

Uzavírání závazkových právních vztahů mezi potenciálními investory resp. provozovateli větrných elektráren na straně jedné a obcemi (územními samosprávnými celky) na straně druhé – několik rad a upozornění na vybraná rizika

1. Obecné rady pro uzavírání závazkových právních vztahů, co je vhodné ověřit a čemu je třeba věnovat zvýšenou pozornost

- přesná identifikace smluvní strany ve smlouvě
 - o obchodní firma (obchodní jméno, název)
 - o adresa sídla
 - o identifikační číslo
- prověření historie a aktuálního právního stavu smluvní strany, prověření oprávnění k podnikatelské činnosti
 - o vývoj společnosti, změny v orgánech společnosti, vývoj v oblasti předmětu podnikání
 - o konkurz, likvidace - obchodní rejstřík
 - o oprávnění k podnikání v oboru včetně ověření – živnostenský list, živnostenský rejstřík
 - o zvláštní oprávnění a licence pro podnikání v příslušném oboru
- prověření oprávnění orgánů/osob k jednání jménem smluvní strany
 - o obchodní rejstřík příp. též notářský zápis o změnách dosud nezapsaných do obchodního rejstříku
 - o plná moc, ověření její platnosti, ověření oprávnění vystavit plnou moc, ověření autentičnosti podpisu na plné moci
- prověření autentičnosti podpisu smlouvy oprávněným zástupcem protistrany
 - o podpis za osobní přítomnosti statutárních orgánů (zástupců) obou stran s prokázáním a ověřením totožnosti a ověřením platnosti občanského průkazu
 - o úředně ověřený podpis
- ověření věrohodnosti smluvní strany
 - o ověření existence sídla společnosti
 - o www stránky společnosti
 - o ověření funkce spojení (telefonní spojení, fax, mobil, e-mail)
 - o předložení informací o referencích z daného oboru (posouzení schopnosti dlouhodobě plnit příslušné závazky a předpokladů dlouhodobě úspěšně realizovat podnikatelskou činnost v oboru) a následné ověření referencí
 - o ověření potenciálu potenciálně partnerské firmy – zejména personální zdroje (počet a kvalifikační struktura zaměstnanců), výrobní prostředky (stroje a zařízení, jejich druh, kapacita, stav, ...), dosavadní obrat v oboru a jeho vývoj
 - o nahlédnutí do měsíčního výpisu z běžného účtu společnosti (transakční historie)
- posouzení hospodářské situace firmy (společnosti)
 - o daňová přiznání za dvě poslední celá účetní období (za dva poslední roky)
 - o obchodní rejstřík - sbírka listin
 - o existence běžného účtu společnosti, poslední výpis z běžného účtu
 - o údaje o vlastnictví nemovitostí – výpis z katastru nemovitostí
 - o vhodné je též provést standardizovaný test bonity společnosti
- posouzení tržní situace
 - o aktuální tržní situace v oboru
 - o portfolio odběratelů, jeho stabilita a další předpokládaný vývoj
 - o předpokládaný další vývoj tržní situace v oboru (rozvojový obor či obor stabilizovaný nebo ve fázi poklesu realizovatelnosti produktu na trhu, očekávaný vývoj cen, příp. státní garance, ...)
 - o posouzení tzv. prahu vstupu nového subjektu do příslušného oboru podnikatelské činnosti (zda je pro vstup do příslušného oboru podnikání nezbytný značný kapitál, speciální technika, rozsáhlý majetek, unikátní know-how, personál se zvláštní specializací atd.)
- rizika na straně potenciálního smluvního partnera
 - o riziko z oboru činnosti
 - o riziko z hospodářské situace
 - o riziko z vlastnické struktury a ovládacích vztahů

- riziko z vývoje na trhu produktu
 - riziko z vývoje na trhu pracovních sil
 - riziko z vývoje konkurenčního prostředí
- pojištění sjednané potenciální smluvní stranou – ověření nahlédnutím do pojistných smluv případně jejich podrobnou analýzou, posuzování zejména z hledisek: pojištěné riziko, pojistná částka, hlavní podmínky platnosti pojištění, výluky z pojištění
 - pojištění majetku, staveb, strojů a zařízení
 - pojištění odpovědnosti za škody způsobené podnikatelskou činností příslušného druhu třetím osobám
- určitost smluvních ujednání
 - vymezení předmětu plnění – explicitní a implicitní určení výše plnění
 - sjednání výše finančního protiplnění, podmínky splatnosti – termíny, podmínky
 - určitost ostatních smluvních ujednání
- zajištění smluvních závazků
 - kauce (depozit)
 - zástavní právo k nemovitosti
 - zástavní právo k movité věci
 - bankovní záruka
 - záruka fyzickými osobami – managementem firmy
 - ostatní zajišťovací instrumenty
- přiměřenost výše sjednaných plnění, dobré mravy
 - cena (hodnota) v místě a čase obvyklá
 - ujednání odporující dobrým mravům a jeho důsledky
- posouzení daňových aspektů smlouvy pro jednotlivá sjednaná plnění
- doba a podmínky trvání smlouvy, možnosti ukončení platnosti smlouvy
 - doba určitá, neurčitá, výpověď, výpovědní doba
 - možnost odstoupení od smlouvy
 - možnost okamžitého skončení platnosti smlouvy
 - povinnost smluvních stran ke vzájemnému vypořádání
- ujednání o způsobu a podmínkách řešení případných sporů
 - soudní řešení sporu (místní příslušnost soudu)
 - v případě dohody je možno sjednat rozhodčí řízení (rozhodčí doložka)
- převoditelnost práv a závazků ze smlouvy
 - sjednání platnosti převodu podmíněné souhlasem druhé smluvní strany (po ověření věrohodnosti, hospodářské situace, schopnosti plnit závazky ze smlouvy)
 - sjednání podmínek převoditelnosti (předkupní právo, platnost převodu podmíněná souhlasem druhé smluvní strany, ...)
- krizové režimy pro případy naplnění hlavních rizik na straně potenciálního smluvního partnera včetně zajišťovacích opatření a instrumentů, zejména režim v případě hospodářských problémů smluvní strany, zániku smluvní strany nebo omezení jejího práva k samostatnému jednání
 - prohlášení konkurzu
 - vstup do likvidace
 - jiná omezení
- smluvní sankce pro případ neplnění smluvních závazků nebo právních povinností
- možnost případně míra a způsob zásahů do řízení podnikatelské činnosti partnera
- absolutní a relativní neplatnost smlouvy
 - sjednání takových podmínek, aby neplatnost některého ze smluvních ujednání neměla vliv na platnost celé smlouvy
- ujednání o podmínkách a lhůtách platnosti jednotlivých práv a závazků, zánik jednotlivých práv a závazků, vypořádání smluvních stran při zániku některých práv a závazků
 - vazba platnosti závazků na správní akty (právní moc územního rozhodnutí, stavebního povolení atd.)
- ostatní ujednání
 - volba jednacího jazyka (v případě smluv se zahraničními osobami)
 - volba práva
- ověření, zda je potenciální partner pro příslušný obor činnosti držitelem certifikátů, ocenění, zda má zaveden a v praxi uplatňuje systém řízení jakosti (příp. jaký systém a do jaké hloubky jej uplatňuje)

2. Upozornění týkající se smluv upravujících výstavbu a provoz větrných elektráren

- právní aspekty sjednaných práv a závazků
 - o převoditelnost práv a závazků společně s projektem, garance faktického fungování smluvních ujednání pro případ převedení majetku či převedení projektu na jinou osobu
 - o garance za plnění smluvních závazků partnera a reálná vymahatelnost takového plnění (zajišťovací instrumenty apod.)
- věcná stránka závazků smluvních stran
 - o ověření, zda je partner držitelem příslušné licence na provozování zařízení na výrobu elektrické energie a její dodávání do energetické distribuční sítě, sjednání postupu pro případ, že partner ztratí takové oprávnění
 - o režim po ukončení morální nebo fyzické životnosti zařízení, odstranění stavby a likvidace odpadu (nejen nadzemní kovové konstrukce, ale také spodní stavby – obrovského železobetonového bloku)
 - o odpovědnost za škody způsobené provozem zařízení
 - o odpovědnost za dodržování právních předpisů (ochrana životního prostředí, ochrana veřejného zdraví, právní předpisy upravující oblast energetiky atd.)
 - o odpovědnost v případě ohrožení bezpečnosti osob, zvířat, silniční dopravy, leteckého provozu atd.
 - o režim provozu za ztížených podmínek (příliš silný vítr, zimní období – námrazy, husté sněžení apod.)
 - o ochranná pásma, jejich vytyčení (vyznačení v terénu), vztah k vlastnictví pozemku a další související aspekty
- zajištění podmínek pro provoz a údržbu zařízení
 - o konkretizovaný závazek k řádnému provádění údržby a dodržování provozních podmínek
 - o přístup a příjezd k zařízení (stavbě)
 - o vstup na okolní pozemky
- zajištění připojení zařízení na distribuční energetickou síť po stránce administrativní i technické, ověření stavu u správce distribuční sítě (E-ON, ČEZ – Distribuce, ČEPS, ...) a u Energetického regulačního úřadu
- sjednání odpovědnosti za získání řádných povolení (územní rozhodnutí, stavební povolení, připojení do energetické distribuční sítě, ...) a za dodržování jimi stanovených podmínek
- sjednání možnosti kontroly
 - o fyzická kontrola zařízení, jeho technického stavu, provozu, údržby a zejména bezpečnosti
 - o kontrola stavební i provozní dokumentace
 - o kontrola produkce a hospodářských výstupů, účetní kontrola
- nastavení pravidel komunikace
- sjednání podmínek pro pravidelný reporting (periodicita, průkaznost, jak dlouho data archivovat atd.)
 - o informace o časovém průběhu provozu zařízení
 - o informace o provozních podmínkách
 - o informace o revizích a kontrolách a jejich výsledku

Poznámka:

Mezi investorem (stavebníkem) či provozovatelem větrné elektrárny na straně jedné a obcí na straně druhé může vzniknout řada různých typů smluvních vztahů. Níže (body č. 3, 4, 5 a 6) jsou uvedeny pouze příklady vybraných řešení ze všech možných variant, které by mohly přicházet v úvahu.

3. Obec je vlastníkem pozemku a tento pronajímá pro výstavbu větrné elektrárny

Nájemní smlouva – např. nájemní smlouva uzavřená podle § 663 a následujících zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, v platném znění

Problém:

Obec vystupuje v daném případě v roli pronajímatele pozemku. Tato situace přináší dva základní problémy. Prvým je skutečnost, že stavebník hodlá umístit stavbu na cizím pozemku. Takové případy jsou sice možné, ale je třeba věnovat pozornost právnímu režimu platnému pro tyto situace. Druhým problémem může být výše nájemného. V závazkových právních vztazích platí zásada, že smluvní ujednání nemůže odporovat dobrým mravům. Tato zásada by měla platit pro obce resp. pro všechny veřejnoprávní subjekty dvojnásob. Cena (v daném případě jde o nájemné) by tedy principiálně neměla být příliš odchylná od ceny obvyklé za pronájem pozemku obdobného charakteru. Pokud by byl do ceny promítnut příspěvek investora či provozovatele větrné elektrárny charakteru „odměny“ za kladné stanovisko samosprávy k umístění zařízení na území obce, mohl by být uvedený princip porušen.

Vybraná rizika:

- riziko nenaplnění předpokladů podnikatelského záměru investora (zejména v případě, že je plnění pro obec vázáno na produkci zařízení)
- riziko ne zcela optimálního smluvního ošetření všech komplikovaných situací, které mohou v průběhu provozování větrné elektrárny nastat
- riziko prostoru pro smluvního partnera domáhat se v budoucnosti neplatnosti smlouvy nebo některých jejích částí z důvodu nájemného sjednaného v nepřiměřené výši

4. Obec není vlastníkem pozemku, investor resp. provozovatel větrné elektrárny poskytuje obci jednorázově nebo opakovaně (pravidelně) příspěvek do rozpočtu obce jako kompenzaci za vydání souhlasu s umístěním stavby

Obchodní smlouva – např. neurčitý smluvní druh podle § 269, odst. 2 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění

Problém:

V tomto případě je problémem zejména definice plnění obce, za které má být poskytováno finanční protiplnění investorem nebo provozovatelem větrné elektrárny. Jde tedy o otázku dobrých mravů podobně jako v bodě č. 3, v tomto případě ještě prohloubeným. Ve skutečnosti je příspěvek investora do rozpočtu obce jen „odměnou“ za kladné stanovisko samosprávy k umístění zařízení na území obce, tedy něčím, co by mohlo být chápáno až jako jakýsi „úplatek“.

Vybraná rizika:

Vybraná rizika, na která považujeme za vhodné zvlášť upozornit, jsou totožná jako v bodě č. 3.

5. Obec sama hodlá podnikat ve výrobě elektrické energie

Samostatné podnikání obce

Problém:

Obce sice mohou svobodně vystupovat v právních vztazích podobně jako soukromé právnické osoby, není však z hlediska vyššího principu správné, aby se významným způsobem zapojovaly do podnikatelské činnosti. Obce totiž hospodaří s veřejným majetkem (majetek je třeba v daném případě chápat v nejširším slova smyslu, tedy jde zejména o věci nemovité a movité, ale také o finanční prostředky, cenné papíry, pohledávky, jiná práva a závazky, ...). Tento veřejný majetek by neměl být zatěžován podnikatelskými riziky.

Podstatou existence a základním posláním obcí je zajišťovat veřejné statky. Jejich obsah a rozsah vyplývá jednak z právních předpisů, jednak z vůle příslušné konkrétní samosprávy obce. Tato vůle je pro každou samosprávu individuální, vychází zejména z potřeb obyvatel, tradic a zvyklostí a také z pořadí priorit příslušné politické reprezentace.

Rizika bohužel přináší každá podnikatelská činnost. Proto by podnikání mělo být doménou především soukromých osob, fyzických i právnických. V případě soukromých osob totiž existuje bezprostřednější vazba mezi vlastnictvím a rizikem. V soukromém sektoru o tom, jaké riziko je ještě akceptovatelné a jaké již je za hranicí přijatelnosti, rozhoduje v důsledku (tedy přímo nebo nepřímo) zpravidla nositel vlastnického práva. Vztah mezi pravomocí činit podnikatelská rozhodnutí a odpovědností za jejich důsledky je bezprostřednější. Naopak v případě státu, územních samosprávných celků a jiných veřejnoprávních organizací je vazba mezi pravomocí a odpovědností v tomto smyslu slabší, v mnohých případech jde jen o odpovědnost politickou.

Podnikání obce může v případě neúspěchu negativně ovlivnit dokonce i plnění jejích základních funkcí. Je tedy žádoucí, aby obce významnějším způsobem nepodnikaly. Pokud se přesto rozhodují o vstupu do takových ekonomických aktivit, pak je nezbytné, aby zastupitelstvo příslušné obce rozhodovalo po důkladné analýze všech souvisejících faktorů, s vědomím rizik vyplývajících z příslušné podnikatelské činnosti a po podrobném projednání vůle tato rizika akceptovat.

Vybraná rizika:

Rizika pro obec:

- hrozba hospodářského neúspěchu v podnikání, a to z různých důvodů (nenaplnění původních předpokladů podnikatelského záměru, změna podmínek pro podnikání v jeho průběhu, vývoj tržní situace, ...)
- nesoulad podmínek provozování podnikatelské činnosti s právními předpisy (včetně vzniku tohoto nesouladu v průběhu podnikání) – např. předpisy k ochraně bezpečnosti a zdraví osob, životního prostředí, trhu, jiných právem chráněných zájmů (včetně veřejného zájmu)
- riziko změn v názorech, prioritách, koncepci managementu v závislosti na změnách politické reprezentace
- riziko nedostatečných personálních zdrojů a předpokladů (odbornost a zkušenosti managementu v příslušném oboru, osobnostní předpoklady pro úspěšné podnikatelské rozhodování, ...)
- riziko škody či jiné újmy (zranění apod.) způsobené podnikatelskou činností jiné osobě

Rizika pro management:

- odpovědnost orgánů společnosti za její stav (majetková odpovědnost – za určitých podmínek i ručení majetkem fyzické osoby, za určitých podmínek i trestně-právní odpovědnost)

6. Obec hodlá podnikat ve výrobě elektrické energie formou účasti ve společnosti s jiným investorem

Účast obce v obchodní společnosti - např. formou kapitálové účasti ve společnosti s ručením omezeným nebo v akciové společnosti

Problém:

Problém je totožný jako je uveden v bodě č. 5 – samostatné podnikání obce.

Vybraná rizika:

Rizika jsou v daném případě v zásadě analogická jako jsou uvedena v bodě č. 5 – samostatné podnikání obce, přistupují zde však ještě další významná rizika ze vzájemných vztahů mezi partnery (společníky, akcionáři). Podnikání společnosti může být navíc ovlivňováno a nepřímo ohrožováno také důsledky případného neúspěchu partnera (společníka, akcionáře) v jiné podnikatelské činnosti.

7. Závěr:

Z výše uvedených poznámek a doporučení je zřejmé, že je oblast závazkových právních vztahů potenciálně vznikajících mezi investory či provozovateli větrných elektráren na jedné straně a obcemi, na jejichž území „větrníky“ stojí nebo mají být budovány, na straně druhé, je velmi pestrým a komplikovaným problémem k řešení. Může nastat celá řada různých situací, různých variant úpravy vzájemných vztahů smluvních stran, může být využíváno různých smluvních typů, mohou nastat nejrůznější problémy a rizika. Kraj Vysočina nemůže proto obcím kraje poskytnout obecně použitelný návod, jak by měly postupovat, jak by mohly situaci řešit a jaká konkrétní ujednání by měly do smluv prosazovat. Kraj Vysočina proto všem obcím Vysočiny doporučuje, aby v případě, že se rozhodnou s budoucími investory či provozovateli větrných elektráren vyjednávat o podmínkách umístění energetického zařízení na svém území, byla provedena velmi důkladná analýza rizik a aby byla pro návrh a posouzení smluvních podmínek před uzavřením jakékoliv smlouvy konzultována některá v daném oboru velmi zkušená komerční právní kancelář.