucím zaměstnancem výrobce elektřiny, provozovatele přenosové soustavy nebo držitele licence na obchod s elektřinou nebo plynem.

### 3. Profesionální zájmy managementu

Písmeno b) v odstavci 2 je zaměřeno na zajištění nezávislého chování členů **35** managementu provozovatele distribuční soustavy v širším slova smyslu. Obsahuje tři skupiny pravidel, přičemž nejdůležitějším je to první, které má obecnější charakter a definuje cílovou kategorii členů managementu jako členy statutárního orgánu a vedoucí zaměstnance odpovědné za řízení provozovatele distribuční soustavy. Podle **ZPr** jsou vedoucími zaměstnanci ti zaměstnanci, kteří jsou na jednotlivých stupních řízení zaměstnavatele oprávněni stanovit a ukládat podřízeným zaměstnancům pracovní úkoly, organizovat, řídit a kontrolovat jejich práci a dávat jim k tomu účelu závazné pokyny. Podle našeho názoru je třeba tuto skupinu zaměstnanců definovat přiměřeně šířeji v tom smyslu, že tyto vedoucí zaměstnanci musejí být navíc odpovědni za řízení určité vymezené části provozovatele, ale ne nutně celého provozovatele. Tato situace v případě vedoucích zaměstnanců nastane ve většině případů.

Nezávislost těchto členů, resp. zaměstnanců má být chráněna tak, že společnost, **36** případně její akcionář, resp. společník musí přijmout veškerá vhodná opatření, která zajistí nezávislé jednání těchto osob, přičemž bude přihlíženo dostatečným způsobem k jejich profesionálním zájmům. Zákonodárce zde zavádí pojem „profesionální zájem“, čímž v podstatě přebral text směrnice 2009/72 („*professional interests*“), aniž by ovšem tento pojem blíže vysvětlil nebo ho přiblížil českým realitám, čímž se očividně pouze snažil ušetřit si práci s rozvedením definice a ponechal ji na výkladu a praxi. Podle

našeho názoru se v zásadě jedná o okruh vztahů, které se týkají kariérní profesionální dráhy těchto osob z pohledu jejich odměňování, kariérního postupu, rozdělení a skladby odpovědnosti, stability jejich práce a dlouhodobého výhledu, kariérního a profesního růstu a v podstatě všech potenciálních benefitů, které by mohly tyto osoby ve svých pozicích získávat a které by je mohly pro výkon jejich činnosti motivovat nebo naopak demotivovat. Z pohledu působení na jejich nezávislost je tedy nejdůležitějším slovem v definici profesionálních zájmů, jaký vliv mají na motivaci osob jednat či konat nezávisle nebo naopak závisle na zájmech vertikálně integrovaného podnikatele a na úkor provozovatele distribuční soustavy a jeho nezávislosti. Asi nejobvyklejšími nástroji, kterými lze tyto zájmy ovlivňovat, je nastavení výše a změn platu nebo obdobné odměny, povyšování v rámci kariérního žebříčku, vliv nebo perspektivy změny činnosti a změny konkrétního formálního zaměstnavatele v rámci skupiny vertikálně integrovaného podnikatele, majetkoprávní zapojení do skupiny vertikálně integrovaného podnikatele, tedy podílení se na vlastnictví této skupiny prostřednictvím akcií, podílů nebo například vlastnictvím dluhopisů (program zaměstnaneckých akcií apod.), a konečně důvody a způsob ukončení jejich činnosti – ukončení pracovního poměru, výkonu funkce a důvody a podmínky tohoto ukončení. Toto výše uvedené první pravidlo v písmenu b) má obecný charakter vzhledem k tomu, že pravidlo druhé a třetí obsahuje specifické zákazy. Pravidlo druhé zakazuje členům statutárního orgánu nebo vedoucímu zaměstnanci přijímat jakékoliv odměny a jiná majetková plnění (myšleno zde bez odpovídajícího ekvivalentu, tedy například možnost rekreace v podnikovém rekreačním zařízení za přiměřenou odměnu by do této kategorie nespadala) od držitelů licence na výrobu elektřiny, přenos elektřiny, obchod s elektřinou nebo plynem v rámci téhož vertikálně integrovaného podnikatele. Specificky tento zákaz míří na společnosti, které v rámci skupiny drží tyto konkrétně vyjmenované licence, aniž by zakazoval *per se* přijímání majetkových plnění například holdingové společnosti vertikálně integrovaného podnikatele, která nebude držitelem těchto licencí. Na druhou stranu jsme toho názoru, že v zájmu zachování nezávislosti těchto osob ve smyslu prvního pravidla uvedeného v písmeni b) je nutné tento zákaz chápat jako vztahující se na zákaz přijímání majetkových plnění od všech částí vertikálně integrovaného podnikatele s výjimkou provozovatele distribuční soustavy. Třetím pravidlem uvedeným v písmeni b) je zákaz podmiňování odměny výše uvedených osob (tedy členů statutárních orgánů nebo vedoucích zaměstnanců) provozovatele distribuční soustavy na hospodářských výsledcích dosahovaných ostatními držiteli licencí, jak výše uvedeno, v rámci téhož vertikálně integrovaného podnikatele. Znamená to například, že plat nebo jiná obdobná odměna (tedy například jeho pravidelné zvyšování) nebo bonusový systém, který tvoří součást tohoto odměňování, nesmějí být závislé na hospodářských výsledcích uvedených držitelů licencí. Vzhledem k tomu, že se ale hospodářské výsledky držitelů licencí v rámci vertikálně integrovaného podnikatele budou vždy promítat do hospodářských výsledků holdingové společnosti, která je vlastní, plyne z toho podle našeho názoru i zákaz navazovat odměňování těchto osob na hospodářské výsledky

holdingové společnosti. Z toho dále vyplývá, že i vlastnictví akcií, resp. podílů na holdingové společnosti, které je *de facto* vždy spojeno s právem podílet se na zisku, je v důsledku tohoto pravidla těmto osobám rovněž zapovězeno; bylo by sice možno tento zákaz vykládat úžeji ve smyslu odměňování jako odměny za konkrétní činnosti výkonu člena orgánu nebo zaměstnance, a tedy provazovat ji s benefitem získaným v důsledku vlastnictví akcií, ale z pohledu výkladových principů pravidel unbundlingu, kterým je především zajištění nezávislosti jednání těchto osob, se kloníme spíše k širšímu výkladu. Pokud jde o zajištění uvedených profesionálních zájmů, lze si samozřejmě představit celou škálu opatření, klíčovým z našeho pohledu ale bude, aby tyto osoby měly ve své pozici dostatečnou jistotu stabilního výkonu svých práv a povinností bez možnosti ovlivňování ze strany vertikálně integrovaného podnikatele. To tedy neznamená, že by například nemohl být jejich vztah se společností žádným způsobem ukončen, ale důvody pro toto ukončení by měly být dostatečně precizně určeny ve stanovách nebo ve smlouvě a z pohledu odměňování je i záhodno, aby jim byla poskytnuta zvýšená odměna při ukončení, tedy odstupné nebo tzv. zlatý padák v přiměřené výši, který v principu zajistí jejich loajalitu ke společnosti.

#### 4. Práva k majetku

Písmeno c) v odstavci 2 stanoví minimální kritéria nezávislosti provozovatele distribuční **37** soustavy ve vztahu k jeho dispozičním a jiným oprávněním k majetku, který je potřebný pro provozování, rozvoj a údržbu distribuční soustavy. Cílem je principálně rovněž zajistit nezávislost na ostatních částech vertikálně integrovaného podnikatele, kterému je zákonem umožněno rozhodovat o schvalování finančního plánu (nebo obdobného opatření) společnosti pro období nikoliv kratší, než je 1 rok, a schvalování maximálních limitů zadluženosti provozovatele distribuční soustavy, rovněž na roční či delší bázi. Dále jdoucí oprávnění ve vztahu k majetku, která by vykonával nebo ovlivňoval vertikálně integrovaný podnikatel (mateřská společnost provozovatele), lze považovat za nepřípustné omezování nezávislosti provozovatele.

Ustanovení písmene c) provádí čl. 26 odst. 2 písm. c) směrnice 2009/72 a určuje, že **38** provozovatel distribuční soustavy musí disponovat skutečnými rozhodovacími právy ve vztahu k majetku nezbytnému k provozování, údržbě a rozvoji distribuční soustavy tak, aby tato práva byla nezávislá na vertikálně integrovaném podnikateli. Skutečná rozhodovací práva je kategorie, která se odlišuje od práv vlastnických. Ani směrnice, ani **EnerZ** tedy nenařizují, že provozovatel distribuční soustavy musí nezbytně vlastnit majetek nezbytný k provozování, údržbě a rozvoji distribuční soustavy (byť to byl původní záměr Evropské komise, od kterého ale bylo v průběhu projednávání již druhého energetického balíčku i následně třetího energetického balíčku v Evropském parlamentu ustoupeno). Je tedy možné, aby majetek, který je nezbytný k provozování, údržbě a rozvoji distribuční soustavy, byl vlastněn například nějakou jinou částí skupiny



vertikálně integrovaného podnikatele. Důležité je, aby provozovatel měl ona „skutečná rozhodovací práva“, která nepochybně zahrnují přinejmenším rozhodovací práva ohledně financování tohoto majetku, plánování jeho rozvoje, práva týkající se účetnictví a účetní a zdaňovací politiky ve vztahu k tomuto majetku a rovněž možnost rozhodovat o použití tohoto majetku. To otvírá cestu ke strukturám, jako je například pronájem částí nebo celé distribuční soustavy, pachtu nebo leasingu. Důležitým pojmem v písmenu c) je právě „majetek nezbytný k provozování, údržbě a rozvoji distribuční soustavy“. EnerZ definuje distribuční soustavu jako vzájemně propojený soubor vedení a zařízení o napětí 110 kV, pokud nejsou součástí přenosové soustavy, která slouží k distribuci elektřiny na vymezeném území České republiky. Distribuční soustava ze zákona zahrnuje systémy měřicí, ochranné, řídicí, zabezpečovací, informační a telekomunikační, včetně elektrických přípojek, které jsou ve vlastnictví provozovatele. Z definice plyne, že půjde o soubor movitých a nemovitých věcí propojený a provozovaný ve vzájemné souvislosti za účelem provozování distribuční soustavy. Pokud jde o pojem schváleného finančního plánu, EnerZ ho nijak podrobně nedefinuje, ale v principu půjde o soubor opatření týkajících se způsobu a podmínek pro financování společnosti, její činnosti a investic schvalovaný a přijímaný na bázi roční nebo delší a obsahující běžně také maximální limity pro zadlužení společnosti za účelem zajištění tohoto financování. Je třeba zdůraznit, že EnerZ nepřikazuje mateřské společnosti provozovatele, aby si schvalování finančního plánu vyhradila, ale je to samozřejmě běžnou praxí (a dalo by se rovněž podřadit pod výkon péče řádného hospodáře na straně statutárních orgánů společnosti, jež je vlastníkem provozovatele). Finanční plán na druhou stranu nezahrnuje schvalování způsobu zadlužení, tedy druhu a obsahu financování (například zda se bude jednat o financování úvěrové, dluhopisové nebo leasingové). V praxi může dojít k potenciálnímu střetu mezi zákonnou povinností provozovatele distribuční soustavy k obnově a zachování a zabezpečení distribuční sítě vs. schválení, resp. neschválení limitů finančního plánu ze strany vertikálně integrovaného podnikatele, který takovým přístupem nemusí v praxi umožňovat plnění těchto zákonných povinností rozvoje a obnovy distribuční soustavy. Vzhledem k tomu, že neplnění povinností rozvoje údržby soustavy by bylo v rozporu se zákonem, bylo by možné i takové rozhodování mateřské společnosti provozovatele hodnotit jako rozporné se zákonem; na druhou stranu je v praxi těžko představitelné, že by taková skutečnost byla z finančních plánů zcela jasně patrná a dosledovatelná.

Písmeno c) zároveň obsahuje pravidlo, podle kterého mateřská společnost<sup>39</sup> provozovatele nesmí tomuto provozovateli udělovat jakékoliv pokyny ohledně běžného provozu anebo údržby distribuční soustavy ani zasahovat do rozhodování o výstavbě či modernizaci částí distribuční soustavy. Právě zde může vzniknout střet mezi nutností údržby, rozvoj nebo modernizaci soustavy provádět a disponibilitou finančních zdrojů pro plnění takových povinností. Praxe samozřejmě dává managementu provozovatele a současně managementu vertikálně integrovaného podnikatele více možností k řešení

této situace vzhledem k tomu, že investiční opatření nebudou samozřejmě zdaleka jedinou nákladovou položkou u provozovatele, a proto vyhodnocení, kdy se už jedná o nepřipustný zásah mateřské společnosti do plnění zákonných povinností provozovatele, bude velmi obtížné dovodit a ještě obtížnější v případném sporu dokázat. Nejlepší řešení v praxi představuje fakt, že členové statutárního orgánu provozovatele jsou povinni jednat při výkonu své funkce s péčí řádného hospodáře a za to jsou také rovněž osobně odpovědní. Proto budou v hraničních případech právě oni v důsledku své vlastní osobní odpovědnosti nuceni tyto situace s mateřskou společností diskutovat. Pokud jde o nakládání s majetkem, výkladové stanovisko Evropské komise se pro případ toho, kdy majetek distribuční soustavy je zcela nebo zčásti ve vlastnictví vertikálně integrovaného podnikatele, kloní k závěru, že tento vlastník majetku je ve vztahu k němu v důsledku pravidel unbundlingu nucen být v podstatě pasivním příjemcem „dividend“ ze zhodnocení tohoto majetku a může být případně zapojen do provádění opatření ve vztahu k tomuto majetku vyplývajících z rozhodnutí provozovatele distribuční soustavy.

Pokud jde o definici „jiného obdobného nástroje“ k finančnímu plánu, je třeba tyto **40** finanční nástroje vykládat restriktivně, a to tak, že mohou zahrnovat pouze skutečné ekvivalenty k finančnímu plánu, čili jde o funkční ekvivalent, který bude plnit obdobné či stejné funkce jako finanční plán, pouze se z důvodů praktických nazývá jiným jménem. Pokud jde o detailnost finančního plánu, opět zde **EnerZ** nestanoví úroveň detailu, ta ale vyplývá z nutnosti toho, aby provozovatel měl skutečná rozhodovací práva k majetku. Ve chvíli, kdy by finanční plán byl přesměru detailní, obsahoval například položku po položce jednotlivé investice, které bude nutno vynaložit z pohledu společnosti, dostal by se už do sféry operativního řízení investic, která je ale mateřské společnosti zapovídána. Proto by taková úroveň detailu byla nepřipustná. V principu lze finanční plán chápat jako finanční rámec rozdělený do případných hlavních úseků investic, ale v žádném případě nesmí zacházet do detailů a podrobností konkrétních investic, o kterých musí rozhodovat nezávisle sám provozovatel a jejichž poskytnutí vůči mateřské společnosti by rovněž mohlo v konkrétním případě porušit informační oddělenost mezi provozovatelem a zbytkem vertikálně integrovaného podnikatele.

## VI. Program rovného zacházení

Odstavec 3 reflektuje čl. 10 odst. 2 písm. d) směrnice 2009/72. Zčásti se podobá rovněž **41** úpravě programu rovného zacházení u provozovatele přenosové, resp. přepravní soustavy. Hlavním cílem programu rovného zacházení je vyloučení diskriminačního chování v praxi provozovatele distribuční soustavy. Program musí nutně stanovit opatření, kterými bude vyloučena možnost diskriminačního jednání provozovatele vůči ostatním účastníkům trhu s elektřinou (tedy těm, kteří nejsou součástí skupiny provozovatele) a budou jim stanoveny povinnosti a práva zaměstnanců provozovatele

za účelem plnění účelu programu. Program tedy musí stanovit konkrétní opatření k vyloučení diskriminačního jednání – to ale implikuje, že tato opatření musejí být i v praxi implementována a důsledně prováděna, ne pouze deklarována v programu. Implicitně to tedy znamená poměrně rozsáhlé zásahy a změny vnitřních předpisů provozovatele, jeho organizační struktury a další podobná opatření. Současně ve vztahu k adresátům povinností a práv vyplývajících z programu je třeba ve chvíli, kdy program odkazuje na zaměstnance provozovatele, tento výklad rozšířit i na osoby v obdobném postavení, jako jsou zaměstnanci, což mohou být i smluvní partneři působící na základě jiném, než je ZPr, ale jejichž rozsah a obsah úkolů je obdobný úkolům zaměstnanců společnosti provozovatele. S odstavcem 3 úzce souvisejí odstavce 4 a 5, které upravují funkci auditora programu rovného zacházení.

Výklad a strukturování pravidel: Pravidla ohledně programu i auditora programu jsou **42** u provozovatele distribuční soustavy stručnější než u provozovatele soustavy přenosové. Výkladové stanovisko Evropské komise (*Interpretative Note*) ale výslovně uvádí (a tedy doporučuje) použít jako inspirační zdroj při aplikaci u distributora úpravu pro provozovatele soustavy přenosové (na straně 26 *in fine* výkladového stanoviska). Byť toto pravidlo není kogentní a ani výkladové stanovisko je nepodává jako závazné, je přesto rozumné je aplikovat obecně i vzhledem ke sjednocení praxe („*best practice*“) v sektoru.

Pokud jde o rozsah, resp. skupinu zaměstnanců, na které program rovného zacházení, **43** resp. povinnosti z něj plynoucí budou dopadat, jedná se o jakékoliv zaměstnance, kteří se mohou vyskytnout v situacích, kdy budou schopni ovlivnit diskriminaci, resp. diskriminační nebo nediskriminační chování ve smyslu zákona. I za použití restriktivního výkladu by se mělo jednat o téměř všechny zaměstnance. Není sice vyloučené uvažovat o výjimce pro například pozice asistentské, které nepřicházejí, resp. nemohou přijít do přímého styku se zákazníky společnosti, ale na druhou stranu z pohledu ochrany informací jde především o to, aby nedocházelo k diskriminaci i tak, že informace, které by mohly sloužit pro diskriminaci účastníků trhu, budou sdělovány například v rámci skupiny vertikálně integrovaného podnikatele. Takové sdělování informací může být ale z principu učiněno i zaměstnancem na jakékoliv pozici ve společnosti. Rovněž pojem zaměstnanec je třeba ve vztahu k činnosti provozovatele distribuční soustavy vykládat extenzivně v souladu s účelem zákona a směrnice. V obdobné pozici jako zaměstnanci se pro účely programu mohou v konkrétním případě vyskytnout rovněž stálí smluvní partneři provozovatele distribuční soustavy (kontraktoři), ať již pro společnost poskytují služby, nebo dodávají zboží. Z toho plyne i povinnost provozovatele distribuční soustavy zajistit, aby povinnosti obsažené v programu byly přiměřeným způsobem přeneseny, resp. implementovány do smluvních vztahů

s takovými osobami (program rovného zacházení se jako vnitřní předpis společnosti nemůže automaticky vztahovat na smluvně vázané spolupracující subjekty, pokud nebude takovýto mechanismus nastaven v jejich smlouvách).

Vzhledem k tomu, že program rovného zacházení musí zavádět opatření, která zajistí **44** vyloučení diskriminačního chování, musí z podstaty věci zahrnovat i monitorování daného chování. Funkce programu rovného zacházení lze proto rozdělit do tří úrovní. Zaprvé má za cíl zajistit, že zaměstnanci provozovatele jsou si plně vědomi svých závazků ohledně zákazu diskriminace. Zadruhé konstruuje povinnost provozovatele vydat program rovného zacházení, jenž bude obsahovat postupy a záruky, které zajistí soulad se zákazem diskriminace. Zatřetí je to povinnost provozovatele monitorovat tato opatření a vyhodnotit, zda jsou v praxi účinná. S ohledem na skutečnost, že program rovného zacházení má ukládat povinnosti (a práva) zaměstnancům provozovatele, která povedou ke splnění účelu programu, jsou logicky cílem těchto ustanovení zaměstnanci, kteří se mohou ocitnout v situacích, kdy jsou schopni ovlivnit diskriminaci ve smyslu směrnice 2009/72. Lze předpokládat, že se ale může jednat o téměř celý personál s výjimkou asistentských a referentských funkcí. Program rovného zacházení má být ze strany provozovatele distribuční soustavy bezodkladně implementován a jeho dodržování aktivně podporováno pomocí zvláštních vnitřních procesů (to potvrzují mimo jiné i stanoviska Evropské komise a předchůdce ACER – organizace ERGEG, *European Regulators' Group for Electricity and Gas*). Opatření pro podporu programu rovného zacházení, která zmiňuje Evropská komise, zahrnují implementaci těchto opatření:

- a) aktivní, pravidelnou a otevřenou podporu zaměstnanců statutárním orgánem (či orgány) provozovatele pro dodržování programu,
- b) existenci potvrzení o seznámení zaměstnanců s programem,
- c) komunikaci upozornění, že porušení pravidel programu bude disciplinárně trestáno,
- d) pravidelné proškolení zaměstnanců.

Podle čl. 27 směrnice 2009/72 musí provozovatel utajovat informace, které mají **45** z obchodního hlediska citlivou povahu a o kterých se provozovatel dozví při výkonu své činnosti, a musí zabránit tomu, aby byly informace o vlastní činnosti provozovatele, které by mohly z obchodního hlediska zvýhodňovat účastníky trhu, poskytovány kterémukoliv z nich diskriminačním způsobem.

Byť **EnerZ** výslovně toto pravidlo nepřejal, z eurokonformního výkladu směrnice podle **46** našeho názoru jasně plyne povinnost pro provozovatele tato pravidla dodržovat, a právě v rámci programu rovného zacházení mají být mimo jiné naplněna. V tomto smyslu je třeba ustanovení o programu, resp. povinnosti auditora programu také vykládat. Úroveň implementace směrnice 2009/72 by v tomto ohledu mohla být podrobnější a více návodná, jsme ale toho názoru, že s ohledem na účel a povahu

ustanovení o programu rovného zacházení je nutno jej vykládat v souvislosti s uvedeným čl. 27 směrnice 2009/72. Provozovatel distribuční soustavy by tak do programu rovného zacházení měl zahrnout pravidla, která zajistí, že bude zachována důvěrnost informací a informace nebudou poskytovány diskriminačním způsobem.

## VII. Auditor programu rovného zacházení

Odstavce 4 a 5 blíže specifikují povinnosti provozovatelů distribuční soustavy ve vztahu **47** k auditorovi programu rovného zacházení. Auditor programu je speciální funkce zčásti korporátního charakteru, předvídaná zákonem, a pro společnost provozovatele distribuční soustavy proto povinná. Ustanovení odstavců 4 a 5 implementují čl. 26 odst. 2 písm. d) směrnice 2009/72 ve vztahu k auditorovi programu (anglicky *compliance officer*). Auditora programu provozovatele distribuční soustavy jmenuje sám provozovatel. Tato kompetence proto přísluší statutárnímu orgánu provozovatele, pokud ji stanovy nebo statutární orgán nedelegují na někoho jiného. **EnerZ** používá pojmu „jmenuje nebo jinak obsazuje“. Pojem „jinak obsazuje“ nemá v českém právu ustálený význam, ale zákonodárce se snaží postihnout jiné možnosti ustanovení auditora mimo jmenování. Lze si například představit volbu auditora programu kolektivním statutárním orgánem.

Vzhledem k nezávislému postavení auditora programu je třeba doporučit, aby smlouva **48** s ním nebyla uzavřena podle **ZPr**, tedy aby to nebyl zaměstnanec provozovatele. Mělo by se jednat o smlouvu podle **ObčZ** s jasným vymezením práv a povinností a především specifitějším vymezením nároků auditora na podporu ze strany provozovatele. V souladu se zněním **EnerZ** je provozovatel povinen auditorovi zajistit vytvoření podmínek pro nezávislý výkon funkce, především dostatečné pravomoci k plnění funkce, materiální a organizační podmínky. Byť tyto konkrétní podmínky budou zčásti záviset na specifické situaci té které společnosti, lze přesto předpokládat, že dostatečné pravomoci musejí zahrnovat mimo jiné právo přístupů k informacím a zdrojům informací a k zaměstnancům společnosti na všech úrovních, a dále materiální zdroje, jako například kancelář, počítačové vybavení, přístupy do systémů, přístupy do budovy a možnosti použít finanční prostředky na zajištění plnění svých povinností, například i formou najímání externích expertů pro *ad hoc* podporu auditora. Lze si představit, že auditor bude rovněž zcela externího charakteru, například poradenská korporace. Pokud jde o osobu auditora, může jí být jak právnická, tak i fyzická osoba. Pokud jde o způsob odměňování auditora, opět se uplatňuje podmínka nezávislosti, a proto jeho odměňování by mělo být transparentní, předvídatelné a nemělo by být závislé na subjektivním hodnocení výkonu funkce. Rovněž pro případ ukončení by vhodným nástrojem bylo použití odstupného („zlatý padák“), který by omezil nebezpečí nátlaku pod hrozbou ukončení vztahu v návaznosti na okamžité ukončení odměňování. Povinností auditora programu je mimo jiné dohlížet na provádění programu rovného

zacházení a v návaznosti na to zpracovat a předkládat Úřadu a Ministerstvu zprávu o opatřeních přijatých k provádění programu. Zároveň je třeba tuto zprávu zveřejnit způsobem umožňujícím dálkový přístup. Formulace „zveřejnění způsobem umožňujícím dálkový přístup“ je nyní již standardním obratem používaným českým zákonodárcem v právních předpisech, aniž by ale většinou tento způsob byl v konkrétním případě blíže definován. V praxi je třeba jej vykládat jako zveřejnění prostřednictvím internetu (například na webových stránkách).

Mezi základní práva auditora náleží mimo jiné přístup k veškerým informacím **49** a podkladům nutným pro řádný výkon jeho činnosti. Vzhledem k tomu, že účelem činnosti auditora je zamezení diskriminaci ostatních účastníků trhu mimo skupinu vertikálně integrovaného podnikatele, auditor by měl mít přístup ke všem relevantním obchodním informacím, včetně informací citlivých a důvěrných. Provozovatel je současně povinen poskytovat auditorovi jinou nezbytnou součinnost v návaznosti na jeho činnost. Auditor si může tedy v rozumných mezích a v souvislosti se svou činností vymezenou zákonem a smlouvou uzavřenou s provozovatelem vyžádat patřičnou součinnost, kterou je provozovatel povinen poskytnout. Provozovatel je současně povinen seznámit s programem rovného zacházení členy statutárního orgánu, dozorčí rady, případně správní rady a všechny zaměstnance. Pokud jde o seznámení s programem ve vztahu k zaměstnancům, doporučujeme širší výklad, kdy opět nebudou zahrnuty mezi zaměstnance pouze osoby ve smluvním vztahu podle **ZPr**, ale rovněž osoby v obdobném vztahu se společností, tedy osoby poskytující společnosti dlouhodobé služby nebo plnění. Pokud jde o formu seznámení všech zákonem určených osob s programem, nabízí se samozřejmě seznámení prostřednictvím elektronického portálu. Z pohledu důkazních prostředků o tom, že tato povinnost provozovatele byla splněna, lze jen doporučit rovněž písemné potvrzení o seznámení se s tímto programem pro usnadnění pozdějšího dokazování.

### **VIII. Zákaz držení podílů**

Odstavec 6 zakazuje členům statutárního orgánu nebo vedoucím zaměstnancům **50** provozovatele distribuční soustavy držet podíly převyšující 1 % základního kapitálu jiné právnické osoby v rámci téhož vertikálně integrovaného podnikatele (pokud je tato osoba držitelem licence na výrobu elektřiny, přenos elektřiny, obchod s elektřinou nebo plynem). Tento zákaz se vztahuje na držení podílů nad 1 % základního kapitálu pouze ve společnostech, které drží licence výše vyjmenované, a ne tedy například v holdingové mateřské společnosti vertikálně integrovaného podnikatele nebo v jiné společnosti v jeho skupině. Podle našeho názoru by eurokonformní výklad požadavků nezávislosti na členy managementu provozovatele distribuční soustavy ve vztahu k nezávislosti jejich odměňování na hospodářských výsledcích vertikálně integrovaného podnikatele *de facto* měl zakázat držbu veškerých podílů na jiných společnostech

vertikálně integrovaného podnikatele mimo provozovatele distribuční soustavy, vzhledem k tomu, že jejich odměňování, tedy příjem, který získají případně jako dividendový příjem z takového podílu, by mohl tyto členy motivovat jednat v rozporu s požadavky nezávislosti a ve prospěch ekonomického zájmu jiných společností ze skupiny vertikálně integrovaného podnikatele.

## IX. Zákaz ovládacích smluv

Odstavec 7 zakázal již s účinností od 1. ledna 2007 provozovateli distribuční soustavy<sup>51</sup> uzavírat ovládací smlouvy, kterými by se podrobil jednotnému řízení jiného držitele licence (tedy výroba a přenos elektřiny, obchod s elektřinou anebo plynem), případně kdyby taková ovládací smlouva již byla k tomuto datu uzavřena, stanovil povinnost tuto smlouvu ukončit. Toto ustanovení by tak již mělo být obsoletní vzhledem ke svému naplnění.

Dotčené ustanovení EnerZ implementuje do českého právního řádu čl. 26 odst. 1<sup>52</sup> směrnice 2009/72.

Smyslem a účelem této úpravy je odstranění další možnosti kontroly vertikálně<sup>53</sup> integrovaného podnikatele nad provozovatelem distribuční soustavy. Kontrola může být vykonávána nejen na základě držby podílu, ale rovněž na základě smlouvy. Kontrolu představují práva, kontrakty a jakékoli další prostředky, které samostatně či v kombinaci, s ohledem na faktickou či právní stránku věci, poskytují možnost vykonávat rozhodující vliv na podnik, zejména pak vlastnické právo a právo užívat aktiva, resp. jmění podniku jako celek nebo jeho část a pak právo nebo smlouva poskytující možnost rozhodujícího vlivu na složení, hlasování či rozhodování orgánů společnosti.

Kontrola tedy vznikne rovněž v případě, že existuje smlouva udělující podniku právo<sup>54</sup> rozhodovat o operacích druhého podniku, aniž by tento podnik vlastnil v kontrolovaném podniku jakýkoli podíl. Zmíněné ustanovení dopadá právě na takovouto kontrolu a ve vztahu mezi vertikálně integrovaným podnikatelem a provozovatelem ji zakazuje. Z uvedeného je tedy patrné, že výklad pojmu kontrola je nutno chápat v co možná nejširším pojetí. Zároveň z uvedeného vyplývá, že úprava se uplatní nejen v případě, kdy kontrola bude fakticky vykonávána, ale postačí vznik pouhé možnosti tuto kontrolu vykonávat.

## X. Pachtovní smlouva

Odstavec 8 upravuje specifickou situaci, kdy bude oddělení činností ve smyslu § 25a<sup>55</sup> provedeno formou pachtu (ať už obchodního závodu, nebo jeho části), a ukládá

v takovém případě povinnost pro pachtýře převzít propachtovaný závod nebo jeho část do svého účetnictví. Cílem tohoto ustanovení je umožnit pro účely regulace řádné dokladování hodnoty a investic do majetku pro účely regulovaných nákladů. Obdobně pokud by se pachtovní smlouva týkala jednotlivých částí majetku, ukládá se povinnost propachtovateli sdělit informace o hodnotě propachtovaného majetku pro účely cenové regulace Úřadu.

## **XI. Výjimka *de minimis***

Ustanovení § 25a odst. 9 provádí tzv. výjimku „*de minimis*“ z povinnosti provést oddělení, resp. unbundling u provozovatelů distribučních soustav, jejichž velikost je menší než stanovená hranice. Touto hranicí je ve směrnici uvedených 100 000 zákazníků. Výjimka se vztahuje na integrované elektroenergetické podniky, tedy ty, které jsou součástí vertikálně integrovaného podnikatele, ale přitom jejich kritická velikost je menší než stanovené měřítko, tedy konkrétně jde o méně než 100 000 připojených zákazníků, nebo na případy, kdy obsluhují malé izolované distribuční soustavy. Česká republika se rozhodla implementovat tuto povinnost tak, že oddělení podle EnerZ není povinen provést vertikálně integrovaný podnikatel, který poskytuje služby méně než 90 000 připojených odběrných míst zákazníků. Jedná se jak o maloobchodní, tak o velkoobchodní zákazníky. Český zákonodárce nepřevzal ustanovení o možnosti výjimky pro obsluhování malých izolovaných soustav, to je ale podle našeho názoru implicitně v české praxi obsaženo v limitu 90 000 připojených odběrných míst. Důvodem pro tuto výjimku obecně tedy je především rovnováha mezi regulací a praxí z pohledu nákladů regulovaných subjektů k provedení regulace vs. přínosů, které by v oblasti zlepšení konkurenčního prostředí přinesla existence této regulace. Vzhledem k tomu, že možnost menších distribučních soustav negativně ovlivňovat konkurenční prostředí je relativně omezená, byla umožněna tato výjimka z pravidel unbundlingu. Na druhou stranu lze při současném vývoji evropské regulace a s pokračující změnou (rozšiřováním) činností provozovatele distribučních soustav očekávat, že pokud budou distributoři mít více možností ovlivňovat konkurenční prostředí na svých trzích v rámci rozsáhlejších kapacit nově připojované distribuční výroby (především obnovitelných zdrojů), funkčních chytrých měřičů a chytrých sítí a rostoucích objemů obchodně zajímavých dat, která budou mít k dispozici i malí distributoři spadající pod výjimku *de minimis*, poroste tlak a oprávněné důvody pro omezení nebo zrušení této výjimky v budoucnu.

## **XII. Vlastní identita provozovatele, zákaz uvádění v omyl**

Odstavec 10 je krátkým, ale zásadně důležitým ustanovením ukládajícím povinnosti ve vztahu k odlišitelnosti, resp. nezaměnitelnosti provozovatele distribuční soustavy. Ukládá provozovateli distribuční soustavy jednat vždy tak, aby svým chováním,



vystupováním a celkovou vizuální strategií neuvedl v omyl jiného účastníku na trhu s elektřinou ve vztahu k možné záměně s obchodníkem s elektřinou nebo výrobcem elektřiny, kteří jsou součástí téhož vertikálně integrovaného podnikatele. Klíčovou částí tohoto ustanovení je pojem uvést v omyl jiného účastníka trhu.

Příslušné ustanovení **EnerZ** implementuje do českého právního řádu čl. 26 odst. 3 **58** směrnice 2009/72 a má za cíl zajistit, aby obchodník nebo výrobce elektřiny, který je součástí vertikálně integrovaného podnikatele spolu s provozovatelem, nebyl zvýhodněn oproti ostatním účastníkům trhu z důvodu své příslušnosti k vertikálně integrovanému podnikateli, tedy z důvodu sdílení značky, vizuálních znaků atd. Provozovatel distribuční soustavy nesmí ve svém vnějším vystupování (neboť se jedná o uvedení v omyl účastníka trhu mimo skupinu, tedy nejedná se o pravidla pro vystupování v rámci skupiny) a při prosazování své obchodní značky dávat prostor pro pochybnosti o tom, že provozovatel je od vertikálně integrovaného podnikatele oddělen.

Toto pravidlo vychází z reality, kdy dodavatel (například obchodník s elektřinou) – **59** součást vertikálně integrovaného podnikatele – bude z důvodu své příslušnosti ke skupině vnímán (i třeba navzdory realitě) tak, že je schopen poskytnout větší záruky, úspory z rozsahu, větší bezpečnost dodávek v rámci integrované struktury atp. Tato situace většinou nastává tehdy, kdy vertikální integrace má již svou dlouhodobou historii na tom kterém trhu. Zákazník tam vnímá vertikálně integrovaného podnikatele jako normální stav a neintegrovaného distributora jako abnormalitu. Tato situace tedy má diskriminační potenciál a nepřispívá k liberalizaci trhu.

Z tohoto důvodu úprava cílí na situaci, kdy obchodníci nebo výrobci na jedné straně **60** a provozovatel na straně druhé používají zaměnitelné prvky ve své marketingové komunikaci a v korporátní komunikaci obecně a kdy dochází k uvedení zákazníka v omyl, pokud se týče vědomosti o tom, že se jedná o dva nezávisle podnikající subjekty.

Koncept „záměny“ je velmi široký a stanoví závazek vyhnout se vzniku jakéhokoli omylu **61** ve vztahu k zákazníkovi a jeho vnímání provozovatele a dodavatele. Na tento koncept se přitom aplikuje též známkoprávní úprava, která v tomto ohledu odkazuje na interpretaci institutu „nebezpečí záměny ze strany veřejnosti“ v souladu s relevantními ustanoveními právních předpisů Evropské unie.

Je ale třeba současně říci, že toto pravidlo také implicitně sděluje, že skutečnost, že **62** majetkové propojení mezi provozovatelem distribuční soustavy a vertikálně integrovaným podnikatelem existuje, se před jinými účastníky trhu nemá utajovat nebo zastírat – směrnice ani zákon nestanoví takové povinnosti pro vertikálně integrovaného podnikatele a ani pro provozovatele distribuční soustavy. Podle našeho názoru by

naopak taková komunikace, která by cíleně uváděla ostatní účastníky trhu v omyl, že žádné propojení neexistuje, byla v rozporu s účelem této úpravy. V opačném případě by zákonodárce rovnou musel sáhnout po unbundlingu vlastnickém. Navíc by i takové zastírání bylo samo o sobě v rozporu s dalšími právními předpisy (uvádění skutečného vlastníka) a míru transparentnosti trhu by naopak snižovalo.

Povinnost „rebrandingu“: odstavec 10 nabízí v tomto ohledu možnost výkladu **63** a rozhodně z něj jednoznačně nevyplývá požadavek na změnu obchodní značky, která by měla být zcela odlišná od vertikálně integrovaného podnikatele (tedy tzv. často citovaný „rebranding“ provozovatele – nebo samozřejmě rebranding zbytku skupiny vertikálně integrovaného podnikatele). Tato povinnost podle našeho názoru z ustanovení neplyne v tom případě, pokud možnost záměny provozovatele s obchodníkem nebo výrobcem elektřiny, který je součástí stejného vertikálně integrovaného podnikatele, lze vyloučit jinými prostředky. Někteří evropští regulátoři byli přímo zapojeni do změny korporátní identity provozovatele a jejich rozhodnutí v konkrétních případech často uzavřela, že k záměně dojít může (blíže *Status Review on the Implementation of Distribution System Operators' Unbundling Provisions of the 3rd Energy Package*, CEER Status Review Ref: C15-LTF-43-03 1 April 2016, s. 20).

Je tedy třeba se v konkrétním případě zamyslet nad tím, jaký je potenciál pro **64** zaměnitelnost té které konkrétní obchodní značky, resp. brandu, a při absenci návodu (například metodiky) ze strany regulátora je nutné se opřít o obecné právní předpisy a jejich výklad.

Výkladové stanovisko Evropské komise pro potřeby identifikace, zda obchodní značka **65** provozovatele distribuční soustavy je schopná uvést zákazníka v omyl, doporučuje vycházet z evropských pravidel tvorby ochranných známek. Stanovisko takto odkazuje na nařízení 40/1994 a směrnici 2008/95 (již zrušené). V současnosti se jedná o nařízení 2017/1001.

Vyjdeme-li z toho, že označení a vnějškové vystupování vertikálně integrovaného **66** podnikatele na straně jedné a provozovatele distribuční soustavy na straně druhé se mají posuzovat (podle názoru Evropské komise) podle pravidel pro tvorbu ochranných známek, nutně nás to vede k závěru, že je třeba posuzovat, zda a jak jsou splněny podmínky, aby se vůbec mohlo jednat o ochrannou známku – těmi jsou zejména grafická znázornitelnost a rozlišovací způsobilost. Ani jedna z těchto podmínek však není kritériem pro vznik možného omylu zákazníka spočívajícího v možné záměně ochranné známky. Stanovisko tedy míří nikoli na podmínky vzniku (tvorby), ale spíše na pravděpodobnost záměny, která se posuzuje při zápisu ochranné známky. Primárně to bude tedy otázka, zda ochranná známka není shodná nebo podobná jiné ochranné známce. O podobnost přitom půjde, jsou-li rozdíly mezi ochrannými známkami

a výrobky a službami tak malé, že existuje riziko, že relevantní veřejnost by je mohla vzájemně zaměnit nebo si je splést. Jedním z aspektů, na které je v tomto ohledu nutné brát zřetel, je tedy míra pozornosti a zkušenosti veřejnosti, vůči níž je ochranná známka komunikována. Podle ustálené rozhodovací praxe ESD v oblasti ochranných známek je za účelem celkového posouzení nebezpečí záměny nutné „*přihlédnout zejména ke skutečnosti, že úroveň pozornosti průměrného spotřebitele se může měnit v závislosti na kategorii dotčených výrobků nebo služeb*“ (rozsudek ESD ze dne 12. ledna 2006, *Claude Ruiz-Picasso a další proti Úřadu Evropské unie pro duševní vlastnictví*, C-361/04 P). Za průměrného spotřebitele je přitom třeba považovat zejména takového zákazníka, který „*má dostatek informací, je v rozumné míře pozorný a opatrný, a to s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory, a lze od něho očekávat, že přihlédne k podstatným rozdílům mezi značkami, označením výrobků apod.*“ (NS 23 Cdo 2044/2013). Z toho vyplývá, že čím více jsou spotřebitelé zkušení (například korporátní oddělení nákupu na rozdíl od důchodce), nebo čím dražší (pro daného konkrétního spotřebitele) dotčená služba či výrobek je, tím méně lze očekávat, že budou uváděni v omyl.

Při posuzování zaměnitelnosti nepostačuje odvolávat se pouze na shodné prvky **67** označení, ale je nutné vycházet z celkového dojmu, kterým posuzované označení, především vizuálně, působí na průměrného zákazníka.

**KAMIL BLAŽEK, MICHAL FORÝTEK**