

2015

I.



MASARYKOVA UNIVERZITA  
PRÁVNICKÁ FAKULTA  
BRNO

# ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

Ročník XXIII  
číslo 1/2015

## Redakční rada

### Předseda

prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

### Členové externí

JUDr. PhDr. Stanislav Balík  
prof. Ing. JUDr. Mgr. Alexander Bělohávek, dr.h.c.  
doc. JUDr. Kristián Csach, Ph.D.  
prof. zw. Dr. hab. Leonard Etel  
JUDr. Jiří Mucha  
prof. JUDr. Mária Patakiová, CSc.  
prof. zw. Dr. hab. Krzysztof Skotnicki  
Doc. JUDr. Miroslav Slašťan, Ph.D.  
dr. Gábor Sulyok  
doc. JUDr. Marián Vrabko, CSc.

### Členové interní

prof. JUDr. Josef Fiala, CSc.  
prof. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc.  
doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.  
prof. JUDr. Petr Průcha, CSc.  
doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D.  
prof. JUDr. Vladimír Týč, CSc.  
prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.

Vydává: Masarykova univerzita, Brno ♦ Adresa redakce: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Veveří 70, 611 80 Brno, e-mail: redakce.cpvpmuni.cz ♦ Odborní asistenti redakce: JUDr. Tereza Kyselovská, Ph.D., e-mail: tereza.kyselovska@law.muni.cz; Mgr. Bc. Jaroslav Benák, e-mail: jaroslav.benak@law.muni.cz ♦ Administrace: Mgr. Jana Kleudusová, tel. 549 495 489, e-mail: jana.kleudusova@law.muni.cz ♦ Tisk: Point CZ, s.r.o., Mílady Horákové 890/20, 602 00 Brno ♦ Objednávky vyřizuje Ekonomické oddělení Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Veveří 70, 611 80 Brno. Formulář je dostupný na adrese: <http://www.law.muni.cz/content/cs/cpvpmuni.cz>; e-mailová adresa: Zdenka.Matsova@law.muni.cz

Předplatné na rok 2015 je 800 Kč ♦ Cena jednoho čísla 250 Kč ♦ Vychází 4x ročně v češtině s anglickým summary, přiležitostně v anglické mutaci.

Toto číslo bylo dáno do tisku v březnu 2015

ISSN 1210-9126 (Print), 1805-2789 (Online)  
MK ČR E 6667

Časopis pro právní vědu a praxi je zařazený do Seznamu recenzovaných neimpaktovaných periodik vydávaných v České republice.

Od čísla 2/2010 jsou publikované texty v ČPVP zpřístupněny se souhlasem autorů pro následné šíření zpracovaných dat v Právním informačním systému ASPI, a to s příslušným citačním vzorem /bez nároku na další autorskou odměnu/.

Články jsou anonymně hodnoceny dvěma recenzenty.

### Informace pro autory:

Časopis pro právní vědu a praxi je vydáván jako recenzovaný odborný čtvrtletník. Rukopisy redakce přijímá v elektronické podobě. Bližší informace jsou uvedeny na adrese <http://www.law.muni.cz/content/cs/cpvpmuni.cz/informace-pro-autory>

## ČLÁNKY

- Rozehnalová Naděžda:** K jubileu emeritního profesora Právnické fakulty Masarykovy univerzity Petra Hajna .....1
- Bejček Josef:** Nekalé obchodní praktiky mezi podnikateli a smluvní svoboda.....3
- Csach Kristián:** (Niektoré) Zmluvnoprávne aspekty práva proti nekalej súťaži .....9
- Černá Stanislava:** O variantách uspořádání podnikatelského seskupení .....14
- Dědič Ján, Lasák Jan:** Zákaz konkurence členů představenstva akciové společnosti: „uvolněné“ mravy zákona o obchodních korporacích? .....19
- Kotásek Josef:** Následné chování smluvních stran a jeho (ne)samozřejmé využití při jednoduchém výkladu smlouvy .....27
- Patakiová Mária, Mašurová Angelika:** Štátna kontrola v procesoch cezhraničného zlučenia a splnutia podľa slovenského práva .....33
- Pelikánová Irena:** Koncepcie obchodního práva v nové soukromoprávní kodifikaci .....39
- Pokorná Jarmila, Večerková Eva:** Jméno společníka jako součást obchodní firmy .....50
- Rozehnalová Naděžda:** Vyšší moc, hardship aneb Smluvní doložky v mezinárodní praxi .....57
- Vozár Jozef:** Zamyslenie sa nad úlohou súdnych rozhodnutí v zabránení tzv. „perverznej“ tvorivosti .....65

## K jubileu emeritního profesora Právnické fakulty MU Petra Hajna



*Fotografie: měsíčník Muni*

Prof. JUDr. Petr Hajn, DrSc., se narodil v roce 1935 v Praze. Ženatý, tři děti. Maturitu získal v roce 1953 na gymnáziu v Táboře. Právnickou fakultu Univerzity Karlovy absolvoval v roce 1959. Poté pracoval jako právník ve Škodě Plzeň. Od roku 1972 působil jako učitel na Právnické fakultě Masarykovy univerzity (dříve UJEP) v Brně. S ní ho pojí nejen pozice učitele, profesora, ale i výkon řady akademických funkcí – proděkana, prorektora a až do roku 2001 vedoucího katedry obchodního práva. Vedle toho působil i jako předseda české skupiny Mezinárodní ligy pro soutěžní právo, jako předseda Arbitrážní komise Rady pro reklamu, člen etického panelu České televize, člen rozkladové komise Úřadu průmyslového vlastnictví, rozhodce Rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR, člen redakční rady časopisu Právník a časopisu Obchodněprávní revue. Je autorem stovek vědeckých a odborných statí v tuzemsku i zahraničí a desítky monografií, v nichž se věnoval ve své době opomíjeným i tabuizovaným tématům (právní služba v podniku, efektivnost práva, hospodářské riziko a právní odpovědnost). Více než dvacet let je v tuzemsku i zahraničí uznávaným předním odborníkem v právu proti nekalé soutěži.

Těchto několik řádek z oficiálního životopisu je sice schopno ukázat rozměr osobnosti profesora Hajna. Zejména pokud jej doplníme do rozměru až snad i renesančního o následující glosu: Po celou dobu svého odborného působení uveřejňuje v denním tisku komentáře, eseje, fejetony, glosy i aforismy s právní tematikou, z nichž některé byly soustředěny v publikacích „Jak se píše knihy“, „Jak dnes vyniknout (Průvodce světem zvyků a triků expertových)“ a „Právníkovy fejetony“.

Nicméně to, co již žádný životopis neukáže, je skutečný profesní a lidský rozměr pana profesora. To, jak skvělý byl učitel i kolega. To, jak na něj my, jeho žáci vzpomínáme. Jak nás ovlivnil nejenom pro život odborný, ale jak nás ovlivnil i po lidské stránce. Možná již pro generaci studentů dnes působících na fakultě se jako člověk trochu ztrácí. Přece jenom se, coby emeritní profesor, stal více jménem v knihách, článkách, statích. Sice často citovaným, nicméně již ne v živém denním styku se studenty. Ovšem pro nás, kteří jej zažili jako aktivního učitele na přednáškách a seminářích, je tím, kdo je vzorem. V řadě ohledů nedostižným. A vždy, kdy jsem ze studentů rozčarováná, unavená a nějak tak mám své profese trochu dost, tak si vzpomenu na některé

mé učitele. Jak k nám přistupovali s onou noblesou a laskavostí typickou (ne vždy) pro vysokoškolské učitele. A jedním z nich, asi někde hodně nahoře v onom pomyslném žebříčku, je právě profesor Hajn. Je nesporně tím, kdo mne naučil milovat obchodní právo a po pravdě řečeno i profesi, která mi zůstala. Uměl totiž ukázat cestu z rutiny denního učení, psaní pro psaní. Ukázal, že pedagogická práce je tvůrčí práce. Uměl ukázat, že psaní je radost. Jeho nesporný literární talent se uplatnil jak v odborné literatuře, tak v glosách či fejeton či knihách, kde s humorem, laskavostí sobě vlastní a úžasným postřehem nám dovolil nahlédnout do života právníka, spisovatele i učitele.

Pokud se dívám do minulosti, tak s většinou lidí, které jsem potkala a kteří mi utkvěli v paměti, jsou spojeny vzpomínky a letmé postřehy. Vzpomínek na pana profesora je hodně. Ostatně mne vlastně doprovází na mé profesní cestě skoro čtyřicet let, počítám-li vstup na fakultu. Nicméně bych tentokrát spíše uvedla letmý postřeh a vlastně takovou obyčejnou vzpomínku, která mi utkvěla v paměti. Bylo to kdysi, snad je tomu dvacet i více let, na cestě autobusem mezi Prahou a Brnem. Jeli jsme náhodou zpět s panem profesorem (tehdy ještě ani v autobusech nebyly místenky) a povídali jsme si. Ani pan profesor, ani já nejsme, pokud jsme v dobré náladě, nepovídaví. A na cestě jsme rozvíjeli myšlenku, že vlastně v naší oblasti je často úspěšným ten, kdo si umí najít oblast či téma, které doposud nikdo nezpracoval. A tak se lehce stanete expertem často citovaným, často vyvraceným, po jistou dobu jediným. Což právě v naší vědě je hodnotné, protože Vás každý za experta vlastně jediného považuje. Nevím, zda pan profesor někdy někam tuto naši disputaci „zamontoval“. Nevím, neboť za slovy pronesenými ústně se rychle čas uzavře. Ale mně tato cesta – podle zásady, že je jedno, zda je zážitek pozitivní či negativní, hlavně že je silný – zůstala ve vzpomínkách jako nesmírně příjemně strávené hodiny.

Pane profesore, jako učitel fakulty, v tuto chvíli i děkan fakulty a především Váš vděčný žák, Vám jménem učitelů, zaměstnanců a studentů všech generací, dnes významných právníků, politiků či bůhví lidí jakých profesí, děkuji. Za vše, co jste pro nás udělal. Za vlídná slova, kterými jste nám vytýkal naše nedostatky, za ono pochopení, které jste pro nás měl a hlavně za to, co vše jste nás naučil. A věřte, že toho nebylo málo. Profesně i lidsky. Jako kolega jste patřil vždy a patříte k těm, které rádi potkáváme – to není málo, některým se i díky systému chodeb fakulty vyhýbáme.

Pane profesore, do budoucna Vám přeji hlavně zdraví. Protože tvůrčí úspěchy Vám přát nemusím. Ty budou, protože ty k Vám nedílně patřily a patří.

*Brno 30. 3. 2015  
Naděžda Rozehnalová*

# Nekalé obchodní praktiky mezi podnikateli a smluvní svoboda\*

Josef Bejček\*\*

## 1 Spotřebitel a podnikatel jako objekt paternalismu

### 1.1 Skutečný (nenormativní, běžný, průměrný) spotřebitel

Obecně se uznává, že spotřebitel je nejen v asymetrickém informačním postavení vůči obchodníkovi (profesionálovi), ale že i představa o jeho racionalitě je pouhá fikce, která snad vyhovuje modelovým účelům některých „volnotržních“ liberálních ekonomů, ale méně už realitě. Běžný spotřebitel<sup>1</sup> se totiž pohybuje v „silovém poli“ různých ekonomických, sociálních, etických, ekologických, psychologických a dalších motivů, jež ani často racionálně nezvažuje a objektivně zvážit nemůže

\* Klasika charakterizuje nejen jeho dílo a řada epigonů, ale i zklasičtění toho, jak je vnímán a hodnocen. Myslím, že se již dávno ustálilo i samozřejmé povědomí odborné i širší veřejnosti o panu profesorovi Hajnovi jako o velmi vzdělaném a stále zvědavém a tvořivém člověku, jehož přístup ke světu má daleko k představě „typického“ akademického pozitivistického právníka sajícího svoji „moudrost“ hlavně z paragrafů. Tam - jak známo - již jen kvůli způsobu jejich vzniku moudrost být nemůže a když, tak nanejvýš mezi řádky. Vždy se zajímal o širší souvislosti předmětu svých právnických zájmů a inspiroval se v souvisejících vědních disciplínách, ale i je naopak obohacoval kultivovaným právnictvím – snahou o porozumění širšímu sociálnímu smyslu a podmínkám působení práva. Ovlivnil tím způsob myšlení generací studentů a spolupracovníků. Za to mu patří dík a uznání, které jen symbolicky vyjadřují příspěvky v tomto čísle ČPPVP. Tato stat' je součástí řešení výzkumného úkolu, který usiluje též o nadpozitivistický přesah a týká se i širšího předmětu zájmu jubilanta (GA reg. č. : 13-14244S - Princip rovnosti a ochrana tzv. slabší strany).

\*\* Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., je vedoucím Katedry obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

<sup>1</sup> K pojmu srov. např. Hajn, p. Oslabená ochrana spotřebitele? K aktuálnímu výkladu směrnice o nekalých obchodních praktikách. *Obchodněprávní revue*. 2009, č. 2, s. 44 násl.

a vědomě je často ani nezpracovává; jeho rozhodnutí je mnohdy intuitivní.<sup>2</sup>

Proto se po právu vyžaduje, aby strukturálně co nejvíce omezilo prostor pro iracionalitu spotřebitele a podvodné jednání na straně nabídky. Toho se samozřejmě nedosáhne jen zlepšením informovanosti spotřebitele či možností opatřit si více a lepších informací. Informační zahlcení spotřebitele by vedlo k pravému opaku toho, čeho se chtělo dosáhnout a rozhodování by se stalo ještě obtížnějším. V takových situacích spíše pomohou<sup>3</sup> standardizované formuláře, které sice sniží flexibilitu v jednotlivém případě sofistikovaného spotřebitele, ale zvýší ochranu a faktický příklon k racionalitě u spotřebitele průměrného (běžného).

Prodeje v situaci tlaku na spotřebitele je možné řešit osvědčeným způsobem – např. za cenu narušení právní jistoty na straně nabídky uplatnit rozumně dlouhé „ochlazovací období“ po kontraktaci a umožnit spotřebiteli po odeznění tlaku znovu (bez sankce) přehodnotit svoje rozhodnutí a ev. odstoupit od smlouvy.

Zákazem nekalých protispotřebitelských obchodních praktik<sup>4</sup> se právo pokouší vyloučit nejčastější situace nebezpečné pro svobodné a uvážené rozhodnutí spotřebitele. Nespoléhá přitom na příliš všeobecné obsahové korektivy typu dobrých mravů, které jsou jako subsumpční měřítko

<sup>2</sup> Běžný či průměrný spotřebitel nemá dost času a prostředků k tomu, aby si zajistil racionální rozhodovací proces. Týká se to často i velmi dobře informovaných, chytrých a vzdělaných spotřebitelů, kteří namísto analytického procesu sklouznou ke zvyku a pocitům. Tradiční standard *caveat emptor* se ve vztahu ke spotřebiteli pokládá za vyšlý z módy. Srov. Incardona, R., Poncibó, C. The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution. *Journal of Consumer Policy*, 2007, 30, s. 21-38.

<sup>3</sup> Smith, R., King, S. Does Competition Law Adequately Protect Consumers? *E.C.L.R.* 2007, Nr. 7, str. 412 a násl.

<sup>4</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu. Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, zejména ustanovení § 1810 a násl.

aplikačně mnohem náročnější a jsou spojovány spíše až s křiklavým (hrubým) rozparem s představou slušného chování.

Ochrana zájmů spotřebitelů prospívá i oprávněným soutěžitelům, neboť je chrání před soutěžiteli, kteří pravidla nedodržují – přispívá se tím k existenci nezkreslené soutěže.<sup>5</sup> Možnost zmírnění informačního deficitu spotřebitele nebo jeho klamně představy o rozhodovací situaci nezajistí dokonale ekonomickou racionalitu jeho rozhodování, neboť nevyloučí ani časové a materiální náklady na získání informací a ani endogenní zdroje rozhodovací iracionality.

Vztahy mezi podnikatelem a spotřebitelem se pokládají za asymetrické ve své samotné podstatě; zatímco u prvního ze zúčastněných jde o realizaci profesionální existence, druhé straně slouží k ryze soukromým účelům.<sup>6</sup> Jde o partnery, kteří nedisponují stejnou hospodářskou silou, nejsou stejně znalí práva a nejsou stejně zběhlí v obchodních záležitostech. Hovoří se proto o strukturální mocenské nerovnováze,<sup>7</sup> tedy o standardní modelové situaci, která má také standardní řešení, jež nepřihlíží ke konkrétní individuální situaci stran.<sup>8</sup> Situace strukturálně podřízeného spotřebitele není ovšem kompatibilní se zásadou občanskoprávní rovnosti.<sup>9</sup>

Proti tomu se staví model ochrany spotřebitele závislé na situačním kontextu, tedy ochrany závislé nejen na jeho formálním osobním statusu. Odmítá se tedy představa statusově podmíněné podřízenosti spotřebitele bez ohledu na konkrétní situaci a mocenské poměry stran při uzavření a plnění konkrétní smlouvy a zkoumá se, zda podnikatel má nějaké obchodní kompetence ve vztahu ke spotřebiteli a zda ten má dostatečné kompetence k tomu, aby zvládl a překonal situační nevýhody týkající se jeho svobody rozhodování. Jde tedy spíše o subjektivizaci a konkretizaci, a tedy o popření poziční typizace a paušalizace.

<sup>5</sup> Srov. doporučení (*referral*) č. 7 výše cit. směrnice.

<sup>6</sup> Srov. Basedow, J. in *Münchener Kommentar BGB*, § 308, 309, C.H.Beck, 6. A., 2012, Rn. 42 a násl.

<sup>7</sup> Micklitz, H.W. in *Münchener Kommentar BGB*, § 13, 14, C.H.Beck, 6. A., 2012, Rn. 67 a násl. Taková nerovnováha se podle našeho názoru zásadně nevyskytuje u vztahů mezi podnikateli – tam jde vesměs o nerovnováhu situační.

<sup>8</sup> Je-li např. podnikatelem malý, nekvalifikovaný, chudý a prostý živnostník a spotřebitelem je vysoce vzdělaný a bohatý specialista v oboru, byl by podle tohoto konceptu chráněn on jako strana strukturálně (typově) slabší.

<sup>9</sup> Tato zásada (u nás v důvodové zprávě k ObčZ popíraná) se v poslední cit. práci ve vztahu k německému občanskému zákoníku konstatuje explicitně.

Kombinovaný model vychází z toho, že ochranná opatření se nelegitimizují pouhým a samotným typickým situačním kontextem. Existence strukturální nerovnováhy ve spotřebitelských smlouvách se chápe jen jako domněnka ospravedlňující potřebu ochrany, ale jen v kontextu s doplněním této potřeby podle specifických situačních okolností. Spotřebitel se tedy nemusí jen kvůli svému formálnímu statusu posuzovat jako strukturálně podřízená smluvní strana.

## 1.2 Podnikatel (obecný, malý a střední, ev. mikro-), nebo zákazník?

Podnikatel se jakožto profesionál chápe tradičně ve vztahu ke spotřebiteli (B2C) jako ten silnější partner. Ve vztazích mezi profesionály se běžně presumuje zásada rovnosti, nanejvýš korigovaná dobrými mravy a obchodní poctivostí. Nemusí to ovšem odpovídat praxi.

Rozdíly ve vyjednávací síle se však netýkají jen spotřebitelských smluv, ale můžeme se s nimi setkat i ve vztazích B2B a jejich příčiny jsou podobné jako u spotřebitelských smluv (zejm. rozdíl v ekonomické moci, omezená racionalita, informační asymetrie).<sup>10</sup> Přinejmenším se to uznává u tzv. malých a středních podnikatelů.

Aniž se aspiruje na přesné vymezení, kdo do této kategorie spadá,<sup>11</sup> volá se po zvláštní ochraně menších podnikatelů s poukazem na jejich zranitelnost až bezmoc ve vztahu k větším podnikatelům, kvůli níž se posvátnost smlouvy stává - spíše než nástrojem k zajištění svobody - nástrojem skrytého útlaku.

Zpochybňuje se východisko, že podnikatelé jednájí jako rovný s rovným, že mají lepší zdroje a jsou dobře informováni, a že vzhledem k rovnocennému postavení si mohou vlastní zájmy ochránit sami, a nepotřebují tudíž ochranu typu ochrany spotřebitelské. Výměna názorů a stanovisek v kontraktaci se pokládá za fiktivní; za realističtější nežli utváření obchodní transakce se pokládá jen její zvažování a prověřování jakožto v podstatě hotové věci (zejména díky standardním předpřipraveným formulářovým smlouvám). Je-li tedy smlouva

<sup>10</sup> Srov. Hesselink, M.W. Towards a sharp distinction between B2B and B2C? *Working Paper Series* No. 2009/06, CS ECL, Amsterdam; týž.: Unfair terms in contracts between businesses, *Working Paper Series* No. 2011/07, CS ECL, Amsterdam.

<sup>11</sup> Snad proto, že to všichni tak nějak „dostatečně přesně“ tuší. Blíže viz BEJČEK, J. Malí a střední podnikatelé jako slabší strana v hospodářském styku? *Obchodněprávní revue* 2014, č. 11-12, s. 316 - 321.

či obchodní podmínka nepoctivá, nemělo by záležet na tom, vůči komu směřuje.<sup>12</sup>

### 1.3 Jednotný nebo diferencovaný standard ochrany?

Nastává jistý přesun prvků známých dříve v rámci ochrany spotřebitele (*consumer protection*) k obecnější ochraně obecného zákazníka (*customer protection*). Zpochybňuje se rozdělování „smluvního práva pro soutěž a trh“ a „smluvního práva pro spravedlnost a pro ochranu slabšího“.<sup>13</sup>

Spotřebitelské smlouvy (B2C) a smlouvy obchodní (B2B) se od sebe v možnosti nevyváženého postavení stran deformujícího obsah právního vztahu opravdu nemusí nijak výrazně lišit. I u smluv B2B se totiž dají pozorovat typické znaky smluvní asymetrie, a proto se uvažuje i o podobných metodách ochrany proti nekalým obchodním praktikám.<sup>14</sup> I někteří podnikatelé se mohou ocitnout v závislosti na druhých a uzavírat smlouvy za nerovných vyjednávacích podmínek. Ani informační asymetrie není omezena na vztahy B2C. Ani podnikatelé „neodkládají“ svoje kognitivní a psychologická omezení se svým spotřebitelským statutem a „nenahrazují“ je jinou výbavou ve smluvních vztazích, v nichž vystupují totiž lidé jako podnikatelé.

<sup>12</sup> Srov. Freilich, A., Webb, E. Small Business – Forgotten and in need of Protection from Unfairness? *The University of Western Australia Law Review* 2013, 12, str. 134 a násl.

<sup>13</sup> Srov. Roppo, V. From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts, *ERCL* 2009, No 3, str. 343, kde se odkazuje na článek A. Plaja: Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale?, *Rivista di diritto civile*, 2008, I, s. 705 a násl. Německá judikatura nedbá na zvláštní ustanovení o zvycích a praxi používaných v obchodních vztazích (B2B podle § 310 odst. 1 BGB), ale použití tzv. šedé nebo černé klauzule pokládá se za nepoctivou vůči každému *zákazníkovi* (nejen vůči *spotřebiteli*), i když zákazník jednal v rámci svého obchodu. Německé soudy tak *via facti* odmítají posuzovat případy odlišně v závislosti na tom, zda strana chráněná právní kontrolou je obchodník nebo spotřebitel. Jednotná kontrola standardu ochrany slabšího tam má podporu i v akademických kruzích. Srov. BGH, VIII ZR 141/06, 19. 9. 2007, BGHZ 174, 1 a násl., cit. podle Drygala, T. Unfair Contract Terms in Business to Business Transactions, in Drygala-Heiderhoff-Staake-Zmij (eds.): *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*, Selier European Law Publishers, GmbH, München 2012, str. 44 - 47.

<sup>14</sup> Srov. Hesselink, M.W., cit výše (2009), str. 32 a násl.

Navíc vznikají kvůli informačním šumům v korporacích a kvůli dělbě moci mezi orgány a členy orgánů zvláštní korporační formy iracionality. Možnost jiné volby často nemají nejen spotřebitelé, ale ani podnikatelé. Přitom nezáleží na tom, zda jsou malí nebo velcí, ale spíš na tom, zda jsou vysoce specializovaní; závisí proto na *konkrétním* partnerovi.

Požadavek na jednotný standard ochrany proti nekalým obchodním praktikám (NOP) s odkazem na možnost srovnatelných vyjednávacích pozic a možností ve vztazích B2C a B2B je ovšem poněkud marginalizován faktem, že zásadně a ve většině případů se situace v těchto dvou skupinách vztahů přece jen liší. Právo upravuje především hromadně se vyskytující a typové situace. Spotřebitel se chrání především jako slabší strana a tento standard ochrany nemá zásadně opodstatnění ve vztazích B2B. Volnější standard vycházející z ochrany slabšího ve vztazích B2B by byl nedostačující pro vztahy B2C. Diferencovaný standard kontroly by takové obtíže mohl zažehnat a poskytl by flexibilnější a předvídatelnější výsledky.<sup>15</sup>

## 2 NOP vůči spotřebiteli (B2C) a mezi podnikateli (B2B)

### 2.1 Zelená kniha o NOP mezi podniky

Zelená kniha o NOP mezi podniky<sup>16</sup> patrně směřuje k diferencovanému standardu ochrany – míří totiž na užší okruh NOP nežli směrnice o NOP ve vztahu ke spotřebitelům na vnitřním trhu.<sup>17</sup>

V Zelené knize vyjadřuje Komise obavy z nerovnovážné situace, do níž se dostávají silnější a slabší strana bez ohledu na to, kdo je dodavatelem a kdo kupujícím. Vydání dokumentu pramenilo z obav ze zvýšené koncentrace a vertikální integrace na trhu, ze vzniku mezinárodních nákupních sdru-

<sup>15</sup> Takový standard se podle posledně cit. autora pokouší zavádět CESL (Common European Sales Law) v čl. 83 a 86. Viz Sdělení Komise Evropskému parlamentu o jednotném evropském právu prodeje COM (2011)636 final. Srov. Drygala v cit. práci, str. 50, str. 45.

<sup>16</sup> Srov. Zelenou knihu o NOP mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinářského a nepotravinářského zboží, COM (2013) 37, z 31. 1. 2013. Ta byla doplněna o shrnutí (*Summary*) odpovědi k této Zelené knize a o Sdělení Komise týkající se nekalých (nepoctivých – *unfair*) obchodních praktik v potravinových řetězcích B2B z 15. 7. 2014 COM(2014) 472 final.

<sup>17</sup> Směrnice 2005/29 ES z 11. 5. 2005.

žení a ze vzrůstu poptávkové moci. Tyto okolnosti podle Komise vedou ke zvýšenému výskytu NOP a nevyvážených obchodních podmínek, které jsou v hrubém rozporu s dobrou obchodní praxí a s poctivostí. Jejich společným znakem je podle Zelené knihy přenos nákladů a podnikatelského rizika na slabší smluvní stranu.

Jak vidno, jde ve skutečnosti o NOP mocných obchodních řetězců vůči dodavatelům při před-smluvních jednáních, které se nakonec promítnou ve smluvních ujednáních. Nejedná se tedy ani o nekalou soutěž či o nedovolené obchodní praktiky v obchodních vztazích, ale o ochranu menších a středních podniků (podnikatelů) proti zneužívajícím smluvním ujednáním.<sup>18</sup>

Tyto záležitosti se ve vztazích mezi profesionály řeší vesměs soudně za pomoci korektivů obsahové správnosti smluv (dobré mravy, poctivý obchodní styk, apod.). Nepokrývá je zákaz zneužívajících klauzulí uplatňovaných na příslušném relevantním trhu dominantním soutěžitelem, protože dotčené řetězce dominantního postavení na trhu nedosahují. Dopad takových praktik na funkčnost společného trhu je tedy spíše hypotetický a okrajový nežli zásadní – zpochybňuje se i samotná kompetence EU vydávat tento druh předpisů upravujících poctivost v obchodních vztazích profesionálů.<sup>19</sup>

Pokud by se navíc celoevropská ochrana proti nepoctivosti měla vztahovat jen na malé a střední podniky, byla by velmi nepřesně ohraničena, protože jejich vymezení je arbitrární (na rozdíl od konceptu dominantního postavení na trhu). Některé praktiky označené jakožto nekalé *per-se* (a tudíž zakazované) přitom mohou být efektivní a mohou přinášet prospěch spotřebitelům a prospívat i ostré soutěži, která probíhá i prostřednictvím obchodních podmínek.

Paušální a plošné narušení smluvní svobody předpokládanou evropskou právní úpravou při absenci zásadního a věrohodného obecného zájmu se dá stěží ospravedlnit. Specifická plošná regulace<sup>20</sup> by vedla k roztržtění a nesourodosti evropského práva v oblasti antitrustu, nekalé soutěže a smluvního práva, které umožňují jevy avizované v Zelené knize řešit systémově. Vyvolala by navíc zbytečný regulatorní konflikt se soukromou

smluvní autonomií. Regulace obchodních vztahů, které průkazně neohrožují fungování společného trhu, nepatří navíc do působnosti Komise.<sup>21</sup>

## 2.2 Druhy NOP

Zelená kniha o NOP mezi podniky je ve srovnání se směrnicí o NOP ve vztahu ke spotřebitelům 2005/2009 ES méně kazuistická. To nemusí být vůbec výrazem větší liberálnosti, ale i odlišné funkce Zelených knih a směrnic. Komise uvedla sedm druhů NOP, která se v mnoha členských státech EU vnímají jako běžný jev.<sup>22</sup>

### 2.2.1 Nejednoznačné smluvní podmínky

se považují za nejběžnější formu nekalých obchodních praktik. Jejich podstatou je, že umožňují „ukládat“ doplňkové závazky slabší smluvní straně.<sup>23</sup> Jasnost, transparentnost a jednoznačnost smluvních formulací není ovšem „jen“ požadavek obchodní poctivosti, ale především konstitutivní znak právního jednání. Evropským nerealistickým plošným opatřením se samozřejmě smluvní strany nemohou vymanit z víceznačnosti formulací psaných přirozeným jazykem a navíc v určitém proměnlivém kontextu. Platí přece běžná výkladová pravidla v případě nejasnosti.<sup>24</sup> Požadavek přiměřenosti sankcí je též zakotven v soukromém právu a běžně judikován.

Jednostranné uložení závazku ve smluvním soukromém právu nepřipadá v úvahu - něco jiného je ev. dohoda o změně závazku s odkládací podmínkou. Naše soukromé právo zakotvuje rovněž

<sup>21</sup> Srov. Hilty, R. M., Henning-Bodewig, F., Podszun, R. Comments of the MPI for Intellectual Property and Competition Law, Munich of 29 April 2013 on the Green Paper of the EU on Unfair Trade Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe Dated 31 January 2013, Com (2013) 37 Final, IIC 2013, s. 701 a násl.

<sup>22</sup> Přiznává se ovšem nesouhlas části odborné veřejnosti s jakýmkoliv seznamem praktik, protože ty se mají posuzovat případ od případu, resp. se doporučuje sestavit seznam praktik žádoucích, ale na dobrovolném základě – srov. Summary of responses to the European Commission Green Paper „Unfair Trade Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe“, str. 21. Přístupno na [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/summary-of-responses\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/summary-of-responses_en.pdf).

<sup>23</sup> Srov. bod 5.1 Zelené knihy.

<sup>24</sup> Srov. § 55 a násl. ObčZ.

<sup>18</sup> Srov. Stuyck, J. Verbraucherschutz für KMU? *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherschutz*, 2013, 3, str. 121.

<sup>19</sup> Zelená kniha samozřejmě není právní předpis, ale vyjadřuje přinejmenším právně politický zájem na budoucí právní regulaci.

<sup>20</sup> Zamýšlejíci upravit chování řetězců potravinářských i nepotravinářských, tedy všech.



obecnou ochranu slabší strany, a to i s podnikatelským statutem, proti vytváření nebo zneužití závislosti a k dosažení zřejmé a nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech stran.

### 2.2.2 Neexistence písemných smluv

Je jasné, že nekalé obchodní praktiky se snadněji uplatňují, pokud se smlouvy neuzavírají písemně, neboť slabší straně chybí trvalý důkaz. Pokládat však za příznak poctivosti obchodního styku písemnost kontraktace je krátkozraké. Může to vést ke zbytečným transakčním nákladům, k prodlevám a neefektivnostem. To platí i pro požadavek, aby obsah ústních smluv byl po jejich uzavření potvrzen v písemné formě alespoň jednou smluvní stranou.<sup>25</sup>

### 2.2.3 Změny smlouvy se zpětnou účinností

Některé z těchto změn mohou být sjednány korektně a oprávněně, ale samozřejmě by mohly být i nekalé, jestliže nebyly předem dohodnuty s dostatečnou přesností.<sup>26</sup> Plošný zákaz takových změn jen proto, že jsou (také, jako ostatně vše) zneužitelné, by byl neopodstatněnou přeregulací.<sup>27</sup> Požadavek, aby každá dohoda přesně stanovila okolnosti a pravidla, na základě kterých strany mohou změnit její podmínky, je elementárním soukromoprávním příkazem; při absenci takové dohody se použijí vyvážená zákonná řešení včetně obsahové kontroly správnosti.

### 2.2.4 Nepoctivé přenesení obchodního rizika

Přenesení rizika na druhou stranu<sup>28</sup> je součástí komplexu smluvních ujednání a je mnoha vazbami spojeno s ujednáními o ceně, slevách, pojištění, zárukách, atp. Paušální ambiciózní zákaz soukromoprávního vyvažování, zabráňující zahrnutí alokace rizika mezi parametry obchodní dohody, je nesmyslný.

<sup>25</sup> Cit. Zelená kniha, str. 19. ObčZ (§ 559 a násl.) vychází z principu opačného. Sektorově omezený zákon o významné tržní síle č. 395/2009 Sb. v příloze č. 3 stanoví naopak, že smlouva mezi dodavatelem a odběratelem je uzavírána písemně a nelze ji měnit bez písemného souhlasu obou smluvních stran.

<sup>26</sup> Pak by ovšem platilo to, co bylo řečeno k bodu 2.2.1.

<sup>27</sup> Kdyby se mělo zakazovat vše zneužitelné, nesmělo by se v důsledku vůbec nic. Zneužití práva je přece exces, na který jsou stanovena zvláštní pravidla používaná případ od případu.

<sup>28</sup> Jako např. i to, že odpovědnost za ukradené zboží se uplatní v plném rozsahu k tíži dodavatele.

Hovoří se proto jen o „nepoctivém“ přenesení rizika. To je ovšem otázka vlastních standardů smluvních stran a navýsost soukromoprávního posouzení v jednotlivém případě. Týká se to i např. poplatků za propagaci a dopravu, za služby spojené s používáním místa na regálech, atd., které mohou být nezávadné, ale i nepřiměřené a zneužívající.<sup>29</sup> Soudy a jiné orgány by neměly nahrazovat svobodnou koordinaci zájmů smluvních stran, projevující se i v distribuci a alokaci rizika. Excesy se běžně eliminují prostřednictvím antitrustového práva, práva proti nekalé soutěži a práva smluvního včetně tradiční judikatury.

### 2.2.5 Nepoctivé používání informací

Tvrzení, že ani oprávněné požadavky smluvní strany na určité informace o nabízených výrobcích by neměly vést k vyvinutí vlastního konkurenčního výrobku, který by slabší stranu připravil o výsledky její inovace, je všeobecné. Antitrustové právo řeší tuto otázku speciálně.<sup>30</sup> Další praktiky z této kategorie (odepření podpisu dohody o důvěrnosti údajů nebo nedodržení důvěrnosti) jsou zase podchyceny úpravou soukromého práva smluvního, resp. práva proti nekalé soutěži.

### 2.2.6 Nepoctivé ukončení obchodního vztahu

Uznává se, že ukončení vztahu je součástí podnikatelského života; nicméně by se nemělo používat jako prostředek k šikanování smluvní strany (náhlé a neodůvodněné ukončení bez přiměřené výpovědní lhůty). Korektnost (spravedlivost) ukončení smluvní spolupráce se však opět řeší dostatečně v právu antitrustovém a v obecném právu smluvním, a to striktně na individuální a kontextové bázi (obchodní poctivost, dobrá víra a oprávněné očekávání, návratnost investic, atp.).

<sup>29</sup> Jakési „maximy“ obchodní poctivosti, které se uvádějí (tamtéž – Zelená kniha, str. 19–20), totiž že smluvní strany by se neměly pokoušet „nenáležitě“ přenést své riziko na druhého, nebo že úplaty za „oprávněné“ služby by měly odpovídat jejich hodnotě, či že strany by nikdy neměly požadovat platbu za neposkytnuté zboží nebo služby, a že by neměly požadovat platby zjevně nepřiměřené hodnotě či nákladům poskytnuté služby, jsou právně redundantní a patřily by spíše do dobrovolného etického kodexu.

<sup>30</sup> Nařízení o blokových výjimkách ze zákazu dohod omezujících soutěž při přenosu technologií, nebo judikatura ke zneužití dominantního postavení podle čl. 102 SFEU.

### 2.2.7 Teritoriální omezení nabídky

Tato praktika může bránit obchodníkům v přeshraničních nákupech stejného zboží z centrálního místa a v jeho distribuci do jiných členských států. Teritoriální omezení umožňují fragmentaci trhu mohou vést ke značně rozdílným velkoobchodním cenám mezi jednotlivými zeměmi. Je-li ovšem nepříznivě ovlivněn obchod na společném trhu, působí protikartelové právo včetně úpravy vertikálních omezení. Označit však tuto praktiku paušálně jako nekalou<sup>31</sup> je neadekvátní. Důvodem legitimních teritoriálních omezení nabídky může být třeba<sup>32</sup> zabezpečení dodávek na místní trh; obrana před parazitováním distributora na marketingových aktivitách jiného; ochrana investice distributora při vstupu na nový trh; dosažení úspor z rozsahu díky omezenému počtu distributorů; zájem na kvalitativním standardu pro distributory, aj.

### Závěrem<sup>33</sup>

Snahu zabezpečovat poctivost a přiměřenost obchodních podmínek ve vztazích mezi podnikateli centrálně, mimosektorově a celoevropsky vidím kriticky. Jde o druh nadbytečné regulace, na rozdíl od sjednocení náhledu na nekalé obchodní praktiky ve vztahu ke spotřebitelům, které je příspěvkem k vytvoření jednotného standardu tzv. práva spotřebitelského. Vedlo by k nesoudržnosti již existujících nástrojů, které funkčně a s větší selektivitou pokrývají to, co by hodlala ambiciózní Zelená kniha podchytit plošně, ale za cenu zbytečných omezujících intervencí do soukromé smluvní autonomie.

Ani tv. faktor strachu údajně bránícího tomu, aby se slabší subjekty zasazovaly o svoje práva formou soukromoprávní ochrany, se paternalismem státu či EU neodstraní.<sup>34</sup> Skutečně slabší strana si

nedovolí namítat proti silnější a nevyužije oportunisticky ani „deštník“ veřejnoprávní regulace jako součást boje s konkurenty. Chránit veřejnoprávními prostředky bychom měli z dobrých důvodů především soutěž a spotřebitele. Obecně slabší (včetně menších podnikatelů) necht' se chrání soukromoprávními cestami.

### Summary

The relationship between an entrepreneur (businessperson) and a consumer (B2C) is usually considered to be asymmetric due to its very substance. It is termed as structure-based power imbalance. Important difference in bargaining power may nevertheless occur in B2B relations, too; it concerns at least small and middle-sized entrepreneurs (SME). The reasons thereof are similar – different economic power of contracting parties, limited rationality, and information asymmetry. Therefore, general customer protection (instead of consumer protection) against unfair trade practices is being considered.

European Commission has issued Green Paper „Unfair Trade Practices in the Business-to Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe“ in 2013. It concerns B2B relations and aims at covering all supply chains regardless of food supply sector. Several unfair practices are indicated (retroactive misuse of unspecified, ambiguous or incomplete contract terms; excessive and unpredictable transfer of costs or risks to the counterparty; unfair use of confidential information; unfair termination or disruption of a commercial relationship).

The article critically comments this attempt to safeguard the fairness and proportionality of commercial terms by means of centrally aimed, EU-wide and across-the sectors intended public law measures. It might endanger the coherence of the existing and well-working selective tools and the private law autonomy of contracting parties. Public law means should be used in protecting competition and consumers. The protection of generally weaker party should be accomplished by private law means.

(str. 28). „Hájení práva jest zároveň povinností ku společnosti.“ (str. 48). „Také na půdě soukromého práva jedná se o boj práva proti nepravu, o společný boj celého národa, ve kterém všickni pevně musí státi k sobě; také zde dopouští se každý prchající zrady na společné věci, neboť posiluje moc odpůrcovu, zvyšuje jeho odvážlivost a smělost“ (str. 50). Rozšíření kolektivních či reprezentativních žalob proti nekalým obchodním praktikám by mohlo k naplnění „boje za právo“ určitě přispět, ale to je jiná kapitola.

<sup>31</sup> To může nastat v případě, že se na jednom trhu prodává pod náklady při křížovém financování z jiných trhů.

<sup>32</sup> Srov. cit. Summary, str. 23.

<sup>33</sup> Sluší se omluvit jubilantovi, že závěr přichází dříve, nežli by z logiky příspěvku článku přijít měl, ale ostatní v řadě gratulantů jsou na tom podobně. Pominuty byly zejména konkrétní a funkčně plnohodnotné nástroje současněprávní a smluvně právní ochrany včetně obecné ochrany slabší strany a dále specifické problémy úpravy tzv. významné tržní síly.

<sup>34</sup> Ani dnes neztratily svůj étos vzletně formulované myšlenky Dr. Rudolfa Iheringa z r. 1872 (Boj za právo, Nákladem vydavatele „Rozhledů“ Jos. Pelcla, V Praze 1897): „Odpor proti mrzkému, samu osobu k odporu vybízejícímu bezpráví jest povinností oprávněnce k sobě samému, neboť jest příkazem mravního sebezachování“

## (Niektoré) Zmluvnoprávne aspekty práva proti nekalej súťaži

Kristián Csach\*

V príspevku by autor rád vzdal hold jubilantovi nadviazaním na dve z oceánu jeho myšlienok, a to na úvahy o sudcovskej skutkovej podstate nekalej súťaže – porušení noriem z iných právnych predpisov s dôsledkami pre súťažné postavenie<sup>1</sup> a na úvahu, že porušenie zákazu nekalých obchodných praktík je postihovateľné konkurenčnými žalobami aj ako nekalosúťažné konanie.<sup>2</sup> Tieto úvahy by rád premietol do kontextov zmluvného práva.

### *Nekalosúťažná ochrana zmluvnoprávných pozícií?*

Nekalosúťažné aktivity sú často spojené s určitou zmluvou. V prvom rade je to určitá **negociačná okolnosť**, ktorá predstavuje nekalú súťaž (klamlivé označenie, parazitovanie na povesti iného súťažiťa a podobne). Je ale zmluva neplatná iba preto, lebo bola uzatvorená pod určitým vplyvom nekalosúťažného konania? Odpoveď na takto položenú otázku by nemala byť zložitá. Podľa čl. 3 ods. 2 smernice o nekalých obchodných praktikách<sup>3</sup> sa smernica nedotýka zmluvného práva, najmä pravidiel o platnosti, uzavieraní alebo účinkoch zmluvy. Podľa názoru Súdneho dvora EÚ zistenie prípadnej nekalej povahy určitej praktiky nemá priamy

vplyv na posúdenie platnosti uzatvorenej zmluvy.<sup>4</sup> Z toho ale nie je možné vyvodit' záver, že existencia nekalej praktiky nemá žiadny súkromnoprávny následok prejavujúci sa v zmluvnom práve. Súkromnoprávne následky nekalej obchodnej praktiky vo vzťahu k platnosti či trvaniu zmluvy sa posúdia v rámci klasických inštitútov súkromného práva (omyl, zodpovednosť za *culpa in contrahendo* a podobne).<sup>5</sup> Rovnaké by ako základné pravidlo mohlo platiť aj vo vzťahu k ostatným prípadom nekalosúťažného konania.

Aj **samotná zmluvná povinnosť, resp. jej porušenie** môže predstavovať nekalú súťaž. Napríklad *Kotásek* v nadväznosti na nemeckú a rakúsku judikatúru navrhuje, aby sa porušenie zmluvy hodnotilo ako nekalosúťažné konanie, ak spĺňa podmienky generálnej klauzule nekalej súťaže.<sup>6</sup> Nesplnenie zmluvných povinností podľa neho spĺňa podmienku konania v hospodárskej súťaži, ak je porušenie zmluvy v podstate obchodnou stratégiou porušiteľa, ako aj v prípade ak sa zmluva ako taká vzťahuje na účasť v súťaži (napríklad konkurenčné doložky).<sup>7</sup>

Nekalosúťažné aspekty môže mať aj **porušenie pravidiel zmluvného práva, ktoré vedú k neplatnosti zmluvného dojednaní**. Môže sa zdať, že takto postavený problém nie je potrebné tematizovať, keďže vo vzťahu porušiteľa k druhej zmluvnej strane bude mať zmluvná strana v podstate všetky relevantné nároky zahrnuté už v zmluvnom práve, resp. v práve bezdôvodného obohatenia. Situácia je však odlišná, pokiaľ ide o nároky tretích osôb, konkurentov porušiteľa. Tí, ako vieme, sa nemôže v rámci zmluvného práva dovoliavať neplatnosti zmluvy uzatvorenej medzi inými stra-

\* Doc. JUDr. Kristián Csach, PhD. LL.M., pôsobí na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Univerzity Pavla Jozefa Šafárika, Právnickej fakulty, je externým lektorom Justičnej akadémie Slovenskej republiky a Of Counsel PRK Partners s.r.o.

<sup>1</sup> Hajn, P. Komunitární a české právo proti nekalé soutěži. Brno. MU. 2010, s. 61, s. 135. Pozri aj Ondrejová, D. Tzv. soudcovské (nepojmenované) skutkové podstaty nekalé soutěže pohledem nové systematiky. *Obchodněprávní revue*. 2014, č. 10, s. 287 a nasl.

<sup>2</sup> Hajn, op. cit. s. 54, s. 113.

<sup>3</sup> Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu, a ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 84/450/EHS, smernice Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 („smernica o nekalých obchodných praktikách).

<sup>4</sup> Pozri napr. uznesenie Súdneho dvora EÚ vo veci C-433/11 „SKP“ z 8. novembra 2012, bod 30 a rozsudok vo veci C-453/10 „Pereničová a Perenič“ z 15. marca 2012, body 45 a 46.

<sup>5</sup> K tomu pozri aj Zavadová, D. Nekalé obchodné praktiky a ich vplyv na platnosť právnych úkonov vo finančných službách. *Súkromné právo*, 2015 (v tlači).

<sup>6</sup> *Kotásek*, J. Nesplnění smluvních povinností jako nekalá soutěž. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2/2009, s. 76-80.

<sup>7</sup> Pozri aj rozhodnutie Vrchného súdu v Prahe sp. n. 3 Cmo 253/97 z 29. 1. 1999.

nami. Potenciálna žaloba konkurenta na zdržanie sa nekalosúťažnej činnosti by tak efektívne mohla suplovať nedostupnú konkurenčnú žalobu o zdržanie sa používania zmluvných textov, obsahujúcich neplatné doložky.

Skúmajme pritom, ako sa nároky a prostriedky ochrany dvoch rôzne poškodených subjektov – zmluvného partnera a konkurenta – vzájomne ovplyvňujú. Má zmluvný partner k dispozícii aj nároky vyplývajúce z nekalej súťaže a naopak, majú nekalosúťažné prostriedky ochrany konkurenta vplyv na zmluvné pozície porušiteľa a kontrahenta?

Úvahu je možné otvoriť nadviazaním na názor *Kotáška*, že ak je systematické neplnenie zmluvných povinností nekalosúťažným konaním, tak aj systematické uzatváranie neplatných zmlúv by mohlo predstavovať takéto konanie. Môžeme totiž vychádzať z toho, že aj kvalita zmluvného dojednaní (rozloženie práv a povinností) je ekonomickým statkom a prejavuje sa v cene za plnenie.<sup>8</sup> Navyše, aj pri neplatných zmluvných dojednaniach existuje riziko ich dobrovoľného plnenia zo strany kontrahenta, resp. odstrašenia od uplatňovania si práva, čím sa porušiteľ dostáva do výhodnejšieho postavenia. Môžeme tak rozvíjať úvahu, či aj pravidlá zmluvného práva predstavujú také predpisy, porušenie ktorých má dôsledky pre súťažné postavenie.

Namiesto širokého skúmania, či neplatnosť zmluvného dojednaní predstavuje nekalosúťažné konanie sa zamerajme najprv na výsek problému, a to či a za akých podmienok by mohla byť určitá neplatná zmluvná doložka nekalou obchodnou praktikou. Začneme špecifickým prípadom neplatnosti, neprijateľnými (nekalými alebo neférovými) klauzulami v štandardných spotrebiteľských zmluvách.

### ***Neprijateľná (neférová) zmluvná podmienka ako nekalá obchodná praktika***

Zaujímavé poznatky o problematike môžeme získať pohľadom na blízke zahraničie. Z rovnakých dôvodov ako *Kotášek* si volíme rakúsku a nemeckú judikatúru a doktrínu pre náčrt možného vzorového riešenia problému. V nemeckej právnej vede sa pomerne nedávno objavovali úvahy o konkurenčnej ochrane pri používaní neplatných štandardných zmluvných klauzúl.<sup>9</sup> Doktrína uvažovala o tom,

že aj neplatnosť zmluvného dojednaní v dôsledku porušenia zákazu neprijateľných zmluvných podmienok je porušením normy regulujúcej správanie sa na trhu (*Marktverhaltensregelung*) požadovanej v zmysle § 4 č. 11 nemeckého zákona o nekalej súťaži (nemUWG). Judikatúra nižších súdov sa ale spočiatku neustálila a judikatúra BGH chýbala.

Judikátorne bola otázka tematizovaná najprv v rakúskom práve. Podľa rakúskeho Najvyššieho súdneho dvora (OGH) je používanie neprijateľných zmluvných podmienok iným nekalým konaním v zmysle § 1 ods. 1 č. 1 rakúskeho zákona o nekalej súťaži (rakUWG), vyžadujúcim okrem iného aj citelné a neodôvodnené ovplyvnenie súťaže. To je splnené tým, že súťažiteľ získava v právnom a hospodárskom zmysle výhodnejšiu pozíciu na úkor ostatných súťažiteľov.<sup>10</sup> Podľa rakúskeho práva tak nekalá zmluvná podmienka ale aj iný dôvod neplatnosti zmluvy má nekalosúťažnú relevanciu, ak ide o:<sup>11</sup>

- objektívne porušenie všeobecnej právnej normy, a to bez ohľadu na jej obsah či účel,<sup>12</sup>
- musí ísť o zásah citelný, teda mať nie len zanedbateľný vplyv na súťaž, pričom v oblasti spotrebiteľského práva postačí možnosť citelného zásahu a
- porušenie predpisov sa má odvíjať od výkladu, ktorý už nie je rozumne akceptovateľný, a preto musí ísť o porušenie právnych noriem, ktoré nepripúšťajú rôzny výklad.

Z prehľadu vidíme, že neplatné zmluvné dojednanie bude posudzované optikou skutkovej podstaty obdobnej porušeniu verejnoprávnych predpisov ale bez účelovej špecifikácie noriem, ktoré mali byť porušené.

O mesiac neskôr rozhodol podobne aj nemecký Spolkový súdny dvor (BGH) v prípade profesionálneho predávajúceho na *ebay*, ktorý vo svojich obchodných podmienkach vylúčil svoju zodpovednosť za vady predanej veci.<sup>13</sup> BGH vychádzal z toho, že klauzuly vylučujúce alebo obmedzujúce nároky z vád v spotrebiteľských zmluvách môžu byť posudzované aj ako nekalé obchodné praktiky. Podľa BGH konanie, ktoré odporuje pravidlám

Geschäftsbedingungen? *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, s. 177 a nasl.

<sup>10</sup> OGH sp. zn. 4 Ob 99/09a z 23. 2. 2010.

<sup>11</sup> Prunbauer – Glaser, M. AGB-Kontrolle über das UWG? *Recht und Wettbewerb*. November 2010, s. 4 a nasl.

<sup>12</sup> Na rozdiel od požiadavky nemeckej doktríny, vyžadujúcej pravidlo, ktoré pôsobí *marktverhaltensregelnd*.

<sup>13</sup> BGH sp. zn. I ZR 34/08 z 31. 3. 2010.

<sup>8</sup> Csach, K. Štandardné zmluvy. Aleš Čeněk. Plzeň, 2009, s. 123 a nasl. a s. 126 a nasl.

<sup>9</sup> Zásadnejšie najmä Köhler, H. Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner

preberajúcim európske predpisy spravidla porušuje aj vyžadovanú odbornú starostlivosť. Rozhodujúce však bolo to, že doložka o obmedzení zodpovednosti za vady alebo škodu predstavujúca neprijateľnú klauzulu a porušujúca pravidlá o zodpovednosti za vady pri spotrebiteľskej kúpe tovaru predstavuje porušenie pravidla regulujúceho trhové správanie sa v zmysle § 4 č. 11 nemUWG, a možný je tak aj jej postih konkurentom.<sup>14</sup> Podľa iného rozhodnutia BGH je aj reklama s klauzulou o vylúčení zodpovednosti za vady súťažným konaním: „Dojednanie vylúčenia nárokov zo zodpovednosti za vady je spôsobilé ušetriť podnikateľovi náklady, ktoré vzniknú tým, že – hoci neplatné – vylúčenie zodpovednosti kupujúceho odradí, aby si svoje nároky uplatnil. Podnikateľ tým získa možnosť ponúkať za tovar nižšie ceny. Napadnutá klauzula je preto spôsobilá podporiť predaj tovaru porušiteľa.“<sup>15</sup>

V oboch krajinách tak dostali konkurenti k dispozícii ďalší prostriedok konkurenčného boja, a to či už v rámci bežného režimu nekalej súťaže, alebo jej konkretizácie – úpravy nekalých obchodných praktík. V slovenskom a asi aj v českom práve nemusí byť situácia zásadne odlišná.

Odhliadnuc od zoznamu osobitných skutkových podstát agresívnych a klamlivých obchodných praktík sledujme, či zahrnutím neprijateľnej/nekalej podmienky nie sú naplnené podmienky generálnej klauzuly nekalých obchodných praktík (porušenie odbornej starostlivosti a potenciál ohroziť správanie sa spotrebiteľa),<sup>16</sup> či už v zmysle § 7 ods. 2 slovenského zákona o ochrane spotrebiteľa<sup>17</sup> ale aj smernice o nekalých obchodných praktíkách.

Vychádzajme z toho, že nie je *pojmovo* vylúčené, aby nekalou obchodnou praktikou bolo aj používanie určitého zmluvného dokumentu, dovolávanie sa jeho obsahu či oboznamovanie spotrebiteľa s ním. Podmienku, podľa ktorej by neprijateľná/nekalá podmienka mala mať **spôsobilosť narušiť ekonomické správanie spotrebiteľa** považujeme vzhľadom

na už uvedené (potenciál odvrátiť spotrebiteľa od uplatňovania si práva a podobne) za splnenú. Otázku, či zahrnutím neprijateľných/nekalých podmienok došlo k **porušeniu odbornej starostlivosti** sa podľa názoru autora žiada vnímať v dvoch smeroch.

Po prvé, ako **protiprávnosť**, teda ako rozpor so zákazom neprijateľných / nekalých zmluvných podmienok, ktorý by mal byť posudzovaný podobne ako v prípade abstraktnej kontroly spotrebiteľských zmlúv (v konaní na základe žaloby iniciovanej spotrebiteľským združením), a teda bez ohľadu na konkrétny prípad individuálneho spotrebiteľa. Výsledkom sporu bude totiž nie len rozhodnutie o právach a povinnostiach v konkrétnom prípade, ale generálny zákaz používania nekalých podmienok (aj keby v určitej zmluvnej konštelácii sa mohli javiť ako prijateľné, napríklad s ohľadom na konkrétny predmet zmluvy).

A po druhé, protiprávnosť má byť **neospravedlivo**, resp. konanie podnikateľa má byť neodôvodnené. Myslíme si, že nekalá obchodná praktika by mala byť sankcionovaná v zmysle generálnej klauzuly ako porušenie odbornej starostlivosti až v prípade, ak rozumný podnikateľ (odborná starostlivosť, nie *ex ante* neomylnosť) mohol považovať klauzulu za neprijateľnú. Najmä v sporných prípadoch, nedostatku výsledkov rozhodovacej činnosti súdov by nemalo každé porušenie zákazu neprijateľnej klauzuly, ustálené *ex post* byť považované za porušenie odbornej starostlivosti podnikateľa (porovnaj už uvedenú argumentáciu OGH). Minimálne malý či stredný podnikateľ je v prvom rade podnikateľom a nie právnym expertom.

Porušenie zákazu neprijateľných / nekalých klauzúl by tak mohlo spravidla predstavovať nekalú obchodnú praktiku (s výnimkou vyššie uvedenej odôvodnenosti / ospravedlivosť počínania si porušiteľa). Zmluvnoprávna korekcia tak môže byť podľa slovenského, ale zrejme aj podľa českého práva uskutočnená aj cestou nekalosúťažnej konkurenčnej žaloby.

### **Iné dôvody neplatnosti zmluvného dojednania ako nekalá obchodná praktika?**

Vynára sa otázka, aké ďalšie dôvody neplatnosti, resp. porušenie akých iných noriem zmluvného práva by mohli predstavovať nekalú obchodnú praktiku? Právo nekalej súťaže, úprava nekalých obchodných praktík či iná regulácia férovosti vystupovania podnikateľa na trhu by nemala stavať na hlavu základné východiská zmluvnopráv-

<sup>14</sup> Potvrdené aj BGH sp. zn. I ZR 45/11 z 31. 5. 2012 vo vzťahu k neurčitej dobe dodania.

<sup>15</sup> BGH sp. zn. I ZR 140/08 z 19. 5. 2010.

<sup>16</sup> K stupňovitému testovaniu pri posudzovaní nekalých obchodných praktík pozri aj Dobrovodský, R. Test nekalosti správania sa podnikateľov k spotrebiteľom v slovenskom práve. *Ingerencia súdov do súkromnoprávných zmlúv: Zásahy súdov do kontraktáčného procesu*. Pezínok. Justičná akadémia SR, 2013, s. 125-152.

<sup>17</sup> Zákon č. 250/2007 Z.z. o ochrane spotrebiteľa a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov.

nej regulácie. Iba taký dôvod neplatnosti, ktorý nie je obmedzený na vyrovnanie práv a povinností medzi zmluvnými stranami a ktorý môže mať dôsledky na postavenie tretej osoby by mal byť posudzovaný ako nekalá obchodná praktika. Ak by išlo iba o porušenie takého pravidla správania sa, ktoré je postihované relatívnou neplatnosťou, resp. inou formou obmedzenej napadnuteľnosti právneho úkonu, nie je dôvod, aby do tohto právneho vzťahu zasahovali tretie osoby, vrátane konkurentov. Rovnako by nárok nemal byť dôvodný v prípade, ak nekalosť určitého zmluvného dojednaní nemôže viesť k súťažnej výhode porušiteľa (napríklad v prípade, ak by takúto doložku používal aj sám konkurent, alebo ak by predstavovala tzv. *market standard*).

Rozhodnutie zákonodarcu o obmedzenom rozsahu napadnuteľnosti právneho úkonu by sa malo pretaviť aj do práva nekalej súťaže, resp. nekalých obchodných praktík. V prípade porušenia spotrebiteľského práva však s ohľadom na možnosť abstraktnej kontroly zmluvného dojednaní združeniami nebude toto obmedzenie zohrávať zásadnejšiu rolu. Avšak, aj do ochrany pred nekalými praktikami sa žiada vinterpretovať závery judikatúry Súdneho dvora EÚ vo vzťahu k podmienenej platnosti neprijateľnej podmienky. Preto, ak sa spotrebiteľ – súc súdom poučený – rozhodne, že sa bude dovoľávať neprijateľnej podmienky, stráca sa protiprávnosť a nepôjde ani o nekalú obchodnú praktiku.

Priznajme, že vo výsledku pôjde o požiadavku obdobnú nemeckému právu vyžadujúcemu rozpor s pravidlom regulujúcim trhovú správanie sa podnikateľa.

### ***Kolízia nárokov z nekalej súťaže a abstraktnej ochrany neprijateľných zmluvných podmienok***

Z uvedeného vyplýva, že rovnaký účinok by mohol byť dosiahnutý dvoma rozdielnymi mechanizmami: konkurenčnou žalobou na zdržanie sa určitej nekalej obchodnej praktiky, alebo žalobou na zdržanie sa používania nekalých zmluvných podmienok. Samotná skutočnosť, že v rámci úpravy nekalých zmluvných podmienok nie sú výslovne prípustné konkurenčné žaloby (na rozdiel od žalôb spotrebiteľských združení) ešte nemá obmedzovať možnosť konkurenta na základe inej právnej úpravy zvoliť procesný postup, ktorého efektom je uloženie povinnosti zdržať sa používania neférových zmluvných klauzúl. Nezdá sa, že by existo-

vala určitá hierarchia medzi jednotlivými nárokmi, resp. predpismi ich upravujúcimi.<sup>18</sup>

### ***Efekt účinnej konkurenčnej ochrany na zmluvy medzi porušiteľom a tretími stranami***

Samotné pripustenie nároku konkurenta na zdržanie sa používania určitých zmluvných dojednaní (či už prostredníctvom ochrany pred nekalými obchodnými praktikami či generálnou skutkovou podstatou nekalej súťaže) nám ale ešte nedáva odpoveď na to, aké dôsledky má táto ochrana na zmluvu medzi porušiteľom a treťou osobou. Môžeme zopakovať východisko, že právo nekalej súťaže, vrátane úpravy nekalých obchodných praktík nemá automaticky priamy dopad na platnosť zmlúv.

Podľa nášho názoru úspešná nekalosúťažná konkurenčná žaloba nespôsobuje neplatnosť právneho úkonu medzi porušiteľom a treťou osobou. Neprijateľné doložky sú už postihované v režime absolútnej neplatnosti (neprihliada sa na ne od počiatku, bez ohľadu na prípadné súdne potvrdenie ich neprijateľnosti).<sup>19</sup> Súdne rozhodnutie na základe konkurenčnej žaloby by malo mať podobný účinok ako rozhodnutie o abstraktnej kontrole neprijateľných podmienok. Zo samotného rozhodnutia o konkurenčnej žalobe o zdržanie sa používania nekalých klauzúl si zmluvný partner porušiteľa nebude môcť priamo odvodzovať majetkové práva (nepredstavuje pre neho exekučný titul, iba ustálenie určitej právnej otázky). Ani cestou nároku na odstránenie protiprávneho stavu nemôže konkurent dosiahnuť uloženie nejakej povinnosti porušiteľovi voči tretej osobe, jeho zmluvnému partnerovi.

Môže byť položená otázka, či sa na rozsudok vydaný na základe žaloby konkurenta má aplikovať § 53a ods. 1 slovenského Občianskeho zákonníka, ktorým chcel zákonodarcu zrejme kompenzovať nedostatočné využívanie abstraktnej kontroly spotrebiteľských zmlúv.<sup>20</sup> Po vecnej stránke ale odpoveď

<sup>18</sup> Rovnako aj Köhler, op. cit. s. 178.

<sup>19</sup> S prihliadnutím na už spomenuté právo spotrebiteľa dovoľávať sa ich platnosti. Takže ide skôr o obrátenú relatívnu neplatnosť právneho úkonu.

<sup>20</sup> Podľa § 53a ods. 1 OZ: „Ak súd určil niektorú zmluvnú podmienku v spotrebiteľskej zmluve, ktorá sa uzatvára vo viacerých prípadoch, a je obvyklé, že spotrebiteľ obsah zmluvy podstatným spôsobom neovplyvňuje alebo vo všeobecných obchodných podmienkach za neplatnú z dôvodu neprijateľnosti takejto podmienky, alebo neprižnal plnenie dodávateľovi z dôvodu takejto

na takúto otázku nemá zásadný význam. Rozsudok v prípade úspechu žalobcu bude znieť na zdržanie sa používania určitých zmluvných podmienok, a to bez ohľadu na konkrétneho zmluvného partnera. Samotný rozsudok na základe žaloby konkurenta bude, vzhľadom na univerzálnu povahu uložených povinností, smerovať k rovnakému účinku, ako by vyplýval z tohto ustanovenia.

### **Zmluvnoprávne odčerpanie nekalosúťažnej výhody ako dôvod vylučujúci nároky z nekalej súťaže?**

Kolízia zmluvných a nekalosúťažných nárokov rôznych osôb môže spočívať aj v tom, že zmluvný partner porušiteľa si uplatní určitý nárok, ktorý vymazáva výhodu vyplývajúcu z porušiteľovho nekalosúťažného konania a otázkou bude, ako sa táto zmena stavu premietne do prípadného nekalosúťažného sporu porušiteľa a konkurenta.

Pokiaľ nie je konkurentom uplatnený majetkový nárok, ale nárok na zdržanie sa používania nekalých podmienok, tak nie je potrebné riešiť dôsledky individuálnej kompenzácie na postavenie konkurenta – kým hrozí riziko opakovania, nárok na zdržanie sa používania by mal byť odôvodnený. Nevylučujeme však, že prípadný individuálny nárok napr. na vydanie bezdôvodného obohatenia uplatnený si zmluvným partnerom porušiteľa vynuluje súťažnú výhodu porušiteľa voči konkurentovi, a teda by mala byť v takom prípade konkurenčná žaloba zamietnutá. Opačne to však neplatí. Aj keby si konkurent už úspešne uplatnil kompenzáciu nekalosúťažnej výhody, nemôže to viesť k vylúčeniu nárokov zmluvnej strany voči porušiteľovi.

### **Záver**

V príspevku sme sa snažili rozvinúť úvahu o tom, či aj neplatné zmluvné dojednanie môže predstavovať nekalosúťažné konanie, ktoré by mohlo byť postihované aj súťažiteľom. S poukazom na rakúsku a nemeckú doktrínu sme dospeli k pozitívnej odpovedi. Nie však každý rozpor s kogentným pravidlom zmluvného práva predstavuje bez

---

*podmienky, dodávateľ je povinný zdržať sa používania takejto podmienky alebo podmienky s rovnakým významom v zmluvách so všetkými spotrebiteľmi. Dodávateľ má rovnakú povinnosť aj vtedy, ak mu na základe takejto podmienky súd uložil vydať spotrebiteľovi bezdôvodné obohatenie, nahradiť škodu alebo zaplatiť primerané finančné zadostučinenie.“*

d'alšieho nekalú súťaž, resp. nekalú obchodnú praktiku, ale vždy je potrebné *in concreto* zistiť, či sú splnené podmienky generálnej klauzule nekalej súťaže alebo nekalých obchodných podmienok. *Hajnom* uvádzaná hrozba, že právo nekalej súťaže sa zmení v akýsi druh spotrebiteľského práva, ktoré iba nepriamo chráni súťažiteľa<sup>21</sup> tak postupne dostáva ďalší rozmer.<sup>22</sup>

### **Summary**

The author tried to elaborate on the issue whether an invalid contract term could be also considered unfair commercial practice or a violation of rules on unfair competition which could be enforced not only by the contractual party, but also by competitors. In accordance with the recent Austrian and German case-law the author pleaded for the applicability of general clause of unfair commercial practices on breach of consumer contracts regulation (unfair term). Thereby a void contractual term (unfair term) may fulfill the criteria set for an unfair commercial practice. However, not every conflict with mandatory contract law regulation fulfills the criteria of unfair commercial practices or unfair competition in general as the applicability of the general clause – whether within unfair competition or unfair commercial practices – is to be tested in concreto.

In order to equal a violation of the regulation on contract law to a violation of the regulation on unfair commercial practices or unfair competitions, the nullity of a contractual stipulation should fulfill at least following criteria. The contract law rule which was violated had to address the commercial behavior of the party, its violation had to have an economic impact on the competitor and shall not be directed solely towards the contractual parties and their protection. Moreover, the general clause of unfair commercial practices requires a breach of professional diligence. Not every violation of contract law regulation shall be sufficiently relevant to establish a violation of professional diligence (i.e. if the unfairness of a contractual stipulation has yet not been settled by case-law nor legal science). The same should apply to the general clause of unfair competition.

---

<sup>21</sup> Hajn. Op. cit. s. 30.

<sup>22</sup> Príspevok je súčasťou riešenia projektu podporovaného Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-0518-11.

## O variantách uspořádání podnikatelského seskupení

Stanislava Černá\*

### 1 Podřízené a nepodřízené podnikatelské seskupení

Podnikatelským seskupením ve smyslu zákona o obchodních korporacích<sup>1</sup> (§ 71 až § 91) se chápe seskupení právně samostatných obchodních korporací spojených vztahy ovládaní či jednotného řízení. Jde tudíž o *hierarchicky uspořádanou skupinu*, na jejímž vrcholu stojí osoba (případně osoby jednající ve shodě), která ostatní členy ovládá či – navíc – i jednotně řídí. Implicitně zákon rozlišuje *dva typy* podnikatelských vertikálních seskupení. Prvé je spojeno (pouze) vztahy ovládaní a zákonná úprava pro ně nemá zvláštní název. V dalším textu je označuji jako „*ovládaná skupina*“. Další podnikatelské seskupení je vyššího typu (co do vnitřní homogenity) a zákon je označuje jako „*koncern*“ (§ 79 z. o. k.). Kromě vertikálního propojení jsou možné v rámci podnikatelského seskupení i vazby vzájemné majetkové účasti mezi jednotlivými dceřinými či vnukovskými (či dále kontrolovanými) společnostmi<sup>2</sup> probíhající „po horizontále“ či křížově. Největší podnikatelská seskupení tvoří z hlediska vzájemných vazeb velmi složité struktury.

České právo podnikatelských seskupení je ve srovnávacím pohledu obecnější v tom, že jeho osobní působnost zahrnuje všechny ovládané či řízené obchodní korporace bez rozlišení jejich právní formy. V praxi ale budou jeho adresáty zejména kapitálové společnosti. Naproti tomu například švýcarská doktrína, když definuje podřízený koncern, uvádí, že tento pojem označuje efektivně prosazované podřízení právně samostatných *kapitálových* společností řídicí společnosti za úče-

lem vytvoření podnikatelsky činné hospodářské jednotky.<sup>3</sup> I německé koncernové právo je především *právem akciovým*<sup>4</sup>, resp. je jeho součástí, přičemž na ovládanou či řízenou společnost s ručením omezeným se vztahuje převážně cestou obdobné aplikace koncernového akciového práva.

V praxi se lze setkat i s podnikatelskými *seskupeními horizontálního typu*, resp. s tzv. nepodřízenými koncerny. Výslovně se o nich zmiňuje německý akciový zákon (§ 18 odst. 2 AktG), podle něhož jsou koncernem i právně samostatné podniky podřízené jednotnému řízení, aniž by byl jeden podnik na jiném závislý (*Gleichordnungskonzern, Koordinationskonzern*). Nepodřízený koncern se tudíž vyznačuje jednotným řízením na straně jedné a současně neexistencí ovládacích vazeb mezi jeho účastníky.<sup>5</sup> Německý zákonodárce neváže na spojení vzájemně nepodřízených společností žádnou domněnku. Jeho existence musí být prokázána. Nepodřízený koncern vzniká nejčastěji na základě smlouvy, jíž se vzájemně nezávislé společnosti staví pod jednotné vedení. Nejde přitom o ovládací smlouvu, protože se jí nezakládá ovládaní, resp. řízení jedné smluvní strany druhou, ale většinou je jejím právním základem společnost občanského práva. Smluvním stranám ukládá povinnost usilovat o harmonizaci jejich chování nejčastěji v určeném okruhu jejich podnikatelské činnosti za účelem dosažení cíle stanovené ve smlouvě (§ 705 BGB). Vedle smluvního nepodřízeného koncernu mohou vznikat i tzv. *faktické nepodřízené koncerny*, pokud zúčastněné společnosti koordinují svůj postup nikoli na základě formálního smluvního ujednání, ale využívají takové nástroje, jako je třeba obsazování míst ve svých statutárních orgánech týmiž osobami, porady řídicích orgánů apod. Obdobně pohlíží na horizontální koncerny například i švýcarské právní prostředí, které považuje za jejich nejčastější právní základ úpravu jednoduché spo-

\* Prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc., je vedoucí Katedry obchodního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze.

<sup>1</sup> Zák. č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech.

<sup>2</sup> V příspěvku je používán pro člena podnikatelského seskupení v ovládaném či řízeném postavení termín „společnost“ či „obchodní společnost“, neboť právě ony jsou nejčastějšími součástmi podnikatelských seskupení. To nemění nic na skutečnosti, že součástí seskupení mohou být i družstva, tedy všechny obchodní korporace.

<sup>3</sup> Böckli, P. *Schweizer Aktienrecht* 4. vydání. Schulthess 2009, s. 1180.

<sup>4</sup> K tomu Kraft, A., Kreuz, P.: *Gesellschaftsrecht*, Luchterhand 2000, s. 66 a násled.

<sup>5</sup> Schmidt, K. *Gesellschaftsrecht*. 4. vydání. Carl Heymanns Verlag KG 2002, s. 945 a násled.



lečnosti (čl. 530 obligačního kodexu). Doktrína jim ale nepřikládá větší praktický význam.<sup>6</sup>

Právní prostor pro vytváření horizontálních seskupení vytváří i české právo zejména úpravou společenské smlouvy v občanském zákoníku či možností uzavírat inominátní smlouvy. Zahraniční (ani tuzemské) právo na takové seskupení neváže zvláštní práva a povinnosti koncernové povahy. Soudržnost horizontálního podnikatelského seskupení je zajišťována čistě smluvními nástroji a hrozbou uplatnění sjednaných sankcí. Zájmy každé ze zúčastněných společností jsou chráněny především povinností péče řádného hospodáře, která při sjednávání takových dohod váže bezvýjimečně členy jejích orgánů. Úprava náhrady újmy ve smyslu koncernového práva se nepoužije, neboť z povahy tohoto seskupení vyplývá, že zúčastněné společnosti nejsou vůči sobě ve vztahu ovládnutí, které by zakládalo možnost ovlivnění. To pochopitelně nevylučuje, aby některá ze zúčastněných společností byla vystavena vnějšímu ovlivnění. Teprve potom vznikne důvod pro aplikaci speciálních ustanovení koncernového práva, nikoli ale mezi členy nepodřízeného koncernu, ale mezi členem a jej ovlivňující osobou. Bude-li účelem dohod (i) sladění postupu na relevantním trhu, bude – podle okolností – taková dohoda „testována“ právem na ochranu hospodářské soutěže.

## 2 „Ovládaná skupina“ a koncern

Vrátíme-li se k hierarchicky uspořádaného podnikatelského seskupení, resp. k jeho nižší formě, pak lze říci, že ovládanou skupinou se rozumí takové podnikatelské seskupení, na jehož špičce stojí fyzická či právnická osoba, která může na jednotlivé obchodní společnosti, které jsou do něho začleněny, uplatňovat přímo či nepřímo rozhodující vliv. Ovládající osoba může uplatňovat svůj rozhodující vliv zvláště na jednotlivé společnosti, aniž by je současně podrobila jednotnému řízení, aniž by v rámci jednotné politiky koordinovala všechny či alespoň některé složky jejich podnikání, tudíž bez to, že by z nich ekonomicky učinila jednotný celek. Takové podnikatelské seskupení bude ovládanou skupinou, nebude však koncernem. Jeho hranice jsou tudíž dány vztahy přímého či nepřímého ovládnutí dceřiných, vnukovských a dalších společností stojících na nižších stupních struktury. Ovládaná skupina se na rozdíl od koncernu vyznačuje absencí dlouhodobé koncepční koordinace činnosti ovládaných obchodních společností v rámci jed-

notné politiky, tudíž absencí jednotného řízení skupiny.

Legální definici koncernu podává ustanovení § 79 ZOK. Podle jeho odst. 1 a 2: (1) *Jedna nebo více osob podrobených jednotnému řízení (dále jen „řízená osoba“) jinou osobou nebo osobami (dále jen „řídící osoba“) tvoří s řídící osobou koncern.* (2) *Jednotným řízením je vliv řídící osoby na činnost řízené osoby sledující za účelem dlouhodobého prosazování koncernových zájmů v rámci jednotné politiky koncernu koordinaci a koncepční řízení alespoň jedné z významných složek nebo činností v rámci podnikání koncernu.* Koncern je tudíž seskupení právně samostatných obchodních (převážně kapitálových) společností, které díky částečné či úplné koordinaci jednotlivých složek podnikání jeho členů tvoří *ekonomickou jednotku*. Konkrétněji, aby bylo podnikatelské seskupení koncernem, musí vykazovat níže uvedené materiální znaky.

Koncern musí spojovat jednotný (nikoli jediný) zájem. Vzhledem k tomu, že je seskupením subjektů, které jejich zakladatelé vytvořili v soukromém zájmu za účelem dosahování zisku, lze na nejvyšší úrovni považovat za společný dlouhodobý koncernový zájem dosažení a udržení hospodářského úspěchu seskupení na národním či globálním trhu, tedy dosažení dlouhodobé prosperity a stability seskupení. I když není koncern právním subjektem, ekonomické propojení jeho členů z něj vytváří ekonomický celek. To umožňuje pracovat s kategorií zájmu koncernu jako celku, kterou nelze bez dalšího ztotožňovat se zájmem osoby řídící koncern, či se zájmem jednotlivých řízených společností, ačkoli často se budou tyto zájmy shodovat.<sup>7</sup>

Dílčími zájmy koncernu směřujícími na naplnění cílů, pro něž byl koncern vytvořen, může být zejména prosazení se na konkrétním segmentu národního či globálního trhu, snížení dopadů podnikatelských rizik velkých investičních projektů vyčleněním jedné z řízených společností pro realizaci konkrétní operace či její rozložení na několik vybraných řízených společností, diverzifikace obchodního či výrobního zaměření umožňující snížit konjunkturální výkyvy atd.

Na úrovni konkrétního obchodního případu se pak nejvyšší koncernové cíle mohou zcela konkrétně projevit v zájmu koncernu na tom, aby řízená společnost přispěla ke stabilitě koncernu tím, že poskytne (a to i ke své újmě) jiné řízené společnosti v koncernu úvěr za nestandardních podmínek

<sup>6</sup> Op. cit. sub 3, s. 1223.

<sup>7</sup> Ruedin, R. Droit des sociétés. Staempfli SA Bern 2007, s. 431 a násl.

či finanční záruku, podpořila expanzi jiné společnosti na cílový trh, uzavřela s ní smlouvu za méně výhodných podmínek, než jakých by dosáhla mimo koncern, postoupila jí část své klientely, zajímavý produkt atd. Jednat v koncernovém zájmu a podřídit se k vlastní újmě vlivu řídicí osoby může řízená společnost, resp. člen jejího orgánu pouze za podmínky, že je předpoklad, že tato újma bude v rámci koncernu jiným členem koncernu, který tak opět činí v koncernovém zájmu, zahlazena.

Koncernový zájem je na nejvyšší úrovni sice společný pro všechny, kdo jsou jeho součástí, neboť na celkové dlouhodobé prosperitě koncernu se konec konců shodnou všichni, v konkrétních projevech může ale protirečit zájmu řízené společnosti a jen pro tyto „vyšší koncernové“ cíle lze za zákonem stanovených podmínek vlastní zájem řízené společnosti potlačit. Existenci koncernového zájmu musí řídicí osoba prokázat, resp. zdůvodnit, aby mohla využít výhod, který zákonodárce otvírá koncernovému uspořádání (zejména specifický způsob vyrovnání újmy v rámci koncernu).

Zájem koncernu je tudíž vnitřně *strukturován*. Nejvyšší strategický dlouhodobý zájem koncernu na hospodářské prosperitě a stabilitě koncernového celku se může projevit na nižší hladině obecnosti v dílčích zájmech teritoriálních, personálních, sociálních a dalších. Vnitřní zájmové členění se pak může projevit v různém vnitřním uspořádání podnikatelského seskupení.

Materiálním znakem koncernu je i *jednotná politika*. Ta je souborem právních i mimoprávních nástrojů, jejichž funkcí je prosadit koncernový zájem. K tomu se v praxi využívají nejen prostředky ryze právní či ekonomické, ale i politické či společenské. Využití jednotlivých nástrojů a jejich skladba je věcí volby řídicí osoby. V praktické rovině je důkazem existence jednotné koncernové politiky především jednotná strategie koncernu schválená na úrovni nejvyšších orgánů jednotlivých řízených společností i na úrovni osoby řídicí koncern (je-li obchodní společností). Tuto praxi volí např. francouzské prostředí, jehož koncernová koncepce byla do jisté míry inspirací pro tuzemského zákonodárce. Schvalované dokumenty zachycující jednotnou politiku by měly obsahovat i její cíle a základní nástroje a metody řízení, jimiž má být stanoveného cíle dosaženo.

*Jednotným řízením* se rozumí řízení koncepční (tudíž nenahodilé) a koordinované. Česká právní úprava je relativně liberální v tom, že nepožaduje jednotné řízení všech významných složek podnikání koncernu, resp. do něj začleněných společností, ale koordinaci a koncepční řízení alespoň

jedné z významných složek nebo činností v rámci podnikání koncernu. I když to zákon výslovně nestanoví, lze dovodit, že koordinace alespoň jedné z činností začleněných společností je dostačujícím znakem koncernu, pokud ovlivňuje celkovou podnikatelskou činnost jeho členů. Bylo by obtížné považovat koordinovanou složku činnosti koncernu za významnou, pokud by se její koordinace nijak výrazněji neprojevila ve fungování koncernu. Dostatečným důkazem koordinace je tzv. *cash pooling*, kdy řízené obchodní společnosti odvádějí veškerou svoji likviditu do centrální koncernové „pokladny“ a úhrady jejich věřitelům probíhají na základě příkazu k platbě z těchto společných prostředků. To může mít pro slabší začleněné společnosti výhodu. Na druhé straně je s tímto způsobem centralizace zdrojů spojené riziko pro řízené společnosti v případě, že je vůči řídicí osobě uplatněna rozsáhlá pohledávka vyčerpávající zcela či téměř spojené zdroje.

Řídicí osoba musí přímo či zprostředkovaně začleněné společnosti řídit, tedy reálně využívat své postavení, neboť bez harmonizujících zásahů ovlivňujících fungování jednotlivých řízených společností nelze dosáhnout ekonomické jednoty a obhájit existenci koncernu. Pro závěr o jednotném řízení není rozhodné, jaké nástroje použije řídicí osoba pro zajištění koncepčního a koordinovaného chování řízených společností. Může se tak stát prostřednictvím vícenásobných mandátů (členství týchž osob ve statutárních orgánech řídicí osoby a řízených osob), cestou formálních směrnic, pokynů či neformálního usměrňování. Podstatné je, zda tyto nástroje jsou dostatečně efektivní pro to, aby se jejich prostřednictvím dosáhlo jednotného řízení, tedy splnění materiálního znaku existence koncernu.

Koncern dovádí ovládání dále, neboť je používá jako základ pro jednotné řízení. Koordinace a koncepční řízení v rámci jednotné koncernové politiky směřující k naplnění strategického cíle (zájmu) činí z koncernu ekonomickou jednotku při zachování právní samostatnosti osob, které jsou jeho součástí.

Řídicí osoba musí být podnikatelem, řídí-li pouze jednu obchodní korporaci. Jinak by nebylo možné koordinovat a jednotně řídit „podnikání koncernu“. K obdobnému závěru vede i ustanovení § 80 z. o. k., podle něhož závody řízené osoby a řídicí osoby jsou koncernové závody. Pak lze s jistou licencí hovořit o společném „koncernovém závodu“ řídicí a řízené osoby. Obdobný závěr už není jednoznačný, prosazuje-li řídicí osoba svůj vliv na více obchodních korporací. Domnívám se, že v takovém

případě sama podnikatelem být nemusí<sup>8</sup> (správa účasti a jejich využití ke koordinaci a jednotnému řízení koncernu není podnikáním). Vždy však musí být součástí obligační koncernové struktury v tom smyslu, že koordinačně a koncepčně řídí podřízené obchodní společnosti a rozhoduje o způsobu vyrovnání újmy, případně újmu sama z vlastního majetku uhrazuje. I řídicí nepodnikající osoba ale musí zřídit internetové stránky, na nichž uveřejní, že je řídicí osobou koncernu, aby mohla využívat koncernový způsob vyrovnání újmy způsobené koncernovým řízením (§ 79 odst. 3 z. o. k.). Koncern může řídit jak *osoba fyzická, tak právnická*. Ustanovení § 81 odst. 1 z. o. k. sice v souvislosti s udělováním pokynů řídicí osoby hovoří o orgánu řídicí osoby, to však lze vyložit tak, že orgán řídicí osoby bude udělovat řídicí pokyny v případě, že řídicí osobou je právnická osoba. Stojí-li na vrcholu podnikatelského seskupení koncernového typu fyzická osoba, může pro ni být z mnoha důvodů praktičtější vytvořit pro řízení koncernu obchodní společnost (do níž vloží „své účasti“ v koncernových společnostech) a postavit se tak do pozice osoby ovládající tuto řídicí osobu (k tomu níže).

### 3 Více koncernů v rámci jednoho podnikatelského seskupení?

Podnikatelské seskupení nabízí *různé varianty* svého uspořádání. Výše bylo uvedeno, že může být „pouze“ *ovládanou skupinou* (bez jednotného řízení) či koncernem, pokud ovládající osoba využije svou ovládající pozici k tomu, aby všechny společnosti, které ovládá, jednotně řídila a seskupení tudíž splňuje výše uvedené materiální znaky, tedy existenci společného zájmu (cíle) realizovaného jednotnou politikou, jejímž nástrojem a současně výsledkem je koordinace a koncepční řízení alespoň jedné podstatné složky podnikání koncernu.

Struktura podnikatelského seskupení ovšem může být podstatně složitější. V rámci seskupení může být jen část zúčastněných obchodních korporací jednotně řízena a tvořit společně koncern a jiné mohou být „pouze“ ovládané, aniž by byly předmětem jednotného řízení (řídicí osoba například teprve připravuje jejich zařazení pod jednotné řízení či počítá s tím, že prodá kontrolní balík akcií či jinou účast v ovládané společnosti, a proto ji staví mimo koordinaci s ostatními). *Koncern* je tudíž v rámci podnikatelského seskupení pouze *podmno-*

*žinou* ovládaných společností, resp. podnikatelské seskupení tvoří koncern a ovládané společnosti stojící mimo koncern; pojátkem celého seskupení, které umožňuje určit jeho hranice, je osoba stojící na jeho vrcholu, která ostatní společnosti ovládá a v rámci tohoto seskupení některé z nich jednotně řídí.

Jinou variantou podnikatelského seskupení je takového jeho vnitřní uspořádání, kdy seskupené obchodní společnosti jsou *rozděleny do dvou či více skupin, přičemž každá skupina je podrobena separátně jednotnému řízení* (řídicí osoba koncepčně koordinuje jejich finanční toky, nákup, odbyt apod.); podnikání každé z těchto vnitřních skupin je zcela či částečně předmětem odděleného koncepčního a koordinovaného řízení v rámci jednotné politiky směřující k naplnění konkrétního cíle každé z těchto skupin (například prosazení se na národním, středoevropském, východním, americkém či jiném trhu apod.). V rámci podnikatelského (vertikálního) seskupení pak *působí dva či více koncernů řízených toutéž osobou* stojící na vrcholu seskupení. O více koncernech v rámci jednoho seskupení lze hovořit pouze za podmínky, že řídicí osoba nekoordinuje činnosti všech řízených skupin (všech vnitřních koncernů), resp. když tyto koncerny nejsou pouze subsystémy vyššího koncernového řízení. Závěr, zda v rámci podnikatelského seskupení existuje více koncernů závisí tudíž na tom, zda jsou u každého z nich zvlášť naplněny znaky koncernu.

Jinou strukturu má podnikatelské seskupení, pokud osoba stojící na jeho vrcholu *ovládá dceřiné společnosti, z nichž každá řídí „vlastní“ koncern*. To, zda osoba stojící na vrcholu seskupení je také řídicí osobou, či jen tím, kdo ovládá obchodní společnost řídicí „své“ koncerny, závisí na tom, zda osoba ovládající celé seskupení splňuje test řídicí osoby, tudíž, zda ovládané společnosti také jednotně řídí, tedy zda formuluje společnou jednotnou politiku (k naplnění stanoveného cíle) a v rámci této politiky koordinuje (ovlivňuje) podnikatelské chování všech nižších článků seskupení. Jinak řečeno, to, zda osoba stojící na vrcholu seskupení bude i osobou řídicí, závisí na tom, zda své ovládající postavení efektivně využívá k jednotnému řízení ovládaného celku. Není-li tomu tak, tedy stanoví-li tato osoba například jen cíle, kterých má její dceřiná (jí ovládaná) společnost dosáhnout (například výši obrátu), ale činnost nepřímou ovládaných společností nekoordinuje a koncepčně neřídí, pak je „pouze“ ovládající osobou společností řídicích jednotlivé vnitřní koncerny v rámci seskupení.

<sup>8</sup> Shodně Doležil, T. in: Lasák, J. Pokorná, J.; Čáp, Z.; Doležil, T. a kol. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*. I. díl. Praha: Wolters Kluwer, a. s. 2014, s. 634.

Modifikací výše uvedené struktury je taková varianta podnikatelského seskupení, v níž osoba stojící na jeho vrcholu ovládá obchodní společnost, z nichž každá řídí koncern. Současně (vedle toho) *jednotně řídí další skupinu „svých“ společností*, které nejsou začleněny do koncernů jednotně řízených jí ovládanými společnostmi.

Z výše uvedeného tuzemského pojetí koncernu (§ 79 odst. 2 z. o. k.), podle něhož bude podnikatelské seskupení koncernem, i když je koordinována jen jedna (významná) složka nebo činnost v rámci koncernu vyplývá, že je možná i vnitřní *segmentace* koncernového řízení. Vzhledem k tomu, že každý podnikatel může provozovat více obchodních závodů, může být koncernovému řízení podroben jen některý či některé specializované závody ovládané obchodní společností, zatímco jiné mohou zůstat mimo okruh centrálních řídicích zásahů. Seskupení ovládané jednou osobou či osobami jednajícími ve shodě, může být uspořádáno i tak, že jednotlivé závody řízené osobou jsou součástí jednotného řízení v rámci různých vnitřních koncernů.

Možné jsou i jiné varianty uspořádání podnikatelského seskupení. Kritériem jeho vnitřní struktury je, zda, resp. do jaké míry osoba stojící na vrcholu skupiny rozhodne o tom, že činnost všech ovládaných společností či některých z nich, bude jednotně řídit k naplnění stanoveného cíle. Uvedené závěry vycházejí z logiky, že koncern je ekonomická jednotka a pro závěr o statusu řídicí osoby (tedy o tom, že ovládající osoba je současně řídicí osobou) nestačí, aby jen stanovila dlouhodobé strategické cíle, aniž by formulovala jednotnou politiku a využívala přímé či nepřímé nástroje k jejich dosažení. Jednotlivé obchodní společnosti, které jsou součástí podnikatelského seskupení musí své postavení (tudíž, zda jsou v ovládaném postavení či zda jsou součástí koncernu a tudíž v řízeném postavení) posoudit, neboť nejen struktura podnikatelského seskupení, ale i úloha jednotlivých obchodních korporací v něm, musí být uvedeny ve zprávě o vztazích, kterou statutární orgán řízené či ovládané osoby povinně vypracovává dle § 82 z. o. k.

## Závěrem

Podnikatelské seskupení může být jako celek jen ovládanou skupinou či koncernem, pokud splňuje jeho materiální znaky. V rámci ovládaného podnikatelského seskupení může být vytvořeno více koncernů, z nichž každý ovládající osoba separátně řídí. Osoba stojící na vrcholu podnikatelského

seskupení může být též v pozici osoby ovládající obchodní společnosti, z nichž každá je řídicí osobou vnitřního koncernu. Možné jsou i kombinace výše uvedených vazeb. Je na ovládající osobě, jakým způsobem využije potenciál svého ovládajícího postavení, zda stanoví obchodním korporacím, které ovládá, základní strategické cíle, které mají na konkrétním území dosáhnout, zda formuluje jednotnou politiku, či politiky, jejichž prostřednictvím mají být strategické cíle dosaženy a zda bude sama v rámci formulované politiky do činnosti jednotlivých řízených obchodních korporací zasahovat za účelem koordinace a jednotného řízení či zda řízení jednotlivých skupin přenechá jí ovládaným osobám.

## Summary

The introductory part of the paper characterizes the horizontal and vertical types of group of companies (in German and Swiss terminology called as Gleichordnungskonzern or Koordinationskonzern). Unsubordinated group of companies is characterized by the uniform business management together with the absence of the controlling linkage between its members.

The main part of the paper is dedicated to the vertical type of group of companies, called as a concern, which represents the supreme form of the vertically organized group of companies. The paper analyzes the interest of the concern, uniform policy and uniform business management as the key attributes of concern. Furthermore, the paper is focused on the possible types of organization of vertical type of group of companies. Within such a group of companies, a number of concerns may exist. Also the organization, in which some of the controlled members form together a concern, whereas the other members are only controlled without being uniformly managed, is possible. The group of companies may also be organized in a way that the person standing on the top of the group controls the parental company, which creates a concern from its controlled subsidiaries and sub-subsidiaries. The paper also highlights further types of organization of the group of companies.

# Zákaz konkurence členů představenstva akciové společnosti: „uvolněné“ mravy zákona o obchodních korporacích?

Jan Dědič\*, Jan Lasák\*\*

## I Úvod

Zatímco profesor Petr Hajn se již dlouhou dobu profiluje v oboru práva nekalé soutěže, zaměřujeme naši odbornou aktivitu na problematiku práva obchodních korporací. Přemýšleli jsme proto o tématu, u kterého by bylo možné přeci jen určitou styčnou plochu mezi právem nekalé soutěže a právem obchodních korporací shledat. Jeden z autorů je přitom bývalým studentem profesora Hajna na Právnické fakultě Masarykovy univerzity, na které jeho přednášky a semináře zaměřené na problematiku nekalé soutěže patřily k tomu nejlepšímu, co studenti brněnské právnické fakulty mohli vyposlechnout. Některé myšlenky musely utkvět v paměti každého studenta, který přednášky profesora Hajna navštěvoval. Mezi nejpopulárnější přitom patřilo zkoumání „perverzní lidské tvořivosti“.

Ekvivalent „perverzní lidské tvořivosti“ lze samozřejmě spatřovat napříč právním řádem, a to (nepřekvapivě) i v podmínkách práva obchodních korporací, kde „je zpravidla spojována s vnitřním řízením a správou korporace. Pouze má v kontextu řízení a správy (především) kapitálových společností poněkud jiné označení (například „tunelování společností“, „odklánění peněžních prostředků“).

Rekodifikace soukromého práva, která nabyla účinnosti dne 1. ledna 2014, přitom přináší na poli vnitřního řízení a správy obchodních korporací hned několik zcela revolučních novinek. Vedle citlivého tématu opuštění požadavku na zaměstnaneckou participaci v českých akciových společnostech, která byla inspirována německou respektive rakouskou „*kodeterminaci*“, a možností podnikatelů volit v rámci své vnitřní korporáční organizace (akciové společnosti) mezi známým (a dříve jedině přípustným) dualistickým systémem a systémem monistickým<sup>1</sup>, patří mezi významné změny právní úpravy volených orgánů akciové společnosti též

„uvolnění“ pravidel pro zákaz konkurence, které za určitých podmínek poprvé umožňují (dříve „tvrdý“) zákaz konkurence prolomit. Vzniká tak otázka, zda členové představenstva mohou skutečně „své“ akciové společnosti konkurovat. Nakolik mohou být v této souvislosti, slovy profesora Hajna, „perverzně tvořiví“?

## II Obecně k zákazu konkurence

V rámci korporáční struktury akciové společnosti přicházejí členové představenstva při výkonu své funkce (členů statutárního orgánu) do styku s velkým množstvím informací podnikatelského (obchodního) charakteru (obchodním tajemstvím) a naskýtají se jim během výkonu funkce různé obchodní příležitosti. Úkolem členů představenstva je nepochybně veškeré tyto citlivé (obchodní) informace využívat výhradně ku prospěchu společnosti, a nikoli ku prospěchu svému či ku prospěchu jiných osob. Podnikatelská příležitost je nicméně v podmínkách kapitálové společnosti nevlastní sestrou nepoctivosti. Zájmy společnosti a člena představenstva se mohou v realitě všedního dne rozcházet a (lze-li usuzovat z historické zkušenosti) často se i významně rozcházejí (často se v této souvislosti vzosně hovoří o tzv. problému zmocnění či zastoupení)<sup>2</sup>. Podnikatelská příležitost je pak

\*\* JUDr. Jan Lasák, LL.M. (Columbia) je Lawrence A. Wien Fellow (Columbia Law School) a advokátem v advokátní kanceláři Kocián Šolc Balaščík, advokátní kancelář, s. r. o. Příspěvek je součástí řešení projektu č. APVV-0809-12.

<sup>1</sup> K monistickému systému akciové společnosti v podmínkách zákona o obchodních korporacích viz například Dědič, J., Lasák, J. Monistický systém řízení akciové společnosti: výkladové otázky (1. a 2. část). Obchodněprávní revue, 2013, č. 3 a 4.

<sup>2</sup> K problému zmocnění / zastoupení srov. např. Jensen, M., Meckling, W. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Control. Journal of Financial Economics 1976, č. 3, s. 305 a násled., Gelter, M., Dark Side of Shareholder Influence: Managerial

\* Prof. JUDr. Jan Dědič je advokátem a společníkem v advokátní kanceláři Kocián Šolc Balaščík, advokátní kancelář, s. r. o. a vysokoškolským pedagogem.

při vědomí vsudyprítomné informační asymetrie mezi akcionáři a členy představenstva nutně jedním z ohnisek tohoto přirozeného střetu v rámci korporačního aranžmá.

Existence protichůdných zájmů mezi společností a členy jejího statutárního orgánu samozřejmě není „kopernikovským“ objevem. Ostatně i z tohoto důvodu právo buduje určité mantinely, kterými potenciálně nepoctivému a neloajálnímu chování osob zastávajících funkci členů orgánů společnosti brání. Vedle obecné povinnosti loajality<sup>3</sup> představující dílčí segment obecného standardu péče řádného hospodáře [§ 159 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále jen „NOZ“)], je tímto svébytným mantinelem obecný zákaz členů představenstva (ale i členů orgánů jiných obchodních korporací) konkurovat společnosti. Zákaz konkurence lze přitom označit za tradiční soukromoprávní institut, který má chránit společnost před konkurenčním jednáním členů orgánů na úkor kapitálové společnosti. Tento zákaz má silnou tradici především v zemích kontinentálního práva, jako je Francie<sup>4</sup>, Španělsko<sup>5</sup> či Německo<sup>6</sup>. Není-li přitom zákaz konkurence v právních rádech vyjádřen explicitně, je zpravidla vnímán jako sou-

část obecné povinnosti loajality členů orgánů vůči společnosti.<sup>7</sup>

Samostatná právní regulace zákazu konkurence však (stejně jako obecná povinnost loajality) sleduje dílčí napřimění výše naznačeného „problému zastoupení / zmocnění“, který vzniká mezi společností a členem jejího statutárního orgánu, neboť omezuje možnosti, jakými člen představenstva může „odklánět“ podnikatelské příležitosti společnosti pro sebe, či (častěji) pro „spřízněné“ osoby. Optikou řešení problému zastoupení / zmocnění proto právní regulace zákazu konkurence sleduje v zásadě stejné cíle jako právní úprava konfliktu zájmů [viz § 54 a násl. zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech – zákona o obchodních korporacích (dále jen „ZOK“)]<sup>8</sup>. S ohledem na úzkou propojenost právní úpravy konfliktu zájmů a zákazu konkurence je dokonce otázkou, proč mají oba právní režimy sledující fakticky též cíl vlastní regulaci. Uskutečňování konkurenční činnosti nepochybně vzbuzuje otázku potenciálního konfliktu zájmů (ostatně ne náhodou se o právní úpravě obsažené v § 54 ZOK hovoří jako o doktríně „podnikatelské příležitosti“).

### III Rozsah zákazu konkurence v podmínkách zákona o obchodních korporacích

Na rozdíl od obecného standardu jednání (péče řádného hospodáře a povinnosti loajality jako její dílčí výseče) či obecně vymezeného konfliktu zájmů (§ 54 a násl. ZOK) jsou ustanovení o zákazu konkurence formulována kazuisticky<sup>9</sup>, a to v minimálním rozsahu (rozsah zákazu konkurence však lze rozšířit úpravou ve stanovách nebo rozhodnutím valné hromady - viz § 442 odst. 3 ZOK).<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Srov. např. *Viandier A.* L'obligation de non-concurrence pesant sur les dirigeants et associés de sociétés commerciales, Bull. Joly, 1982, s. 213.

<sup>8</sup> I z uvedeného důvodu se zřejmě zákonodárce vydal z hlediska právní úpravy stejnou cestou, jako v případě ustanovení o konfliktu zájmů a staví oba právní instituty na notifikační povinnosti členů volených orgánů. K nové právní úpravě konfliktu zájmů viz *Dědič, J.* Úprava konfliktů zájmů v zákoně o obchodních korporacích ve vazbě na nový občanský zákoník. Právní rozhledy, 2014, č. 15-16, s. 524 a násl.

<sup>9</sup> Další omezení mohou vyplývat ze zvláštních zákonů, lze například jmenovat: § 8 odst. 2 zák. o bankách, § 19 zák. o obalech, § 10 odst. 1 zák. o pojišťovnictví, § 7 odst. 2 zák. o penzijním připojištění.

<sup>10</sup> Rozsah zákazu konkurence předepsaný pro členy představenstva v § 441 ZOK je minimální. To vyplývá

Autonomy and Stakeholder Orientation in Comparative Corporate Governance. 50 Harv. Int'l J. L. 129, 2009, s. 135, *Berle, Adolf A., Means, Gardiner C.* The Modern Corporation & Property. New Jersey: Transaction Publishers, 2009. Tenth Printing, s. 113, *Greenfield, K.* The Failure of Corporate Law. Chicago: The University of Chicago Press, 2006, s. 50, *McCahery, Joseph A., Vermeulen, Erik P.* Corporate Governance of Non-listed Companies. New York: Oxford University Press, 2008, s. 16, 100.

<sup>3</sup> Obecně k povinnosti loajality viz např. *Josková, L.* Povinnost loajality v akciové společnosti. Obchodněprávní revue, 2011, č. 9, s. 259 a násl., *Dědič, J., Štengllová, I., Kříž, R., Čech, P.* Akciové společnosti. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 355 a násl., *Čech, P.* Péče řádného hospodáře a povinnost loajality. Právní rádece, 2007, č. 3, s. 4 a násl. a další.

<sup>4</sup> Ve Francii sice není zákaz konkurence v obchodním zákoníku (Code de commerce) výslovně upraven, avšak již od šedesátých let minulého století tamní judikatura jeho existenci potvrzuje a porušení sankcionuje. Srov. např. Cass. Com., 11 février 1964, bulletin civil n°67; Cass. Com., 24 février 1998, n°96-12-638; Cass. Com., 12 février 2002, n°00-11602.

<sup>5</sup> Článek 230 zákona o kapitálových obchodních společnostech (Ley de Sociedades de Capital).

<sup>6</sup> Ustanovení § 112-113 obchodního zákoníku (Handelsgesetzbuch) či § 88 akciového zákona (Aktien-gesetz).

Kazuistické vymezení zákazu konkurence platilo již v podmínkách dřívějšího zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku (dále jen „**ObchZ**“), který věcný rozsah zákazu konkurence vymezoval takřka shodně (srov. § 196 ObchZ). Členovi představenstva se i nadále zakazuje podnikání v předmětu činnosti společnosti,<sup>11</sup> respektive zprostředkovávat obchody společnosti pro jiného.<sup>12</sup> Stejně jako v podmínkách obchodního zákoníku i nadále mezi zakázaná jednání dopadající na člena představenstva patří členství ve statutárním orgánu v jiné právnické osobě se stejným nebo obdobným předmětem činnosti nebo zastávání obdobného postavení v takové právnické osobě, nepůjde-li o koncern.<sup>13</sup>

Zákon vylučuje ze zákazu konkurence členství ve statutárním orgánu jiné „koncernové“ společnosti, neboť z hlediska soutěžního tvoří koncernové společnosti zpravidla jediného soutěžitele.<sup>14</sup> Jed-

z dikce tohoto ustanovení, které normuje, že oběma způsoby lze „určit další omezení.“ *A contrario* z toho současně plyne, že rozsah zákazu konkurence, který je předsán zákonem, není možné zúžit.

<sup>11</sup> Za předmět činnosti společnosti je třeba s ohledem na účel tohoto zákazu považovat činnost společnosti, kterou společnost skutečně vykonává. Předmět činnosti a předmět podnikání společnosti musí být obsažen ve stanovách společnosti [viz § 250 odst. 2 písm. a) ZOK] a jde o údaj zapisovaný do obchodního rejstříku (viz § 25 odst. 1 písm. b) zák. o veř. rejstřících). Při posuzování konkrétního jednání člena představenstva nelze proto postupovat tak, že se bude porovnávat označení předmětu činnosti společnosti s označením podnikatelského oprávnění člena představenstva, nýbrž bude třeba posoudit, zda při výkonu faktické podnikatelské činnosti člena představenstva nedochází k využívání obchodních příležitostí, které by jinak náležely do předmětu činnosti společnosti.

<sup>12</sup> Obchodem společnosti bude třeba rozumět jakoukoli obchodní příležitost společnosti, která by mohla být uzavřena mezi společnostmi a třetí osobou. Jestliže člen představenstva bude jednat tak, že zprostředkuje uzavření takové obchodní příležitosti (obchodu) pro jiného, namísto aby ji mohla uzavřít sama společnost, půjde o jednání v rozporu s tímto zákonným zákazem. V takovém případě totiž dochází ke zneužití informací a znalostí obchodních partnerů, s nimiž člen představenstva disponuje a je povinen je využívat ve prospěch společnosti.

<sup>13</sup> V předešlé úpravě byl tento zákaz v obdobné podobě obsažen v § 196 odst. 1 pod písm. d) ObchZ.

<sup>14</sup> Ostatně i soutěžní právo vychází z toho, že formální oddělení (samostatnost) více společností pramenící z jejich oddělené právní subjektivity není pro závěr o existenci jednoho či více soutěžitelů určující. Rozhodující je naopak jednota jejich tržního chování, respek-

notliví účastníci koncernu plní v rámci příslušného podnikatelského seskupení určité úlohy ve jménu jednotného řízení. Nelze tak obecně vzato říci, že by jeden z účastníků koncernu „konkuroval“ jinému účastníku koncernu, neboť koncernové společnosti zpravidla realizují svou podnikatelskou činnost pod patronátem řídicí osoby (tj. plní úkoly, které jim „zastřešující“ řídicí osoba určí).<sup>15</sup>

tive absence reálné autonomie jejich tržního chování, jež vychází z uplatňování rozhodujícího vlivu ze strany „nadřazeného subjektu“ z hlediska hierarchie korporátní struktury určitého koncernového uspořádání. Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 10. 2007, sp. zn. 5 As 61/2005, ve kterém soud uvedl, že: „pro zjištění, zda dceřiné společnosti nemohou skutečně autonomně určovat své jednání na trhu, nýbrž musí následovat pokyny mateřské společnosti, která je kontroluje, tedy zda více subjektů tvoří jedinou hospodářskou jednotku, nepostačuje pouhá příslušnost k podnikatelské skupině. Rozhodující je způsob uspořádání vztahů mezi subjekty ve skupině. Důležitými kritérii jsou mj., zda mateřská společnost skutečně určuje (formou pokynů) soutěžní jednání dceřiné společnosti, zda dceřiná společnost tyto pokyny respektuje a opravdu uskutečňuje. K příslušnosti k jediné hospodářské jednotce však postačuje, když mateřská společnost má skutečnou možnost udílet dceřiné společnosti pokyny a reálně tyto pokyny realizovat. Důležitým kritériem je, zda mateřská společnost kontroluje dceřinou společnost sama nebo společně s jinými podniky, zda ji kontroluje zcela nebo zčásti.“ V kontextu unijní judikatury pak viz např. rozhodnutí SDEU ze dne 23. dubna 1991, C-41/90 (*Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH*), bod 21 odůvodnění: „It must be observed, in the context of competition law, first that the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed and, secondly, that employment procurement is an economic activity.“, nebo rozhodnutí SDEU ze dne 1. 7. 2010, C-407/08 (*Knauf Gips KG proti Evropské komisi*), bod 64 a 65 odůvodnění: „Co se týče otázky existence hospodářské jednotky, je třeba připomenout, že podle ustálené judikatury se právo Unie v oblasti hospodářské soutěže vztahuje na činnost podniků a že pojem „podnik“ zahrnuje jakoukoli jednotku vykonávající hospodářskou činnost nezávisle na právním postavení této jednotky a způsobu jejího financování. Pojem podnik musí být v této souvislosti chápán tak, že označuje hospodářskou jednotku, třebaže z právního hlediska se tato hospodářská jednotka skládá z několika fyzických nebo právnických osob... Existenci hospodářské jednotky lze takto dovodit ze souboru shodujících se okolností, třebaže žádná z těchto okolností sama o sobě nepostačuje k prokázání existence takovéto jednotky.“

<sup>15</sup> Srov. Filip, V., Lasák, J. in Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol. Zákon o obchodních korporac-

Nová právní úprava dále zapovídá dva druhy účasti v jiných subjektech (podílení se na činnosti jiného subjektu v postavení společníka). Členovi představenstva není dovolena účast na podnikání v jiné obchodní korporaci jako společník s neomezeným ručením a účast jako ovládající osoba jiné osoby se stejným nebo obdobným předmětem činnosti.<sup>16</sup> Konečně je členovi představenstva výslovně zapovězeno dostat se do postavení ovládající osoby v jakékoli jiné osobě se stejným nebo obdobným předmětem činnosti.

Z předešlé úpravy nebyla naopak převzata formulace zákazu člena představenstva vstupovat do obchodních vztahů se společností. Tato formulace byla nicméně poněkud problematická, neboť samotné angažování člena statutárního orgánu do jeho funkce zakládá obchodní vztah mezi ním a společností.<sup>17</sup> Zejména však byla regulace vstupování do obchodních vztahů se společností na úrovni zákona o obchodních korporacích nahrazena povinnostmi při konfliktu zájmů podle § 54 a násl. ZOK. Bude-li tak chtít člen představenstva „vstupovat se společností do obchodních vztahů“ mimo rámec běžného obchodního styku, budou se na něj aplikovat pravidla o konfliktu zájmů (zejména podle § 55 ZOK).

Stanovenému zákazu konkurence se musí podřídit každý člen představenstva od okamžiku svého ustavení do funkce bez ohledu na způsob, kterým k tomu došlo (volbou, kooptací, nástupem náhradníka či jmenování soudem).<sup>18</sup> Zákaz dopadá stejně

cích. Komentář. 2. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 2064.

<sup>16</sup> Jde o období zákazu uvedeného v § 196 odst. 1 pod písm. c) ObchZ.

<sup>17</sup> Navíc tento zákaz byl prolomen poněkud nejasným ustanovením § 196 odst. 3 ObchZ, podle něhož platilo, že pokud člen představenstva vykonává pro společnost práci na základě pracovní smlouvy či jiné smlouvy tuto nahrazující, nepovažuje se takový vztah za obchodní. Blíže viz Filip, V., Lasák, J. In Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol. Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 2. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 2063.

<sup>18</sup> Zákaz konkurenčního jednání však není konstruován jako další zákonný předpoklad pro výkon funkce člena představenstva. Bude-li kandidát na funkci člena představenstva zastávat určité funkce i v jiných společnostech nebo bude vykonávat zakázané činnosti, má podle nové právní úpravy dvě možnosti. Bude-li se domnívat, že jeho jiné funkce či jiné činnosti nejsou pro společnost škodlivé, může postupovat podle § 442 odst. 1 ZOK a upozornit valnou hromadu, resp. dozorčí radu na jejich existenci. Druhou možností je ukončení konkurenční činnosti či výkonu funkcí v jiných subjektech. Následné

na každou osobu, která bude vykonávat funkci člena představenstva, ať již půjde o právnickou osobu nebo fyzickou osobu. Zákonný zákaz konkurence však dopadá na člena představenstva pouze po dobu výkonu jeho funkce. Jakmile přestane tuto funkci ve společnosti vykonávat, zákaz na něj přestane působit. Nic nebrání rozšíření zákazu konkurence i na určitou dobu po skončení výkonu funkce člena představenstva. Jelikož člen představenstva již není po skončení funkce v právním vztahu se společností, a nemůže proto být i nadále vázán stanovami společnosti, je nejvhodnější formou ujednání zákazu konkurence smlouva o výkonu funkce, která jej bude zavazovat i po stanovenou dobu po skončení výkonu funkce.<sup>19</sup>

#### IV Prostředky nápravy

Do právní úpravy zákazu konkurence obsažené v zákoně o obchodních korporacích byly převzaty sankční (nápravné) mechanismy za porušení zákazu konkurence, které byly původně obsaženy v § 65 ObchZ - ty jsou nyní zakotveny v obecné části (§ 5 ZOK).<sup>20</sup> Přestože zástupcem akciové společnosti je podle nové koncepce i člen představenstva, soudíme, že § 432 NOZ (upravující mj. prostředky obrany podnikatele proti konkurenčnímu jednání jeho zástupce) se na členy představenstva (jiné členy statutárního orgánu obchodní korporace) nevztahuje. Členy představenstva akciové společnosti totiž nelze podle našeho názoru považovat za osoby, které „vystupují jako podnikatelův zástupce při provozu obchodního závodu“ ve smyslu § 430 odst. 1 NOZ, na které § 432 odst. 1 NOZ

porušení zákazu konkurence nemá za následek zánik funkce v orgánu společnosti, ale může mít pro dotčenou osobu odpovědnostní důsledky.

<sup>19</sup> Blíže viz Filip, V., Lasák, J. In Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol. Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 2. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 2070.

<sup>20</sup> Společnost může na základě § 5 ZOK požadovat, aby jí osoba, která zákaz konkurenčního jednání porušila: (i) vydala prospěch, který v důsledku toho získala, anebo (ii) aby na ni byla převedena z toho vzniklá práva, ledaže to vylučuje povaha získaných práv; to platí obdobně pro každého jiného nabyvatele tohoto prospěchu nebo práva, ledaže tento nabyvatel jednal v dobré víře. Tato práva podléhají prekluzivní lhůtě, v níž musí být uplatněna. Podle § 5 odst. 2 ZOK je společnost musí u povinné osoby uplatnit do 3 měsíců ode dne, kdy se o porušení tohoto zákazu dozvěděla (subjektivní lhůta), nejpozději však do 1 roku od porušení (objektivní lhůta). K později uplatněnému právu se nepřihlíží.



zřetelně navazuje. Z uvedeného důvodu se domníváme, že § 432 NOZ se na členy představenstva nepoužije vůbec.<sup>21</sup>

Společnost se však může vůči členovi představenstva domáhat i dalších práv (nad rámec § 5 ZOK), pokud to bude umožňovat jejich povaha. V obecné rovině totiž platí, že každý má právo domáhat se u soudu ochrany práva, které bylo ohroženo nebo porušeno. I nadále se tudíž uplatní závěr, k němuž dospěla dosavadní judikatura (NS 29 Cdo 1744/2008), že výčet práv vztahujících se k zákazu konkurence (uvedený dnes v § 5 ZOK) společnosti nebrání uplatnit v případě porušení zákazu konkurence jiná než v tomto ustanovení vypočtená práva. Do úvahy přichází například (i) právo na náhradu škodu způsobené konkurenčním jednáním podle § 2910 NOZ při porušení zákonného zákazu konkurence, a podle § 2913 NOZ při porušení smluvního zákazu konkurence, nebo (ii) právo domáhat se splnění povinnosti vyplývající ze zákona a stanov podle § 80 písm. b) OSŘ (např. uplatnění zdržovacího nároku, aby osoba porušující zákaz konkurence se zdržela jednání, jímž zákaz konkurence porušuje).<sup>22</sup> Tato obecná práva nepodléhají prekluzivní lhůtě uvedené v § 5 odst. 2 ZOK, v níž by je musela společnost uplatnit. To samozřejmě neplatí pro uplatnění zdržovacího nároku.<sup>23</sup>

## V Notifikační pravidla

V klíčovém ustanovení § 442 ZOK zákon konstituuje nový princip – oznámení konkurenčního jednání, kterým lze prolomit zákaz konkurenčních jednání (notifikační povinnost). K prolomení zákazu konkurence dle zákonného textu dojde, pokud člen představenstva upozorní orgán oprávněný k jeho volbě, tj. valnou hromadu, příp. dozorčí radu (a při zakládání společnosti její zakladatele) a nedostane na toto své oznámení o záměru uskutečňovat konkurenční činnost negativní odpověď (zákaz). V takovém případě zákon předpokládá, že orgán odpovědný za ustavení členů představenstva do funkce je náležitě obeznámen s potenciálně konkurenčním jednáním členů představenstva a s ohledem na absenci jiného projevu vůle nemá příslušný orgán s realizací konkurenční činnosti členem představenstva námitek.

K prolomení zákazu tedy dojde za předpokladu, že člen představenstva upozorní (notifikuje) orgán oprávněný k jeho volbě, nebo při zakládání společnosti zakladatele společnosti, na existenci činnosti naplňující znaky zakázaného konkurenčního jednání a tento orgán, resp. zakladatelé společnosti s tím nevysloví nesouhlas do jednoho měsíce. Z uvedeného plyne, že výjimka se aktivuje po splnění těchto podmínek:

K prolomení zákazu tedy dojde za předpokladu, že člen představenstva upozorní (notifikuje) orgán oprávněný k jeho volbě, nebo při zakládání společnosti zakladatele společnosti, na existenci činnosti naplňující znaky zakázaného konkurenčního jednání a tento orgán, resp. zakladatelé společnosti s tím nevysloví nesouhlas do jednoho měsíce. Z uvedeného plyne, že výjimka se aktivuje po splnění těchto podmínek:

- člen představenstva notifikuje (upozorní) orgán oprávněný k jeho volbě nebo zakladatele při založení společnosti;
- tento orgán, resp. zakladatelé společnosti nevysloví nesouhlas ve lhůtě jednoho měsíce ode dne, kdy byli upozorněni, popřípadě
- tento orgán, resp. zakladatelé společnosti vyjádří svůj souhlas s tím, aby člen představenstva avizovanou konkurenční činnost uskutečňoval.

Příjemcem notifikace jsou buď zakladatelé společnosti, nebo orgán oprávněný k volbě členů představenstva. Zakladatelé společnosti jsou příjemcem pouze na počátku existence společnosti, kdy dochází k jejímu založení, tj. v době sepsání stanov společnosti, v nichž zakladatelé určují členy představenstva společnosti [viz § 250 odst. 3 písm. f) ZOK]. Jakmile akciová společnost již vznikne, je orgánem oprávněným k volbě členů představenstva (a tedy k přijímání oznámení podle § 442 ZOK) primárně valná hromada společnosti.<sup>24</sup> Bude-li volba členů představenstva ve společnosti náležet dozorčí radě podle § 438 ZOK (německý model akciové společnosti), bude posouzení zamýšlené činnosti členů představenstva náležet tomuto orgánu.

Ze zákona nepřímo plyne, aby upozornění bylo učiněno v písemné formě. Písemná forma upozornění plní ovšem pouze funkci důkazní. Nedodržení této formy nemůže podle našeho názoru vést k závěru, že člen představenstva oznámení neučinil, prokáže-li se v rámci dokazování, že člen před-

<sup>21</sup> Shodně *Lasák, J.* In *Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol.* Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 1. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 103 nebo *Štenglová, I.* in *Štenglová, I.; Havel, B.; Cileček, F.; Kuhn, P.; Šuk, P.* Zákon o obchodních korporacích. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 702. Opačně pak *Havel, B.* In *Štenglová, I.; Havel, B.; Cileček, F.; Kuhn, P.; Šuk, P.* Zákon o obchodních korporacích. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 13.

<sup>22</sup> Porušení zákazu konkurence může mít i trestněprávní důsledky. Některá jednání, které jsou porušením zákazu konkurence, mohou také naplňovat skutkovou podstatu trestného činu podle § 255 tr. zákoníku o zneužití informace a postavení v obchodním styku.

<sup>23</sup> *Filip, V., Lasák, J.* In *Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol.* Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 2. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 2061.

<sup>24</sup> Bude-li mít společnost jediného akcionáře, může jím být tento akcionář, neboť vykonává působnost valné hromady (viz § 12 odst. 1 ZOK).

stavenstva oznámení o konkurenčním jednání uskutečnil v jiné formě (např. ústně na jednání dozorčí rady). K obsahu upozornění zákon nestanoví žádné náležitosti. Vzhledem k tomu, že na základě tohoto upozornění může být člen představenstva osvobozen od zákazu ve vztahu ke konkurenční činnosti, kterou chce vykonávat, právě popis činnosti v tomto oznámení bude rozhodující pro zajištění příslušné výjimky. Nebude-li tato činnost popsána ve svém úplném rozsahu, v jakém ji bude chtít člen představenstva vykonávat, nebude se mu příslušného osvobození dostávat a jeho jednání může být posouzeno jako rozporné s daným zákazem; ostatně v takovém případě člen představenstva ani nebude jednat poctivě a loajálně (§ 159 odst. 1 NOZ).

Bude-li oznámení adresováno valné hromadě společnosti, musí být upozornění, které činí člen představenstva, uvedeno v pozvánce na valnou hromadu společnosti a současně musí být na pořad jednání zařazeno hlasování o případném nesouhlasu podle § 442 odst. 1 ZOK. Zákon tímto doplňuje rozsah povinných náležitostí pozvánky na valnou hromadu podle § 407 ZOK. Příprava pozvánky a sestavení pořadu jednání valné hromady spočívá v rukou svolavatele valné hromady (viz § 406 odst. 1 ZOK); představenstvo je přitom zákonem předvídaný primární svolavatel valné hromady (viz § 402 odst. 1 a 2 ZOK) a bude tak na něm, aby při sestavování pořadu valné hromady zařadilo tuto záležitost na program valné hromady a současně v pozvánce uvedlo text upozornění příslušného člena představenstva obsahující popis konkurenční činnosti.

V kontextu svolání valné hromady akciové společnosti však může být předmětem sporu, zda může člen představenstva vyžadovat svolání valné hromady pouze za účelem notifikace zakázané činnosti. Valnou hromadu lze nepochybně svolat kdykoli, pokud bude svolavatelem vyžadováno projednání záležitosti, která náleží do její působnosti. Tento závěr lze jistě učinit i ve vztahu k projednání upozornění podle tohoto ustanovení, neboť i tuto záležitost zákon svěřuje do působnosti valné hromady. Na druhou stranu půjde-li o společnost s velkým množstvím akcionářů (s velkým rozptylem akcionářské struktury), pro niž je organizace valné hromady vždy finančně nákladnou záležitostí, měl by člen představenstva takový požadavek pečlivě uvážit, a to již s ohledem na jeho povinnost jednat s péčí řádného hospodáře, zvláště pokud by bylo možné s projednáním této záležitosti počkat na „řádnou“ valnou hromadu společnosti.

Výkladovým problémem je v této souvislosti otázka, jak posuzovat jednoměsíční lhůtu pro vyslo-

vení nesouhlasu s činností člena představenstva v situaci, kdy je jeho upozornění součástí pozvánky na valnou hromadu podle tohoto odstavce. Začne jednoměsíční lhůta plynout od okamžiku uveřejnění, resp. zaslání pozvánky, nebo tato lhůta začíná běžet až ode dne konání valné hromady, resp. neuskuteční-li se valná hromada, od dne kdy se měla konat? Pokud by běh jednoměsíční lhůty započal již od okamžiku uveřejnění/zaslání pozvánky, mohla by uplynout již v den konání svolávané valné hromady (při odlišném počínání lhůt určeném podle dnů by konec lhůty mohl být jiný), neboť ta se svolává v minimálně třicetidenní svolávací lhůtě (viz § 406 odst. 1 ZOK). Uvedený výklad počátku běhu jednoměsíční lhůty by vedl k absurdnímu závěru, že v den konání valné hromady by již žádající člen představenstva mohl být od zákazu osvobozen, což by bylo proti smyslu této úpravy. Jednoměsíční lhůta proto nepochybně začíná běžet teprve ode dne konání valné hromady, případně náhradní valné hromady. Pro tento závěr svědčí i argument, že z dikce zákona plyne povinnost upozornit orgán oprávněný k volbě člena představenstva. Valná hromada je jako orgán ustavena v den jejího konání. Jednoměsíční lhůtu nelze tudíž začít počítat již od okamžiku uveřejnění či zaslání pozvánky, v níž je upozornění na zamýšlené konkurenční jednání člena představenstva obsaženo.

Vznik osvobození od zákazu konkurence je konstruován jako vyvratitelná právní domněnka. K tomu slouží i jednoměsíční lhůta, která je stanovena v § 442 odst. 1 ZOK pro odpověď na upozornění člena představenstva. Ovšem, i když bude člen představenstva od zákazu konkurence osvobozen (ať už z toho důvodu, že mu zakladatelé či příslušný orgán výkon konkurenční činnosti nezakázali, nebo z důvodu marného uplynutí stanovené jednoměsíční lhůty), nemůže být člen představenstva nikdy zbaven povinnosti loajality (§ 159 odst. 1 NOZ).<sup>25</sup>

Povinnost loajality člena představenstva pak podle našeho názoru ukládá členovi představenstva, aby v případě, kdy jedná (z důvodu osvobození) konkurenčním způsobem (v rozsahu zákazu konkurence), musí vždy upřednostňovat zájmy společnosti. To je ovšem problematické, neboť porušování stanoveného zákazu konkurence (z důvodu existujícího osvobození) v zásadě automaticky znamená značné

<sup>25</sup> Obecně k povinnosti loajality viz např. *Josková, L.* Povinnost loajality v akciové společnosti. *Obchodněprávní revue*, 2011, č. 9, s. 259 a násl., *Dědič, J., Štengllová, I., Kříž, R., Čech, P.* Akciové společnosti. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 355 a násl., *Čech, P.* Péče řádného hospodáře a povinnost loajality. *Právní rádce*, 2007, č. 3, s. 4 a násl. a další.

riziko, že člen představenstva (v určitém rozsahu) upřednostňuje zájem někoho jiného (výkonem konkurenční činnosti), než je zájem dotčené akciové společnosti a nejedná proto vůči společnosti „s nezbytnou loajalitou“.<sup>26</sup>

Ostatně, tento problém se dále zesiluje ve vztahu k ustanovení § 54 odst. 3 ZOK. Jde o to, že úprava konfliktu zájmů v § 54 ZOK a úprava zákazu konkurence se do určité míry věcně i osobně překrývají. Vzniká tak otázka, zda jedna úprava vylučuje druhou, či zda se mají aplikovat obě úpravy vedle sebe. Například zákaz konkurence dopadá na podnikání v předmětu činnosti obchodní korporace. Zákon o obchodních korporacích umožňuje, aby za podmínek v něm stanovených byl zákaz konkurence prolomen a členovi orgánu obchodní korporace bylo umožněno podnikat i v předmětu podnikání obchodní korporace (být jejím konkurentem na trhu). Bude-li členovi představenstva umožněno podnikat i v předmětu podnikání akciové společnosti, bude se při vlastním podnikání dostávat do permanentního konfliktu zájmů podle § 54 ZOK. Podle § 54 odst. 3 ZOK je však člen orgánu, který je v konfliktu zájmů, povinen jednat v zájmu obchodní korporace. Jak tedy bude moci podnikat ve stejném oboru podnikání? Prolomení zákazu konkurence proto do značné míry brání § 54 odst. 3 ZOK, ledaže by převládl názor, že úprava je dispozitivní. Pak by ale úprava konfliktu zájmů nedávala velký smysl, protože by ji bylo možno zakladatelským právním jednáním vyloučit či modifikovat. Příkláníme se proto k názoru, že § 54 odst. 3 ZOK je kogentní povahy, neboť se podle našeho názoru jedná o projev veřejného pořádku, ne-li dokonce o statusovou otázku podle § 1 odst. 2 NOZ; ostatně soudíme, že § 54 odst. 3 ZOK je ustanovením, které

<sup>26</sup> Úzkou vazbu zákazu konkurence na obecnou povinnost loajality vůči společnosti dokazuje ostatně i komparativní příklad Velké Británie, jejíž právo obchodních společností konkurenční činnost člena orgánu obchodní společnosti vůči ní samé dle zastaralé rozhodovací praxe dovoluje [v rozhodnutí *London and Mashonaland Exploration Co v. New Mashonaland Exploration Co* (1891) soud konstatoval, že nic nebrání tomu, aby se ředitel jedné společnosti stal v průběhu své funkce ředitelem jiné konkurenční společnosti. Podle rozhodnutí *Bell v. Lever Bros* (1932) pak dokonce může ředitel „své“ společnosti i osobně konkurovat]; taková praxe je nicméně tamní právní naukou dlouhodobě kritizována pro zřejmý rozpor s podstatou fiduciárních povinností (tj. povinností loajality) - srov. čl. 172 zákona o obchodních společnostech (*Companies Act 2006*), ke kterým je člen orgánu společnosti jinak povinen (blíže viz např. *Christie M. The Director's Fiduciary Duty not to Compete, The Modern Law Review*, Vol. 55, č. 4, s. 506).

chrání nejen společnost a její společníky, nýbrž i její věřitele. Prolomení § 54 odst. 3 ZOK by proto zasahovalo i do práv třetích osob (věřitelů společnosti), což není podle našeho názoru přípustné.

Člen představenstva přitom zásadně nemůže být loajálním sluhou dvou (konkurujících si) pánů. Existují však výjimky. Dovedeme si například představit situaci, kdy je člen představenstva současně členem statutárního orgánu společnosti patřící do téhož podnikatelského seskupení (podnikající současně v témže oboru) založené na bázi ovládnání (nikoliv koncernu – příslušná koncernová výjimka se proto nepoužije), přičemž jednotlivé společnosti si fakticky nemohou konkurovat (například s ohledem na jejich infrastrukturu – typicky vodárny). Jinými slovy, racionální zákonodárce podle našeho názoru vychází z filosofie, že není důvodu, aby každá činnost člena představenstva byla zakázána, i když bude po formální stránce naplňovat znaky konkurenčního jednání, jestliže fakticky nemusí být vůči společnosti škodlivá.<sup>27</sup>

S problémem „sluhy dvou pánů“ souvisí otázka, jaký důsledek bude mít vyslovení pozdějšího nesouhlasu po uplynutí vyvratitelné právní domněnky, případně otázka, zda příslušný orgán může svůj souhlas s výkonem konkurenční činnosti členem představenstva společnosti dodatečně revokovat. Lze si představit situaci, kdy člen představenstva záměr uskutečňovat konkurenční činnost (při vědomí povinnosti loajality) řádně notifikuje, přičemž ve stanovené jednoměsíční lhůtě mu bude daná konkurenční činnost příslušným orgánem povolena. Po uplynutí určité lhůty by nicméně příslušný orgán chtěl udělený souhlas revokovat. V takovém případě proti sobě stojí dvě pozice. První je pozice společnosti, která může být pokračujícím konkurenčním jednáním ze strany člena představenstva poškozována, druhá je pozice člena představenstva, který do konkurenční činnosti mohl investovat značné náklady, má uzavřené určité smlouvy apod. Může tak být otázkou, zda je možné jednou udělený souhlas revokovat, resp. výkon konkurenční činnosti po uplynutí stanovené jednoměsíční lhůty členovi představenstva zakázat.

Závěr o propadné jednoměsíční lhůtě (viz *Štenglová in Štenglová, I., Havel, B., Čileček, F., Kuhn, P., Šuk, P. Zákon o obchodních korporacích, Velký komentář. C.H.Beck. 2013, s. 703*) jde na úkor společnosti, závěr o možnosti kdykoliv výkon konkurenční činnosti zakázat jde k tíži člena předsta-

<sup>27</sup> Srov. *Filip, V., Lasák, J.* In *Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol. Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 2. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 2066.*

venstva. Přednost bude zřejmě nutné dát zájmům společnosti. To je ostatně projevem povinnosti loajality (viz § 159 odst. 1 NOZ). Situace, kdy si musí člen představenstva vybrat mezi tím, zda bude dále pokračovat ve výkonu konkurenční činnosti (a v takovém případě na funkci člena představenstva rezignuje) anebo výkon konkurenční činnosti ukončí je podobný situaci při vzniku funkce člena představenstva, kdy se také člen představenstva musí rozhodnout, jestli bude pokračovat ve výkonu činnosti konkurenční povahy anebo její výkon ukončí, aby přijal funkci člena představenstva. Společnost tak patrně bude moci svůj souhlas s výkonem konkurenční činnosti ze strany člena představenstva revokovat. Tomu ostatně nasvědčuje i zákonem stanovená vyvatitelná domněnka.

## *VI Závěr*

Rekodifikace soukromého práva přinesla podnikatelské praxi celou řadu výkladových otázek, z nichž řada se týká též struktury vnitřního řízení a správy. Předkládaný příspěvek se zaměřil na některé problematické aspekty, které jsou s právní úpravou zákazu konkurence v podmínkách akciové společnosti spojeny, byť závěry uvedené v tomto článku jsou v zásadě přenositelné i v na podmínky společnosti s ručením omezeným. Obecně lze však shrnout, že právní úprava regulující zákaz konkurence členů orgánů kapitálových společností skrývá celou řadu problematických aspektů, a to především ve vazbě na možnost jeho „prolomení“. Vzniká tak otázka, zda se skutečně mravy zákona o obchodních korporacích „uvolnily“ do té míry, že člen představenstva může v takovém případě „beztrestně“ vykonávat činnost konkurenční povahy a společnost tím poškozovat. Podle názoru autorů příspěvku nikoliv. Soudíme totiž, že žádné „prolomení“ zákazu konkurence nemůže zbavit člena představenstva jeho povinnosti loajality. Tím by došlo ke zbourání jednoho ze základních pilířů, na nichž je právní úprava moderních korporací postavena.

## *Summary*

This article analyzes the duty of non-competition as concerns directors in a Czech joint-stock company. The relevance of this issue has become more evident following the adoption of the new Business Corporations Act (No. 90/2012 Coll.), which eases the burden by allowing the duty to be breached, provided the director informs the joint-stock com-

pany and does not receive an explicit instruction to refrain from the competing activity. However, the liberal approach taken by Czech lawmakers raises some very serious questions, such as it conforms to the mandatory rules governing the fiduciary duties of directors, most importantly the obligation of loyalty. Throughout this article, legal analyses of the Czech legislation in force are enriched by the comparative approach of the authors, who support their arguments by giving examples of similar issues in Great Britain, France, Spain and Germany. The conclusion aims to synthesise the problem and argues that even a legally permitted breach of a duty of non-competition cannot free directors from their fiduciary duties, which represent the cornerstone of modern corporation law.

## Následné chování smluvních stran a jeho (ne)samozřejmé využití při jednoduchém výkladu smlouvy

Josef Kotásek\*

### I.

To, co je vyjádřeno slovy, může být běžnému příjemci zřejmé a pochopitelné bez složitých interpretací. U právně relevantních vyjádření však projevy účastníků často připouští různé výklady. To je dáno zkušeností a zájmy tvůrce projevu, které se budou lišit od zkušeností a zájmů jeho příjemce (u adresného právního jednání), nemluvě o obdobných limitech na straně interpreta.

U písemně zachycených projevů k tomu přistupuje imanentní nedostatek každého textu: dokonale srozumitelný a jasný text je utopií. Vždy jsou zde nějaké zamlčené předpoklady, neznámý kontext či okolnosti, na které autoři nepamatovali či nemohli pamatovat. Text jako konzervovaná řeč přitom zpravidla není schopen sám nabídnout vysvětlení svých nejasných pasáží a je tak nutné brát v úvahu i okolnosti stojící mimo něj.

U právního jednání se obvykle rozeznávají dva typy výkladu – **jednoduchý** a **doplňující**. V tomto příspěvku se budu zabývat výkladem jednoduchým. U něj jde v zásadě o **stanovení významu** příslušného právně relevantního textu.

V rámci jednoduchého výkladu můžeme rozlišovat tři interpretační postupy, jež se - zjednodušeně řečeno - liší mírou respektu interpreta ke skutečné vůli tvůrce.

V prvním z nich interpret zjišťuje vůli tvůrce v okamžiku právního jednání, hovoříme proto o empirickém či subjektivním výkladu. Nemusí jít nutně o náročnou a sofistickou interpretaci, často jde spíše jen o prostou recepci či jednoduchá skutková zjištění o (nejasně či nedostatečně projevěné) vůli tvůrce projevu.

Druhá metoda výkladu projevu vůle směřuje k významu, které by mu dala **konkrétní protistrana**, které byl projev určen. V případě pochybností se ovšem výklad „normativizuje“ a jako referenční subjekt pak vystupuje **objektivní adresát** (*objektiver Empfänger, reasonable recipient, homme raisonnable*). V tomto smyslu se hovoří o objektivizujícím výkladu<sup>1</sup>, který ovšem může být i zcela

vědomou a aprobovanou misinterpretací, neboť se může lišit od skutečné vůle jednajícího.

Paušalizace je pak ještě více posílena u třetí varianty výkladu, kde již zcela odhlédneme od reálných účastníků a jejich konkrétních poměrů, když rozhoduje toliko **typický význam** sporného textu.

### II.

Shora uvedené základní interpretační postupy najdeme téměř ve všech národních právních řádech. Vyskytují se v různých podobách, poměrech a kombinacích a liší se buď důrazem na zjištění skutečné vůle či na objektivní význam projevu. Obvykle je preferován empirický výklad s tím, že další etapy nastupují až v případě trvajících pochybností.

Shora uvedené základní rozlišení mezi empirickým, objektivním, normativním a typickým výkladem, jakož i podřízený poměr mezi nimi, bylo předmětem úpravy v obchodním zákoníku.

Podle § 266 odst. 1 ObchZ měl přednost výklad „podle úmyslu“ jednající osoby. Podmínkou bylo, že tento úmysl byl straně, které byl projev určen, znám či ji znám být musel. Teprve v případě, že takový výklad selhal, měl být projev vykládán podle standardu průměrného adresáta. Výrazy používané v obchodním styku se přitom měly vyložit podle významu, který se jim zpravidla v tomto styku přikládal (§ 266 odst. 2 věta druhá ObchZ).

Toto pojetí nyní v § 556 v zásadě kopíruje i aktuální občanský zákoník, který tím definitivně opouští dřívější lavírující a zcela nedostatečné občanskoprávní řešení<sup>2</sup>.

verzity, Brno.

<sup>1</sup> Specifickým případem normativního výkladu je pak výklad sporného výrazu k tíži jeho autora (výklad *contra proferentem*).

<sup>2</sup> Podle § 35 odst. 2 ObčZ „právní úkony vyjádřené slovy je třeba vykládat nejenom podle jejich jazykového vyjádření, ale zejména též podle vůle toho, kdo právní úkon učinil, není-li tato vůle v rozporu s jazykovým projevem“.

\* Doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D., docent na Katedře obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy uni-

Nově tedy platí, že co je vyjádřeno (ať již slovy nebo jiným způsobem), vyloží se podle úmyslu jednajícího, byl-li takový úmysl druhé straně znám, anebo musela-li o něm vědět. Nelze-li zjistit úmysl jednajícího, přisuzuje se projevu vůle význam, jaký by mu zpravidla přikládala osoba v postavení toho, jemuž je projev vůle určen. V právním styku s podnikatelem se výrazy připouštějící různý výklad posoudí podle pravidelného významu.

Občanský zákoník tedy favorizuje empirický (subjektivní) výklad. Předpokládá v první řadě výklad dle úmyslu jednajícího; primárně jde vlastně spíše o skutková zjištění než o nějakou sofistikovanou interpretaci. Text pak má ustoupit vůli jednajícího, která je rozhodným prvkem interpretace (srov. znění „vyloží se podle úmyslu jednajícího“).

To však platí jen za podmínky, že o úmyslu druhá strana věděla, či o něm musela vědět. Subjektivní výklad se tedy za určitých podmínek „objektivizuje“ ve prospěch adresáta projevu. Pokud o úmyslu druhá strana nevěděla, lze výklad vést v intencích úmyslu jednajícího jen tehdy, pokud tato neznalost tkví v nedostatečné bdělosti a úsilí protistrany.

Ve frontě na realitu ovšem podle tvůrců občanského zákoníku nemá (resp. nemůže) interpret čekat věčně. Pokud není empirický výklad úspěšný, je na řadě druhá etapa, tj. objektivní (případně normativní) interpretace, kde projevy poměříme modelem obvyklého adresáta<sup>3</sup>, tj. *in abstracto*.

Výklad typický pak nastupuje pouze v případech trvajících pochybností a bez dalšího pouze tam, kde jde o vztahy s podnikatelem. V případě, že ve vztahu figuroval nepodnikatel, je typický výklad možný pouze tehdy, pokud straně musel být obvyklý význam textu znám (srov. v podrobnostech § 558 odst. 1 OZ).

### III.

Občanský zákoník současně stanoví kritéria, ke kterým se má při empirické interpretaci projevu vůle „přihlédnout“. Dle § 556 odst. 2 OZ se má při výkladu projevu vůle zohlednit a) praxe zavedená mezi stranami v právním styku, b) k tomu, co právnímu jednání předcházelo, c) k tomu, jak strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají.

<sup>3</sup> Pro účely tohoto příspěvku pomijím zvláštní úpravu spotřebitelských smluv (srov. zejména § 1812 OZ) a z právního jednání se zaměřuji zejména na dvoustranná právní jednání.

V tomto příspěvku se budu zabývat třetím z těchto „vodítek“ výkladu – tj. následným projevům jednajícího jako interpretační oporou zejména při výkladu smluvního textu. S ohledem na limity časopiseckého příspěvku pominu jiný aspekt následného chování strany – její důkazní význam a vztah k doktríně *venire contra factum proprium*<sup>4</sup>.

### IV.

Občanský zákoník není při zahrnutí následného jednání stran do výkladového procesu nijak novátorský. Tzv. *subsequent conduct* je u empirického výkladu zohledňován např. u většiny modelových nadnárodních předpisů, srov. např. čl. 8:102 DCFR<sup>5</sup> nebo čl. 5:102 PECL<sup>6</sup>. V obou případech se při výkladu smluvního textu zohledňuje „*conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract*“.

<sup>4</sup> Že je hranice neostrá a matoucí potvrzuje bohužel i rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 18. 3. 2010 vedeném pod sp. zn. 32 Cdo 1165/2009. Mezi účastníky sporu byla uzavřena smlouva, ve které se smluvní strany pod smluvní pokutou zavázaly, že bez písemného souhlasu druhé strany nepřijmou po dobu platnosti smlouvy pracovníky nebo pomocníky, které druhá strana zapojila do realizace zakázek dle smlouvy. Žalovaná takového pracovníka (M.G.) zaměstnala bez předchozího souhlasu, resp. bylo sporné, zda byl tento souhlas udělen v předchozí e-mailové komunikaci. Negativní závěr v tomto směru podle dovolacího soudu podporuje i „*následné chování stran, na něž jako k okolnosti související s projevem vůle se ve smyslu § 266 odst. 3 obč. zák. bere při výkladu vůle náležitý zřetel. Jestliže žalovaná po obdržení e-mailové odpovědi žalobkyně opětovně dne 28. února 2005 žádala žalobkyni o udělení souhlasu, svědčí to nepochybně o tom, že ani sama vyjádření žalobkyně v e-mailové zprávě ze dne 23. února 2005 za souhlas k zaměstnání M. G. dle článku V. odst. 8 smlouvy nepovažovala*“. Soud dále odmítl aplikovat ust. § 266 odst. 4 ObchZ, neboť nejde o situaci, kdy posuzované smluvní ujednání připouští různý výklad. E-mailová zpráva podle zjištění soudu totiž neobsahovala žádné vyjádření (pozitivní či negativní) k žádosti žalované o souhlas k zaměstnání, tedy ani žádný výraz připouštějící různý výklad, který by odůvodňoval aplikaci § 266 odst. 4 ObchZ. Nabízí se ovšem otázka, proč Nejvyšší soud na toto ustanovení o dva odstavce výše odkazuje, když sám správně podotýká, že závěr soudu nespočívá na interpretaci nějakých sporných výrazů.

<sup>5</sup> Draft Common Frame of Reference (dále jen „DCFR“).

<sup>6</sup> Principy evropského smluvního práva (Principles of European Contract Law), dále jen „PECL“.

Podobné řešení zná čl. 4.3 Zásad mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT; zde ovšem najdeme lehce pozměněnou formulaci, která tolik nezdůrazňuje mimořádnost věci („*conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract*“).

S následným chováním stran laboruje také čl. 8 odst. 3 Vídeňské úmluvy o mezinárodní koupi zboží<sup>7</sup>, a to s důrazem na zahrnutí **jakéhokoliv** následného chování stran („*In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties*“).

Naproti tomu je v *common law* v zásadě vyloučeno využít k interpretaci smluvního textu následné chování stran<sup>8</sup>, což ostatně platí – byť ne tak rezolutně – i pro předmluvní jednání<sup>9</sup>. Jde o důsledek doktríny *parol evidence rule*, která klade zásadní důraz na text smlouvy<sup>10</sup> a k jiným indiciím se staví přezíravě. Závěry doktríny a judikatury z oblasti *common law* jsou tedy pro naše poměry přenosné jen velmi omezeně. Následné chování strany ovšem není zcela bez významu, když může být dle okolností kvalifikováno jako změna smluvního vztahu dohodou účastníků<sup>11</sup>.

## V.

V kontextu shora uvedených modelových řešení a čl. 8 CISG lze zohlednění následného chování stran považovat za standardní součást interpretace. Navíc ani v kontextu českého práva nejde o revo-

<sup>7</sup> Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží z roku 1980 (dále jen „CISG“). V České republice se stala součástí právního řádu jako sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 160/1991 Sb., o Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží.

<sup>8</sup> Postupně se ovšem pod vlivem kontinentálního práva začínají objevovat první náznaky odklonu od dosavadních striktního pojetí (srov. blíže Mc. Lauchlan. *A contract contradiction*. Victoria University of Wellington Law Review 1999, s. 192 an).

<sup>9</sup> Srov. Lewison, K. *The interpretation of contracts*. 3. vyd. London: Sweet & Maxwell, 2004, s. 89.

<sup>10</sup> Corbin, A. „The Parol Evidence Rule“ (1944). *Faculty Scholarship Series*. Paper 2901. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2901](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2901)

<sup>11</sup> Srov. případ *Wilson v. Maynard Shipbuilding Consultants A.G. Ltd.*, cit. dle Cordero-Moss, G. *International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability*, Cambridge University Press 2014, s. 19.

luční novinku. Občanský zákoník jen přejal dosavadní obchodněprávní řešení, byť je poněkud upravil.

Co zůstalo, je **systematika interpretačních indicií**. Následné chování strany je jako interpretační vodítko uvedeno až jako poslední v pořadí, což intuitivně naznačuje jeho menší význam ve srovnání např. s praxí mezi smluvními partnery či předmluvním jednáním<sup>12</sup>.

Obchodní zákoník následné chování strany používal jako všeobecnou interpretační pomůcku a ukládal jej zohlednit nejenom u empirického výkladu, ale také u výkladu normativního. Je otázka, do jaké míry je toto zúžení občanského zákoníku žádoucí. V zásadě všechny periferní okolnosti slouží totiž podpůrně k určení skutečné a nikoliv hypotetické vůle jednajícího (smluvní strany) a pro normativní přístupy se z podstaty věci nezdají jako vhodné.

Druhý věcný odklon není ani tak odklonem jako spíše upřesněním. Obchodní zákoník umožňoval do interpretace zahrnout i následné chování, pokud to „připouštěla povaha věci“. Občanský zákoník je zde restriktivnější a nemlží „povahou věci“. Následné postupy mají být rozhodné jen v tom rozsahu, v jakém se vztahují k obsahu a významu již finálního právního jednání, které nelze nově doplňovat či rozšiřovat skrze nové okolnosti.

Jde tedy skutečně o to, jak „strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají“. Připouští se tedy interpretace vlastního projevu za podmínky, že byla „dána najevo“ (zpravidla tedy byla sdělena druhé straně, není to však podmínkou – k tomu více dále).

Rozhodné přitom může být i následné chování jedné ze stran, zejména pokud jde o postupy, které lze v rámci interpretace přičíst k její tíži. Pokud občanský zákoník míří na „strany“, je třeba tento pojem chápat tak, že pokrývá i projevy toliko jednoho ze smluvních partnerů.

## VI.

Zohlednění následného chování stran při interpretaci ovšem není zdaleka tak samozřejmé a bezrozporné, jak by se mohlo zdát na první pohled. Výhrady proti zahrnutí následných okolností do interpretačního procesu neustále přetrvávají v zahraniční doktríně i judikatuře. I přes relativně jednoznačné a definitivní řešení v § 556 odst. 2 OZ,

<sup>12</sup> Obdobně u čl. 8 CISG *Ferrari, B.* Münchener Kommentar k HGB, 3. Vydání 2013, komentář k č. 8 CISG (čerpáno z databáze beck.de).

podpořené navíc „ideovým krytím“ nadnárodních modelových předpisů či CISG, je namísto reflexe kritických a skeptických postojů. Mohou nám být totiž vhodnou připomínkou logických limitů a úskalí tohoto způsobu interpretace.

Např. v SRN hraje následný postup stran při interpretaci jednání svou roli, byť takový postup nemá oporu v explicitním řešení v právní úpravě<sup>13</sup> a dovozuje jej „pouze“ judikatura. Kritické či skeptické hlasy na ni ovšem nechybí<sup>14</sup>. Podle některých názorů by totiž soudy vůbec neměly při interpretaci právního jednání brát v úvahu cokoli, co časově následuje poté, co bylo adresné právního jednání doručeno adresátovi<sup>15</sup>. Toto paušální odmítnutí je obvykle odůvodňováno tím, že by strany získaly příliš velký prostor pro manipulaci se svými volními projevy<sup>16</sup>.

Shora uvedené obavy nepovažují za důvodné. Následné chování strany totiž samozřejmě nemůže měnit projev, který je již finální a jeho obsah je už jednou provždy zafixován. Nelze připustit, že projev vůle měl při dojití do sféry příjemce jeden význam a poté by získal či získával význam jiný podle aktuálních kalkulací aktérů. Následné chování stran již není součástí projevu vůle a je toliko interpretační oporou, vodítkem, indicií.

Následné chování stran je tedy „významné při výkladu použitého výrazu, nemůže však obsah právního úkonu nijak doplňovat, omezovat či jinak měnit“, srov. k tomu rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 23. 4. 2014, Cpjn 203/2013.

Ilustrativní ukázkou limitů následného chování jako indicie skutečné vůle je rozhodnutí BGH ze dne 7. 12. 2006, VII ZR 166/05, ze kterého plyne mj. následující: „Bei der Auslegung eines Rechtsgeschäfts kann das nachträgliche Verhalten der Partei nur in der Weise berücksichtigt werden, dass es Rückschlüsse auf ihren tatsächlichen Willen

und ihr tatsächliches Verständnis im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung zulassen kann“<sup>17</sup>.

Obdobně rozhodl německý BGH v rozsudku ze dne 16. 10. 1997, IX ZR 164/96: „Das nachträgliche Verhalten von Vertragspartnern kann zwar den bei Vertragsschluss zum Ausdruck gebrachten objektiven Gehalt der wechselseitigen Vertragserklärungen nicht mehr beeinflussen; es kann aber gleichwohl für die Auslegung bedeutsam sein, weil es Anhaltspunkte für den tatsächlichen Vertragswillen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses enthalten kann“<sup>18</sup>.

Zjištění soudu by se tedy mělo orientovat vždy do minula - tedy na to, jak strany chápaly výrazy ve smlouvě v době, kdy ji uzavíraly. Je zdánlivým paradoxem, že tak soud činí na základě okolností, které nastaly po uzavření smlouvy.

## VII.

Jak jsem již uvedl, tvůrci občanského zákoníku převzali systematiku *indicií využitelných při interpretaci* z bývalého obchodního zákoníku. Následné chování strany je jako interpretační vodítko uvedeno až jako poslední v pořadí, což naznačuje, že ve srovnání s jinými indiciemi (zavedená praxe, jednání o kontraktu) nebude zcela bezpečné a spolehlivé.

Dosavadní praxe Nejvyššího soudu ostatně ukazuje, že následné chování stran je aplikováno vždy s jinými interpretačními kritérii a má tak pouze podpůrný či argumentační význam<sup>19</sup>. To také koresponduje s praxí v zahraničí. Např. soudní judikatura ve Francii používá následné chování stran (*comportement des parties après la conclusion du contract*) při výkladu zcela standardně, nicméně v zásadě vždy spolu s dalšími indiciemi, a to aniž by se mezi nimi snažila vytvořit jakoukoliv hierarchii<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Ustanovení § 133 (Auslegung einer Willenserklärung) ukládá při výkladu projevu vůle zjistit skutečnou vůli a zapovídá doslovný výklad („Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“).

<sup>14</sup> Baldus, Ch. Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft, s. 137 an.

<sup>15</sup> Takto např. Schimmel, J. Zur Auslegung von Willenserklärungen, JA, 1998, s. 986, cit. dle Fricke, A.K., viz pozn. č. 20.

<sup>16</sup> Srov. rozhodnutí BGH NJW 1988, s. 2878.

<sup>17</sup> V pracovním překladu autora: „Při výkladu právního jednání může být zohledněno následné jednání strany jen do té míry, v jaké umožňuje zjištění o skutečné vůli a jejím chápání v okamžiku příslušného jednání“.

<sup>18</sup> V pracovním překladu autora: „Jakkoli následné chování smluvních partnerů již nemůže ovlivnit objektivně vyjádřený obsah vzájemných smluvních projevů, může být významné pro jeho výklad, neboť obsahuje vodítko pro určení skutečné smluvní vůle v okamžiku uzavření smlouvy“.

<sup>19</sup> Srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 23. 4. 2014, Cpjn 203/2013.

<sup>20</sup> Fricke, A.K. Die Berücksichtigung von Begleitumständen bei der Auslegung schriftlicher schuldrechtli-



## VIII.

Zajímavou otázkou je samotná povaha „následného chování stran“, které máme při interpretaci zohlednit. Jak již bylo uvedeno, občanský zákoník při stanovení rozhodných okolností nepoužívá pojem „následného chování stran“. Stanoví, že při výkladu projevu vůle má být zohledněno to, **jak strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají**. Není radno přeceňovat použité příslovce „jak“. Občanský zákoník zde nelze chápat instrumentálně; není tedy až tak důležité, jakou formou byl výklad stranou intimován<sup>21</sup>, ale spíše to, co bylo vlastním obsahem sdělení.

Oproti čl. 8:102 DCFR, čl. 5:102 PECL, čl. 4.3 UNIDROIT nebo čl. 8 odst. 3 Vídeňské úmluvy o mezinárodní koupi zboží je záběr českého občanského zákoníku již na první pohled užší. Do výkladu má být zahrnuta pouze vlastní interpretace stran, a to výhradně za podmínky, že ji strany daly **najevo**. To může problematizovat ta následná chování stran, která sice jsou indicií skutečné vůle (faktické chování jedné strany; způsob, jakým je sporná transakce zachycena v účetnictví smluvního partnera), nicméně je u nich diskutabilní, zda ji strany „daly najevo“<sup>22</sup>.

Namísto bude spíše širší pojetí, které bude zohledňovat i ty postupy, ze kterých bude vůle vyplývat jen nepřímou a z povahy věci – půjde např. o návrh na renegotiaci, kterou příslušná strana potvrzuje určitý nevýhodný význam sporného ujednání z pohledu vlastních zájmů (ze shora uvedeného plyne, že pro výklad může být relevantní i následné chování toliko jedné ze smluvních stran).

Za projev o obsahu a významu právního jednání lze podle mého názoru považovat také obsah **následných či vedlejších smluv uzavřených mezi smluvními partnery**. Ilustrativním je v tomto ohledu rozhodnutí francouzského Nejvyššího soudu ve věci Cass. 1ere civ. ze dne 7. 5. 1957, Bull. civ. IV, č. 475<sup>23</sup>, ve které se soud zabýval otázkou, zda nájemní smlouva uzavřená mezi účastníky předpokládala, že pronajímaný byt bude vybaven nábytkem či nikoliv. Ve smlouvě samotné nebylo o nábytku ani zmínky, nicméně ze znění vedlejší

dohody o kauci soud dovodil, že účastníci počítali s tím, že byt bude pronajat vybavený.

Pro interpretaci bude relevantní i chování toliko jedné strany. Ustanovení § 556 odst. 2 OZ tedy nelze pojímat tak, že pro výklad má být rozhodné pouze to, co strany daly ve shodě najevo.

## IX.

S výkladem podle následného chování stran je konečně spojena otázka po hranici mezi interpretací a konstrukcí. Dle občanského zákoníku je relevantní to, „jak strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají“. V tomto ohledu můžeme hovořit o autentické interpretaci smlouvy stranami<sup>24</sup>. Je pak otázkou, kde končí legitimní výklad smlouvy svými účastníky a kde začíná (stejně tak legitimní) ujednání o její změně. V praxi se jistě objeví případy na „pomezí“, kde bude obtížné odlišit, kdy strany „pouze“ vykládají smlouvu a kdy ji (resp. její změnu) tvoří.

Uvedené obtíže lze demonstrovat na případu „Haakjöringsköd“ (rozhodnutí německého RG ze dne 8. 6. 1920), kde byl podstatou sporu nesprávně užitý pojem při označení předmětu kupní smlouvy. Obě strany pod pojmem „Haakjöringsköd“ rozuměly velrybí maso, třebaže v norštině mělo toto slovo význam jiný, šlo o maso žraločí. Německý soud konstatoval, že smlouva byla platně uzavřena na velrybí maso, a to i přes nekorektní označení předmětu, jelikož strany byly (alespoň při vzniku smlouvy) zajedno ve významu tohoto pojmu (*falsa demonstratio non nocet*).

Potud historický příklad. Představme si nyní hypoteticky, že by účastníci po uzavření smlouvy buď a) uzavřeli dodatek ke smlouvě, kterým by změnili předmět smlouvy na velrybí maso a použili pro ně korektní označení, nebo b) v korespondenci se shodli na tom, že pod žraločním masem v privátním kódu rozumí maso velrybí. Z pohledu interpreta se může právě druhý z uvedených postupů jevit jako dohoda o změně předmětu. Pokud ovšem strany od počátku měly (nesprávně) za to, že výraz „Haakjöringsköd“ znamená velrybí maso, půjde „toliko“ o autentickou interpretaci smluvních stran.

cher Verträge, Logos Verlag Berlin, 2012, s. 165.

<sup>21</sup> Byť i to samozřejmě může hrát svoji roli.

<sup>22</sup> Např. následné smlouvy uzavírané s jinými partnery, přičemž tyto smlouvy podporují určitý výklad sporného pojmu.

<sup>23</sup> Cit. dle Fricke, A.K. Die Berücksichtigung von Begleitumständen bei der Auslegung schriftlicher schuldrechtlicher Verträge, Logos Verlag Berlin, 2012, s. 164.

<sup>24</sup> Srov. Melzer, F. in Melzer, F. Tégel, P. a kol. Občanský zákoník, § 419-654. Velký komentář. Svazek III, Praha, Leges 2014, s. 606.

## **Závěr**

Občanský zákoník stanoví kritéria, ke kterým se má „přihlédnout“ při empirické interpretaci projevu vůle. Dle § 556 odst. 2 OZ se má při výkladu projevu vůle mj. zohlednit to, jak strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají. Reflexe následného chování stran není v českém právu novinkou, tvůrci občanského zákoníku navazují na dosavadní řešení v obchodním zákoníku. Možnost interpretovat projev vůle na základě pozdějšího chování má také oporu v modelových nadnárodních předpisech či CISG a připouští je i judikatura zemí, které nemají explicitní úpravu jako ČR. Přesto není použití tohoto interpretačního kritéria tak jednoznačné, jak by se na první pohled zdálo. Otázky vyvolá zužující přístup občanského zákoníku, který oproti obchodnímu zákoníku umožňuje přihlédnout toliko k tomu, „k tomu, jak strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají“. Dle autora příspěvku není rozhodný způsob, jakým strany svůj výklad daly najevo, rozhodný je obsah. Nové znění na druhou stranu vhodně zdůrazňuje skutečnost, že následné chování stran (či je jen jedné strany) nemůže měnit projev, který je již finální a jeho obsah je už jednou provždy zafixován. U jednoduchého výkladu nelze připustit, že projev vůle měl při dojití do sféry příjemce jeden význam a poté by získal či získával význam jiný podle aktuálních kalkulací aktérů. Následné chování strany (či stran) již není součástí projevu vůle a je toliko interpretačním vodítkem. Zkušenosti zahraniční judikatury naznačují, že následné chování stran bude soudy z opatrnosti reflektováno vedle ostatních rozhodných okolností (praxe mezi stranami, jednání o smlouvě) a nebude při výkladu projevů vůle dominovat.

## **Summary**

In recent times, contract interpretation has become one of the most contentious areas of the law of contract. The law relating to the interpretation of contracts varies around the world. Some civil law countries take a subjective approach which defers to the actual common intention of the parties. Some countries prefer an objective approach to the interpretation of contracts. The interpretation of contracts in the Czech Civil Code lies in the combination of the subjective and (subordinate) objective methods of interpretation. In determining the intent of a party, consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties

have established between themselves and any subsequent conduct of the parties.

The author argues that there are no convincing reasons of principle, policy or convenience for refusing to receive evidence of post-contractual negotiations and subsequent conduct, even though later recollections of what was meant may be unreliable. The parties' behavior may naturally better reveal their intentions in a transparent and objective way. Author deals with the extent to which post-contractual negotiations and another subsequent conducts are admissible to aid the interpretation of (commercial) contracts.

# Štátna kontrola v procesoch cezhraničného zlúčenia a splynutia podľa slovenského práva\*

Mária Patakyová\*\*, Angelika Mašurová\*\*\*

## 1 Úvod

Procesy cezhraničného zlúčenia a splynutia<sup>1</sup> predstavujú v praxi závažný a častokrát veľmi komplikovaný proces „premeny spoločností“, v neposlednom rade aj z toho dôvodu, že dochádza k „stretu“ minimálne dvoch rozdielnych právnych poriadkov. Dôležitú úlohu v týchto procesoch zohráva obligatórna štátna kontrola jednotlivých etáp fúzie, a to predovšetkým z dôvodu ochrany veriteľov, zamestnancov a menšinových spoločníkov spoločností podieľajúcich sa na cezhraničnej fúzii.

\* Tento článok vznikol vďaka podpore v rámci OP Výskum a vývoj pre dopytovo-orientovaný projekt: Univerzitný vedecký park Univerzity Komenského v Bratislave, ITMS 26240220086 spolufinancovaný zo zdrojov Európskeho fondu regionálneho rozvoja.

\*\* Prof. JUDr. Mária Patakyová, CSc., je profesorkou na Katedre obchodného, finančného a hospodárskeho práva na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave. Je zodpovednou riešiteľkou aktivity 2. 8. Právne výzvy v rámci projektu UNIVERZITNÝ VEDECKÝ PARK na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave.

Venovanie: Čím viac vieš, tým buď menej chladný, cudzí osud nech Ťa bolí viac než vlastný, nedaj ho ako cenu do tomboly, vedz: žiješ aby iní boli šťastní. Pán profesor Hajn je pre mňa zosobením tohto výroku, ktorý sme si ako maturanti zvolili za naše absolventské motto. Ďakujem pánovi profesorovi za tú živú nádej, že aj v akademickom prostredí sa dá intelektuálne vyniknúť bez ujmy na osudoch iných osôb.

\*\*\* Dr. iur. Angelika Mašurová pracuje ako výskumná pracovníčka na Výskumnom inštitúte pre právo strednej a východnej Európy na Ekonomickej univerzite vo Viedni (Forschungsinstitut für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht/Wirtschaftsuniversität Wien). Súčasne pôsobí v rámci projektu UNIVERZITNÝ VEDECKÝ PARK na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave.

<sup>1</sup> Ďalej ako „cezhraničné fúzie“.

Táto štúdia sa zaoberá efektivitou a rozsahom obligatórnej kontroly zo strany slovenských štátnych inštitúcií v rámci procesoch cezhraničných fúzii kapitálových spoločností a jej možným dopadom na samotný priebeh fúzie. Zameriava sa tiež na problematiku, nakoľko slovenský zákonodarca zohľadnil pri jej uzákonení minimálne požiadavky európskeho práva.

## 2 Európska predloha

Na európskej úrovni predstavuje právny základ pre cezhraničné fúzie smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/56/ES z 26. októbra 2005 o cezhraničných zlúčeníach alebo splynutiach kapitálových spoločností,<sup>2</sup> ktorá bola naposledy zmenená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2014/59/EÚ z 15. mája 2014, ktorou sa stanovuje rámec pre ozdravenie a riešenie krízových situácií úverových inštitúcií a investičných spoločností a ktorou sa mení smernica Rady 82/891/EHS a smernice Európskeho parlamentu a Rady 2001/24/ES, 2002/47/ES, 2004/25/ES, 2005/56/ES, 2007/36/ES, 2011/35/EÚ, 2012/30/EÚ a 2013/36/EÚ a nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 1093/2010 a (EÚ) č. 648/2012.<sup>3</sup> Členské štáty boli povinné transponovať smernicu o cezhraničných fúziách do svojich právnych poriadkov najneskôr k 15. decembru 2007.

Smernica o cezhraničných fúziách upravuje v prevažnej miere proces cezhraničnej fúzie do okamihu jej účinku. Stanovuje primeranú kontrolu ukončenia a zákonnosti prijímania rozhodnutí v každej spoločnosti podieľajúcej sa na cezhraničnej fúzii, ktorú by mal vykonať vnútroštátny orgán príslušný pre túto spoločnosť, zatiaľ čo kontrola ukončenia a zákonnosti cezhraničnej fúzie by mala byť vykonaná vnútroštátnym orgánom príslušným pre spoločnosť, ktorá je výsledkom cezhraničnej fúzie. Týmto vnútroštátnym orgánom môže byť

<sup>2</sup> Ú. v. ES L 310, 25. 11. 2005, s. 1 – 9. Ďalej ako „smernica o cezhraničných fúziách“.

<sup>3</sup> Ú. v. EÚ L 173, 12. 06. 2014, s. 190 – 348.

v oboch prípadoch súd, notár, alebo akýkoľvek iný príslušný orgán určený dotknutým členským štátom.<sup>4</sup> Táto povinnosť členských štátov je následne konkretizovaná v čl. 10 a nasl. smernice o cezhraničných fúziách.

Čl. 10 ods. 1 smernice o cezhraničných fúziách zaväzuje členské štáty poveriť súd, notára alebo iný príslušný orgán, aby preskúmali dodržanie postupu ustanoveného právnymi predpismi vzťahujúcimi sa na cezhraničnú fúziu, pokiaľ ide o tú časť operácie týkajúcu sa každej spoločnosti podieľajúcej sa na fúzii, pri ktorej táto spoločnosť podlieha vnútroštátnemu právnemu poriadku. Podľa čl. 10 ods. 2 smernice o cezhraničných fúziách je príslušný orgán každého členského štátu, v ktorom má sídlo spoločnosť podieľajúca sa na fúzii, povinný bez zbytočného odkladu vydať tejto spoločnosti osvedčenie, z ktorého nepochybne vyplýva, že sa riadne uskutočnili právne úkony a formálne náležitosti, ktoré fúzii predchádzali.

Povinnosť členských štátov opätovne preskúmať zákonnosť cezhraničnej fúzie pred jej dokončením stanovuje čl. 11 smernice o cezhraničných fúziách. Aj na tento účel určí každý členský štát súd, notára alebo iný príslušný orgán, aby preskúmali dodržanie postupu ustanoveného právnymi predpismi vzťahujúcimi sa na cezhraničné fúzie, pokiaľ ide o tú časť operácie, ktorá sa týka uskutočnenia cezhraničnej fúzie, prípadne vzniku novej spoločnosti, ktorá je výsledkom cezhraničného splynutia, ak spoločnosť, ktorá je výsledkom cezhraničnej zlúčenia alebo splynutia podlieha jeho vnútroštátnemu právnemu poriadku. Týmto je ustanovená právna kontrola zo strany príslušného štátneho orgánu v štáte, v ktorom má sídlo nástupnícka spoločnosť.<sup>5</sup> Tento orgán preskúma najmä to, či spoločnosti, ktoré sa podieľajú na cezhraničnej fúzii, schválili spoločný návrh zmluvy o cezhraničnej fúzii v rovnakom znení a prípadne, či bola dohoda o účasti zamestnancov na spoločných rozhodnutiach uzavretá v súlade s článkom 16 zmluvy o cezhraničných fúziách. Na tento účel každá zo spoločností, ktorá sa podieľa na cezhraničnej fúzii, predloží orgánu príslušnému na preskúmanie osvedčenie podľa čl. 10 ods. 2 smernice o cezhraničných fúziách, a to do šiestich mesiacov od jeho vydania, ako aj návrh zmluvy o cezhraničnej fúzii schválený valným zhromaždením.

Z uvedeného vyplýva, že podľa európskej predlohy sa kontrola dodržania právnych predpisov musí vykonávať v rámci dvojstupňového procesu, ktorý zodpovedá povahe cezhraničnej fúzie: Najprv

sa v každom členskom štáte, v ktorom majú sídlo spoločnosti podieľajúce sa na fúzii, predbežne kontroluje dodržanie tamojších právnych predpisov, čo bude potvrdené predbežným osvedčením príslušného štátneho orgánu. Potom nasleduje ďalšia kontrola v štáte sídla nástupníckej spoločnosti bezprostredne pred účinkom cezhraničnej fúzie, t.j. pred jej zápisom do príslušného verejného registra.<sup>6</sup>

Podľa čl. 12 smernice o cezhraničných fúziách sa fúzia nemôže stať účinnou pred ukončením kontroly zo strany štátneho orgánu, ktorý je príslušný pre nástupnícku spoločnosť.<sup>7</sup> Pri rešpektovaní uvedeného zákazu členské štáty môžu určiť deň, kedy cezhraničná fúzia nadobúda účinnosť podľa vlastného uváženia. Po tomto dni nemôže byť, v zmysle čl. 17 smernice o cezhraničných fúziách, cezhraničná fúzia, ktorá nadobudla účinnosť, vyhlásená za neplatnú.

Register, do ktorého sa zapisuje spoločnosť, ktorá je výsledkom cezhraničnej fúzie, je povinný<sup>8</sup> bezodkladne oznámiť prostredníctvom systému prepojenia centrálnych registrov, obchodných registrov a registrov spoločností zriadeného v súlade s čl. 4a ods. 2 smernice 2009/101/ES<sup>9</sup> registru, do ktorého bola každá zo spoločností povinná ukladať dokumenty, že cezhraničná fúzia nadobudla účinnosť. Pre prax je významné, že výmaz pôvodných zápisov, t.j. výmaz zanikajúcich spoločností, sa nemôže uskutočniť pred prijatím tohto oznámenia.

### 3 Notárska kontrola

V súlade so smernicou o cezhraničných fúziách prislúcha na Slovensku štátnemu dohľadu pri cezhraničných fúziách oveľa dôležitejšia úloha ako v prípade vnútroštátnych fúzií. Tento dohľad vykonávajú podľa slovenskej právnej úpravy v prípravnej fáze cezhraničnej fúzie notári. Zákon vyžaduje nie len to, aby bola zmluva o cezhraničnej fúzii vyhotovená vo forme notárskej zápisnice o práv-

<sup>6</sup> Porovnaj Habersack, M. – Verse, D. *Europäisches Gesellschaftsrecht*. 4. Auflage. München: C. H. Beck, 2011, s. 271.

<sup>7</sup> Porovnaj Habersack, M. – Verse, D. op.cit., s. 271.

<sup>8</sup> Čl. 13 podods. 2 smernice o cezhraničných fúziách.

<sup>9</sup> Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2009/101/ES zo 16. septembra 2009 o koordinácii záruk, ktoré sa od obchodných spoločností v zmysle článku 48 druhého odseku zmluvy vyžadujú v členských štátoch na ochranu záujmov spoločníkov a tretích osôb s cieľom zabezpečiť rovnocennosť týchto záruk (kodifikované znenie), Ú. v. ES L 258, 1. 10. 2009, s. 11.

<sup>4</sup> 7. bod preambule smernice o cezhraničných fúziách.

<sup>5</sup> VAVROVSKY, N. Grenzüberschreitende Verschmelzung. *ecolex*. 2006, Nr. 11, s. 954 n.

nom úkone. Okrem toho musí notár<sup>10</sup> pred zápisom cezhraničnej fúzie do obchodného registra pri slovenskej zúčastnenej spoločnosti preskúmať splnenie požiadaviek ustanovených pre cezhraničnú fúziu. Následne na to vydá notár slovenskej spoločnosti zúčastnenej na fúzii osvedčenie vo forme notárskej zápisnice. Vydanie notárskeho osvedčenia sa spravuje osobitným zákonom č. 323/1992 Zb o notároch a notárskej činnosti – Notársky poriadok v znení neskorších predpisov. Podľa § 63a Notárskeho poriadku notár formou notárskej zápisnice na základe predložených listín osvedčí splnenie podmienok ustanovených osobitným predpisom.<sup>11</sup> V notárskej zápisnici notár uvedie, splnenie ktorých podmienok osvedčoval a akým spôsobom bolo ich splnenie preukázané. Okrem toho pripojí osvedčovaci doložku o tom, že nezistil žiadne prekážky na postup účastníka podľa osobitného predpisu.

Predmetné zákonné ustanovenie zaviedlo v súlade so smernicou o cezhraničných fúziách povinnú notársku kontrolu dodržania „požiadaviek“ ustanovených zákonom pre cezhraničné fúzie, ktoré musia byť splnené pred nadobudnutím účinkov fúzie. Avšak ani smernica o cezhraničných fúziách, ani príslušné ustanovenia Obchodného zákonníka nezodpovedajú jednoznačne pre prax obzvlášť dôležitú otázku, čo konkrétne je predmetom povinnej notárskej kontroly.<sup>12</sup> Predovšetkým výslovne neupravujú, či postačuje, ak notár jednotlivé zákonom stanovené predpoklady pre uskutočnenie cezhraničnej fúzie preverí len z formálneho hľadiska alebo či je okrem toho aj potrebné, aby jednotlivé fázy prípravy cezhraničnej fúzie posúdil aj z materiálneho hľadiska. Podľa nášho názoru znenie smernice o cezhraničných fúziách<sup>13</sup> pou-

kazuje skôr na to, že členské štáty Európskej únie boli pri transponovaní smernice o cezhraničných fúziách popri formálnej kontrole povinné zaviesť aj materiálnu kontrolu zo strany štátnych orgánov,<sup>14</sup> predovšetkým v súvislosti s dodržaním pravidiel vytvárania a zachovania základného kapitálu a s dodržaním pravidiel zákazu vrátenia vkladov.<sup>15</sup> Povinnosť materiálnej kontroly zo strany notárov považujeme za žiaducu aj s ohľadom na skutočnosť, že registrový súd pred zápisom cezhraničnej fúzie taktiež nevykonáva dostatočnú materiálnu kontrolu.<sup>16</sup> Toto však slovenský zákonodarca pri stanovení povinností notárov v súvislosti s cezhraničnými fúziami nezohľadnil.<sup>17</sup> Notárska kontrola sa sústreďuje len na preskúmanie dodržania „technických“ krokov v rámci prípravnej fázy<sup>18</sup> cezhraničnej fúzie.

V súvislosti s majetkovo-právnymi nárokmi minoritných akcionárov sa riadi rozsah notárskej kontroly podľa osobitných ustanovení § 218ja ods. 3 ObZ a § 218jb ods. 3 ObZ.<sup>19</sup> V zmysle tejto úpravy notár nevydá osvedčenie, ktoré je potrebné pre zápis fúzie, ak slovenská zúčastnená spoločnosť nezaslala oprávneným akcionárom<sup>20</sup> návrh zmluvy

ods. 2, na základe ktorého má z vystaveného osvedčenia nepochybne vyplývať „že sa riadne uskutočnili právne úkony a formálne náležitosti, ktoré predchádzali zlúčeniu alebo splynutiu.“

<sup>14</sup> Opačný názor zastáva Lazíková, J., op. cit., s. 4, podľa ktorej sa dá zo smernice o cezhraničných fúziách priamo dovodiť, že európsky zákonodarca mal v úmysle ponechať v kompetencii jednotlivých členských štátov, čo konkrétne a v akom rozsahu má byť pred zápisom cezhraničnej fúzie preskúmané príslušnými štátnymi orgánmi.

<sup>15</sup> V oboch prípadoch sa jedná o problematiku, ktorá vzniká predovšetkým v súvislosti s importnými fúziami, t.j. keď sídlo nástupníckej spoločnosti je na území Slovenskej republiky.

<sup>16</sup> Porovnaj aj Patakyová, M. – Mašurová, A. In: M. Patakyová a kolektív, *Obchodný zákonník. Komentár*. 4. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 861 a nasl.

<sup>17</sup> Pozri Pala, R. – Palová, I. – Leontiev, A., op. cit., s. 114 n., ktorí sa odvolávajú predovšetkým na znenie § 63a Notárskeho poriadku.

<sup>18</sup> Podrobne k tomu pozri Pala, R. – Palová, I. – Leontiev, A., op. cit., s. 115 nn.

<sup>19</sup> Na základe všeobecných odkazov v § 69aa ods. 6 ObZ a v § 152a ods. 1 ObZ sa uplatnia tieto ustanovenia aj v prípade cezhraničných fúzií spoločností s ručením obmedzeným.

<sup>20</sup> Podľa § 218ja ods. 1 prvá veta ObZ ak nie sú výmenný pomer akcií a prípadné doplatky v peniazoch určené zmluvou o cezhraničnom splnutí alebo zmluvou o cezhraničnom zlúčení spoločností primerané, každý akcionár, ktorý bol akcionárom niektorej zo slovenských

<sup>10</sup> § 69aa ods. 7 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov, ďalej ako „ObZ“.

<sup>11</sup> V ustanovení je v poznámke pod čiarou v tejto súvislosti demonštratívne uvedených niekoľko zákonov. I keď sa Obchodný zákonník medzi nimi nenachádza, treba vychádzať z toho, že sa ust. § 63a Notársky poriadok vzťahuje aj na ustanovenia Obchodného zákonníka upravujúce notársku kontrolu pri cezhraničných fúziách. Porovnaj Lazíková, J. Fúzie obchodných spoločností v EÚ v kontexte desiatej obchodnej smernice. *Ars Notaria*. 2013, č. 1, s. 3; Pala, R. – Palová, I. – Leontiev, A. *Cezhraničné fúzie*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 114, pozn. pod čiarou č. 192.

<sup>12</sup> Porovnaj Lazíková, J., op. cit., s. 3.

<sup>13</sup> Predovšetkým čl. 10 ods. 1, ktorý zaväzuje členské štáty, aby poverili príslušný orgán preskúmaním dodržania „postupu ustanoveného právnymi predpismi vzťahujúcimi sa na cezhraničné zlúčenie alebo splnutie, pokiaľ ide o tú časť operácie (.), pri ktorej táto spoločnosť podlieha vnútroštátnemu právnemu poriadku“, a čl. 10

určujúci nový výmenný pomer akcií, prípadne výmenný pomer akcií s primeraným doplatkom alebo návrh zmluvy určujúci primeraný peňažný doplatok najneskôr v lehote 30 dní od konania valného zhromaždenia, ktoré schválilo cezhraničnú fúziu. Notár rovnako nemôže vydať toto osvedčenie, pokiaľ sa právoplatne neskončia všetky súdneho konania o preskúmaní tohto návrhu zmluvy, ibaže by zmluva o cezhraničnej fúzii obsahovala dohodu o právomoci súdu a o rozhodnom práve, na základe ktorej môžu akcionári uplatňovať právo preskúmania návrhu zmluvy voči nástupníckej spoločnosti na slovenskom súde a na základe slovenského práva a súhlas zúčastnených spoločností s takým dodatočným vyporiadaním. Notárske osvedčenie musí v takom prípade obsahovať informáciu aj o tom, že také konania prebiehajú.

Obdobne notár potrebné osvedčenie nevydá, ak slovenská zúčastnená spoločnosť nezaslala akcionárom oprávneným vystúpiť zo spoločnosti<sup>21</sup> návrh zmluvy o odkúpení akcií v lehote 30 dní od konania valného zhromaždenia, ktoré schválilo cezhraničnú fúziu. Notár môže taktiež v tomto prípade vydať osvedčenie až vtedy, keď sa právoplatne skončia všetky súdne konania ohľadne výšky peňažného protiplnenia, ibaže by zmluva o cezhraničnej fúzii obsahovala dohodu o právomoci súdu a o rozhodnom práve, na základe ktorej môžu akcionári oprávnení vystúpiť zo spoločnosti uplatňovať právo preskúmania návrhu zmluvy o odkúpení akcií voči nástupníckej spoločnosti na slovenskom súde a na základe slovenského práva a súhlas zúčastnených

zúčastnených spoločností v čase konania valného zhromaždenia, ktoré rozhodlo o schválení návrhu zmluvy o cezhraničnom splynutí alebo zmluvy o cezhraničnom zlúčení spoločností, ktorý bol na tomto valnom zhromaždení prítomný a požiadal o zápis svojho nesúhlasného stanoviska s výmenným pomerom akcií a prípadnými doplatkami v peniazoch do zápisnice z tohto valného zhromaždenia, má právo, aby mu slovenská zúčastnená spoločnosť doplatila primeraný peňažný doplatok.

<sup>21</sup> Podľa § 218jb ods. 1 prvá veta ObZ v prípade cezhraničného zlúčenia alebo cezhraničného splynutia spoločností každý akcionár, ktorý bol akcionárom niektorej zo slovenských zúčastnených spoločností v čase konania valného zhromaždenia, ktoré rozhodlo o schválení návrhu zmluvy o cezhraničnom splynutí alebo zmluvy o cezhraničnom zlúčení spoločností, a ktorý bol na tomto valnom zhromaždení prítomný, hlasoval proti schváleniu návrhu zmluvy o cezhraničnom splynutí alebo zmluvy o cezhraničnom zlúčení spoločností a požiadal o zápis svojho nesúhlasného stanoviska spolu so žiadosťou o zaslanie návrhu zmluvy na odkúpenie jeho akcií do zápisnice z tohto valného zhromaždenia, má právo, aby od neho slovenská zúčastnená spoločnosť odkúpila akcie za primerané peňažné protiplnenie.

spoločností s takým dodatočným vyporiadaním, pričom notárske osvedčenie musí v takom prípade obsahovať informáciu o tom, že také konania prebiehajú.

Uvedené zákonné ustanovenia vychádzajú z čl. 10 ods. 3 smernice o cezhraničných fúziách. Avšak, na rozdiel od slovenských ustanovení, smernica o cezhraničných fúziách obligatórne nepredpisuje, že minoritní akcionári spoločnosti, ktorým by pri vnútroštátnych fúziách prislúchalo právo na preskúmanie výmenného pomeru resp. právo na preskúmanie výšky peňažného protiplnenia, musia mať možnosť uplatniť tieto práva aj v prípade cezhraničných fúzií. Smernica o cezhraničných fúziách naproti tomu stanovuje, že minoritní akcionári môžu tieto práva uzákonené v ich národnom právnom poriadku pri cezhraničných fúziách uplatniť „*iba vtedy, ak* ostatné spoločnosti podieľajúce sa na splynutí alebo zlúčení, ktoré majú sídlo v členských štátoch, ktorých právne poriadky tieto postupy neupravujú, pri schválení návrhu zmluvy o cezhraničnom zlúčení alebo zmluvy o cezhraničnom splynutí podľa čl. 9 ods. 1 výslovne súhlasia s tým, že spoločníci tejto prvej spoločnosti podieľajúcej sa na zlúčení alebo splynutí môžu uplatniť s tým súvisiace práva na súde príslušnom pre danú spoločnosť.“<sup>22</sup> A len v tomto prípade je nutné, aby príslušný štátny orgán, v ktorého kompetencii je vydanie potrebného osvedčenia, v tomto osvedčení uviedol, že takéto konania prebiehajú. Slovenská právna úprava naproti tomu núti spoločnosti podieľajúce sa na cezhraničnej fúzii v prípade, že sa v slovenskej zúčastnenej spoločnosti nachádzajú nespokojní minoritní akcionári, uzatvoriť takúto dohodu v rámci zmluvy o cezhraničnej fúzii,<sup>22</sup> pretože ako náhle oprávnení minoritní akcionári uplatnia právo na preskúmanie výmenného pomeru resp. právo na preskúmanie peňažného doplatku a primeraného peňažného protiplnenia na súde a zmluva o cezhraničnej fúzii neobsahuje dohodu spoločností, že minoritní akcionári môžu po účinnosti fúzie uplatňovať tieto práva voči nástupníckej spoločnosti na slovenskom súde podľa slovenského práva, nesmie notár osvedčenie potrebné pre zápis fúzie vôbec vystaviť a v takomto prípade by sa už

<sup>22</sup> Porovnaj naproti tomu napr. § 12 rakúsky EU-Ver-schmelzungsgesetz, na základe ktorého nie je nutné takúto dohodu uzavrieť; to by však viedlo k tomu, že by uznesenie valného zhromaždenia o schválení cezhraničnej fúzie mohlo byť napadnuté z dôvodu, že výmenný pomer akcií alebo výška peňažného protiplnenia nie sú primerané, pozri Eckert, G. In S. Kalss. *Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung. Kommentar*. 2. Auflage. Wien: Manz, 2010, s. 709.

začatá cezhraničná fúzia vôbec nemohla uskutočniť.<sup>23</sup>

V praxi môže okrem toho spôsobiť značné ťažkosti aj § 218ja ods. 3 prvá veta. Podľa doslovného znenia tohto ustanovenia notár *nevydá* osvedčenie potrebné pre zápis cezhraničnej fúzie, ak slovenská zúčastnená spoločnosť nezaslala akcionárom, ktorí spĺňajú podmienky v zmysle § 218ja ods. 1 prvá veta ObZ v lehote 30 dní od konania valného zhromaždenia, ktoré schválilo cezhraničnú fúziu, návrh zmluvy určujúci *nový* výmenný pomer akcií, prípadne výmenný pomer akcií s primeraným doplatkom alebo návrh zmluvy určujúci primeraný peňažný doplatok. Interpretáciou, ktorá by sa striktnie držala doslovného znenia daného ustanovenia, by sa mohlo dôjsť k názoru, že slovenská zúčastnená spoločnosť je v každom prípade povinná ponúknuť akcionárom peňažný doplatok, ktorý prevyšuje doplatok schválený v zmluve o cezhraničnej fúzii, lebo inak jej notár nebude môcť vydať osvedčenie potrebné pre zápis fúzie. Takýto výklad predmetného ustanovenia by však bol podľa nášho názoru nesprávny; minoritní akcionári slovenskej spoločnosti majú len v tom prípade nárok na (ďalší) doplatok, ak boli výmenný pomer resp. výška doplatku stanovené v zmluve o cezhraničnej fúzii v ich neprospech neprimerane. Praktický problém však predstavuje skutočnosť, že v prípade, ak sa v slovenskej spoločnosti nachádzajú oprávnení akcionári v zmysle § 218ja ods. 1 prvá veta ObZ, zaslanie návrhu zmluvy určujúci (nový) primeraný doplatok predstavuje obligatórnu podmienku pre vydanie notárskeho osvedčenia, aj keď boli výmenný pomer a prípadná výška doplatkov v zmluve o cezhraničnej fúzii určené primerane. Zastávame preto názor, že v prípade, ak sú členovia predstavenstva slovenskej akciovej spoločnosti zúčastnenej na cezhraničnej fúzii presvedčení, že výmenný pomer akcií a príp. výška doplatkov sú v zmluve o cezhraničnej fúzii stanovené primerane, nie sú povinní v návrhu zmluvy, ktorý zašlú akcionárom ponúkať ďalšie peňažné doplatky, ale sú oprávnení v nej uviesť ten istý výmenný pomer resp. tú istú výšku doplatkov, ktoré boli schválené v zmluve o cezhraničnej fúzii.<sup>24</sup>

#### 4 Kontrola registrovým súdom

V prípade importnej fúzie je registrový súd, v ktorého obvode má resp. bude mať sídlo slovenská nástupnícka spoločnosť, tou štátnou inštitú-

ciou, ktorá dohliada na konečné prevedenie fúzie a v kompetencii ktorej je zápis cezhraničnej fúzie. Zápis sa vykoná na základe formulárového návrhu podľa zákona o obchodnom registri.<sup>25</sup> Podľa § 7 ods. 16 zákona o obchodnom registri je registrový súd pred zápisom cezhraničnej fúzie povinný z predložených listín preveriť len nasledovné osobitné skutočnosti:

- či zúčastnená spoločnosť a nástupnícka spoločnosť majú obdobnú právnu formu; výnimku môže predstavovať len prípad zlúčenia spoločností s ručením obmedzeným a akciovej spoločnosti v zmysle § 218 l ods. 1 ObZ, pri ktorom spoločnosť s ručením obmedzeným zaniká,
- či spoločnosti podieľajúce sa na cezhraničnej fúzii schválili návrh zmluvy o cezhraničnej fúzii v rovnakom znení,
- či všetky slovenské zúčastnené spoločnosti dodržali požiadavky kladené na postup pri cezhraničnej fúzii ustanovené osobitným zákonom, ktorých splnenie sa preukazuje predložením notárskeho osvedčenia ktoré nesmie byť staršie ako šesť mesiacov,
- či všetky zahraničné zúčastnené spoločnosti dodržali požiadavky kladené na postup pri cezhraničnej fúzii ustanovené právnymi predpismi štátu, na ktorého území majú tieto spoločnosti svoje sídla, ktorých splnenie sa preukazuje predložením osvedčenia alebo inej verejnej listiny vydanéj v súlade s právnymi predpismi daného štátu, ktoré nesmie byť staršie ako šesť mesiacov,
- či bola uzavretá dohoda o účasti zamestnancov na riadení tam, kde bola v súlade s ustanoveniami osobitného zákona potrebná.<sup>26</sup>

Z toho sa dá vyvodiť, že podľa slovenského práva je štátna kontrola aj v druhej fáze cezhraničnej fúzie nastavená skôr formálne, keďže ako dôkaz dodržania obligatórných zákonných požiadaviek kladených na postup pri cezhraničnej fúzii zo strany zúčastnených slovenských spoločností slúži osvedčenie vystavené notárom, ktorý tiež nemá povinnosť materiálnej kontroly.<sup>27</sup> Zápis importnej fúzie do slovenského obchodného registra má konštitutívny účinok.<sup>28</sup> V prípade, ak sú splnené hore uvedené podmienky, registrový súd vykoná na základe § 8 ods. 1 zákona o obchodnom registri zápis v lehote 21 dní od podania návrhu na zápis.

<sup>25</sup> Zákon č. 530/2003 Z.z. v znení neskorších predpisov.

<sup>26</sup> Pozri § 218la až 218lk ObZ

<sup>27</sup> Porovnaj Pala, R. – Palová, I. – Leontiev, A., op. cit., s. 136.

<sup>28</sup> § 69a ods. 1 ObZ. Pozri aj Pala, R. – Palová, I. – Leontiev, A., op. cit., s. 138.

<sup>23</sup> Pala, R. – Palová, I. – Leontiev, A., op. cit., s. 119 n.

<sup>24</sup> Porovnaj Patakyová, M. – Mašurová, A., op. cit., s. 917.

Ak návrh na zápis obsahuje deň, ku ktorému má byť navrhovaný údaj zapísaný, registrový súd zapíše údaj k tomuto dňu. Ak registrový súd vykonáva zápis neskôr alebo ak návrh na zápis neobsahuje deň, ku ktorému má byť navrhovaný údaj zapísaný, registrový súd zapíše navrhovaný údaj ku dňu nasledujúcemu po dni vykonania zápisu. Proti vykonaniu zápisu v súlade s návrhom na zápis nie sú prípustné námietky.

Ak nástupnícka spoločnosť nebude mať sídlo na území Slovenskej republiky, na základe ust. § 69aa ods. 8 druhá veta ObZ registrový súd vykoná v obchodnom registri výmaz zanikajúcej slovenskej zúčastnenej spoločnosti bez zbytočného odkladu po doručení oznámenia zahraničného registra alebo inej evidencie, do ktorej sa zapisuje nástupnícka spoločnosť, že cezhraničná fúzia nadobudla účinnosť. Zápis sa v tomto prípade vykoná ku dňu nadobudnutia účinnosti cezhraničnej fúzie a má len deklaratórny účinok.<sup>29</sup> Súd v danom prípade postupuje na základe konania vo veciach obchodného registra podľa § 200a Občianskeho súdneho poriadku.<sup>30</sup> Pôjde o konanie, ktorým sa má dosiahnuť zhoda medzi zápisom v obchodnom registri a skutočným stavom inak ako na základe návrhu na zápis, zmenu zápisu alebo výmaz údajov podľa zákona o obchodnom registri.<sup>31</sup> Konanie vo veciach obchodného registra môže registrový súd začať aj bez návrhu.<sup>32</sup> Ak sa konanie vo veciach obchodného registra začína na návrh, tento návrh musí byť doložený listinami preukazujúcimi skutočnosť, ktoré sa majú do obchodného registra zapísať. Podanie, ktoré nemá náležitosti návrhu, sa považuje za podnet na začatie konania bez návrhu.<sup>33</sup> V súvislosti s týmto konaním – či už sa začne *ex officio* alebo na základe návrhu – predstavuje pre prax vážny problém skutočnosť, že zákon nestanovuje žiadnu lehotu, v rámci ktorej je registrový súd povinný výmaz slovenskej zanikajúcej spoločnosti vykonať. Napriek tomu, že v príslušnom zákonom ustanovení výslovne stojí, že výmaz sa má vykonať bez zbytočného odkladu, môže v skutočnosti prejsť aj niekoľko mesiacov, kým k výmazu dôjde.<sup>34</sup> Takáto situácia vedie k právnej neistote, predovšetkým vo vzťahu k súdnym konaniam, ktoré začnú voči zanikajúcej slovenskej spoločnosti, ktorá počas týchto

konaní *de iure* prestane existovať, *de facto* je však určitú dobu naďalej zapísaná v obchodnom registri.

## 5 Záver

Slovenský zákonodarca zveril štátnu kontrolu v prípravnej časti cezhraničnej fúzie notárom, zatiaľ čo konečnú časť dal do kompetencie registrových súdov. V súvislosti s kontrolou cezhraničných fúzií vnímame ako problematickú najmä skutočnosť, že cezhraničná fúzia nepodlieha na slovenskej strane dostatočnej materiálnej kontrole – najmä čo sa týka pravidiel zachovania základného kapitálu a pravidiel zákazu vrátenia vkladov – zo strany ani jednej z týchto inštitúcií a že zákon nezakotvuje žiadnu lehotu, počas ktorej by bol slovenský registrový súd v prípade exportnej fúzie povinný vymazať slovenskú zanikajúcu spoločnosť z obchodného registra.

## Summary

This article deals with a specific legal issue associated with cross-border mergers: state control of cross-border merger processes.

The process of cross-border merger demonstrates a distinguished and often a very complicated process of “company transformation” because it causes a “collision” of at least two legal systems. The mandatory state control of the particular stages of merger plays an important part within these processes, especially on the ground of protection of creditors, employees and minority shareholders of merging companies. The Slovak legislative authority confided the state control in the preparatory merger phase to notaries whereas the final stage of merger was put into the authority of register courts. This study focuses on efficiency and scope of the mandatory control performed by these state institutions and its possible impact on the merger process. It also deals with the question to what extent the Slovak legal authority took into account the minimum requirements of the European law.

In connection with the cross-border merger control we consider as very problematic the fact that under Slovak law the cross-border merger is not a subject to a sufficient material control on the part of none of the above described institutions, especially respective the capital maintenance rules and the rules on prohibition to return the invested contributions. Moreover, in the case of an export merger Slovak law does not regulate any obligatory period for the deletion of the company being dissolved from the commercial register by the register court.

<sup>29</sup> Porovnaj Pala, R. – Palová, I. – Leontiev, A., op. cit., s. 131.

<sup>30</sup> Zákon č. 99/1963 Zb. v znení neskorších predpisov, ďalej ako „OSP“

<sup>31</sup> § 200a ods. 1 OSP.

<sup>32</sup> § 200a ods. 2 OSP.

<sup>33</sup> § 200a ods. 3 OSP.

<sup>34</sup> Porovnaj Pala, R. – Palová, I. – Leontiev, A., op. cit., s. 135.



# Koncepce obchodního práva v nové soukromoprávní kodifikaci

Irena Pelikánová\*

## 1 Historický kontext

Na úvod je třeba říci, že tato stať nemá být polemikou o právním odvětví obchodního práva. Ve scholastických diskusích o samostatných právních odvětvích tak rozšířených před čtvrtstoletím nemá žádný smysl pokračovat. Právo je ovšem složitě strukturovaný souhrn právních norem a ty můžeme klasifikovat do více nebo méně ucelených skupin, do skupin větších nebo menších, do skupin omezených na právo soukromé nebo veřejné nebo zasahujících do obou těchto oblastí.<sup>1</sup> Klasifikace není bez významu, protože má význam i pro určení, kde a jak použít princip *lex specialis derogat generali*. Z hlediska aplikace je tak celostný pohled na právo zcela nutný. Kodifikací soukromého práva došlo u nás k zásadní změně: od kodifikovaného obchodního práva jsme se posunuli k silně komercializovanému občanskému zákoníku, ke sjednocené kodifikaci. Obchodní zákoník již nemáme, ale občanský zákoník v mnoha směrech čerpá z této zrušené kodifikace, aniž jsme v tuto chvíli schopni jasně říci, co to přinese vztahům neobchodním a co to přinese vztahům obchodním. Obchodní právo je předmětem mého zájmu v této stati právě z tohoto hlediska. Chápu je jako disciplínu, která má vnitřní ucelenost, přestože její hranice nejsou zcela pevné. S ohledem na značný praktický význam obchodního práva je nutno vyučovat je uceleně. Mnozí právníci se v tomto oboru profesionálně specializují a budou i nadále specializovat. Právě s ohledem na absenci kodifikace je více než dříve žádoucí, aby se obchodní právo rozvíjelo doktrinárně. Tradičním a charakteristickým znakem obchodního práva je i to, že jeho význam přesahuje národní hranice, což klade značné požadavky na respektování pojmů obecně přijímaných i v internacionálním kontextu.

Uvažovat o koncepci úpravy obchodních vztahů v českém právu není možno bez vědomí historického

kontextu, který je mimořádný v porovnání s vyspělými státy západní Evropy a který měl a má stále determinující vliv jak na zákonodárství, tak na právní myšlení. Jestliže velmi zjednodušeně vyjdeme z vývoje od 19. století, vidíme nejprve kodifikaci občanského práva obecným občanským zákoníkem z roku 1811, který byl poté doplněn unifikovaným obchodním zákoníkem z roku 1863. Tento stav převzala v roce 1918 první Československá republika (s odchylkou pro Slovensko), avšak k zásadnímu přerývu došlo v roce 1948. Tehdy byla zcela opuštěna starší právní tradice ve prospěch imitování vývoje sovětského práva. Všeobecný obchodní i občanský zákoník byly zrušeny občanským zákoníkem č. 141/1950 Sb. Přesto se ve sféře ekonomických vztahů stalo cosi velmi neobvyklého, když došlo k přijetí hospodářského zákoníku v roce 1964 navzdory rozhodnému odporu části domácí právní veřejnosti. Hospodářský zákoník reflektoval velmi věrně realitu, když upravil separátně jenom vztahy, které by v jiném systému byly vztahy obchodními, jež ale v komunistickém zřízení měly mnohem blíže ke vztahům administrativním. V hospodářském zákoníku byly implantovány „nástroje“ soukromého obligacího práva do kontextu uměle vytvořených vztahů neúplných subjektů, které nebyly vlastníky majetku, s nímž hospodařily. Tak jsme měli smlouvy a závazky vznikající za účelem plnění úkolů plánů, tedy direktivních administrativně-politických opatření. Také občanský zákoník z roku 1964 se ve svém původním znění zásadně odchýlil od historické tradice, ale dokonce i od sovětských vzorů. Stal se kodexem nepoužitelným na ekonomické vztahy kryté zákoníkem hospodářským, potlačil dokonce i samotný pojem obligací, jež nahradil pojmem služeb a stal se převážně spotřebitelským kodexem.

S takto deformovanou strukturou práva jsme vstoupili do devadesátých let, kdy v důsledku událostí z listopadu 1989 došlo k privatizaci majetku, obnovení práva podnikat pro všechny fyzické osoby a otevření možnosti zakládat obchodní společnosti. Nezbytnost doplnit pro zcela novou strukturu ekonomiky a zcela odlišný charakter právních vztahů v ní vznikajících vhodný právní rámec byla již v roce 1991 alespoň částečně uspokojena přijetím

\* Prof. JUDr. Irena Pelikánová, DrSc., profesorka obchodního práva, PF UK; soudkyně Tribunálu Soudního dvora EU.

<sup>1</sup> Srov. Bejček, J.: Obchodní a hospodářské právo v době „postkodexové“, *Obchodněprávní revue*, 2014, 7-8, s. 204.

obchodního zákoníku a rozsáhlé novely zákoníku občanského. Nedostatek zkušeností s obchodními společnostmi v důsledku čtyřicetiletého přerušení právní kontinuity spolu s nutností harmonizovat české právo se směrnicemi EU v souvislosti s přípravou na vstup do EU vyvolaly nezbytnost novelizovat obchodní zákoník v roce 2000 právě na úseku obchodních společností. Ostatní části obchodního zákoníku zůstaly prakticky nedotčeny a i novela z roku 2000 se v průběhu doby osvědčila.

Jestliže nezbytnost novely z roku 2000 vyplývala z naprosté neznalosti problematiky obchodních společností, pak ani základní koncepce obchodního práva, která v roce 1991 byla přijata a v obchodním zákoníku zakotvena, nebyla prosta stejně podmíněných vrozených vad.

Obchodní právo se v evropských kontinentálních státech rozvinulo jako zvláštní soukromé právo obchodníků. Většinou bylo kodifikováno a vztahovalo se jenom na tzv. obchody. Obchody byly definovány jako jednání, která obchodníci jako profesionálové uskutečňují. Obchodníci byli vymezeni jenom kritérii soukromého práva, tedy podle toho, zda soustavně a vlastním jménem uskutečňují obchody, aniž mělo z hlediska podřízení obchodnímu zákoníku právní význam, zda splňují podmínky stanovené právem veřejným. Smluvní vztahy tak mohly být pro jednu stranu obchodem a pro druhou nikoli nebo mohly být obchodem pro obě strany, ale pro každou z jiného důvodu (obchody *jednostranné* a *oboustranné*). Nebylo vyloučeno, aby smluvní vztah měl obchodní právní režim jenom pro obchodníka, zatímco pro druhou stranu mohl mít režim pouze občanského zákoníku (toto zdvojení režimu je charakteristické pro francouzské právo, zatímco všeobecný obchodní zákoník stanovil subsidiárně obchodní režim pro celý vztah). Občanský zákoník byl ve vztahu k obchodům a obchodníkům subsidiární. To znamená, že všude tam, kde nebyla zvláštní obchodní úprava, bylo nutno aplikovat jenom občanský zákoník.

Koncepce hospodářského zákoníku, která u nás za 25 let jeho účinnosti hluboce zakořenila, byla odlišná. Socialistické kodexy byly na sobě nezávislé, vztah subsidiarity mezi nimi neexistoval (platilo to také pro zákoník práce). Pojem socialistické organizace byl vymezen organizačně právně. Šlo o organizační jednotku vrchnostensky založenou jako určitá forma socialistické organizace. Hospodářský zákoník se vztahoval jenom na vztahy, kde socialistické organizace stály na *obou stranách vztahu*. Vztahy mezi organizacemi a občany podléhaly zákoníku občanskému.

## 2 Koncepce obchodního práva v obchodním zákoníku

To vše se zřetelně odrazilo v novém obchodním zákoníku z roku 1991. Přestože v úpravě obligací čerpal z obecných principů práva mezinárodního obchodu (a tudíž také z našeho zákoníku mezinárodního obchodu č. 101/1963 Sb. a zejména i z Vídeňské úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží<sup>2</sup> a s ní související úmluvy o promlčení<sup>3</sup>) a byl legislativně technicky dobře zpracován, koncepce jeho zasazení do právního řádu nijak neodpovídala ani naší starší historické tradici, aniž žádné jiné evropské koncepci obchodního práva. Nebylo možno nevidět velmi silný vliv předchozího socialistického práva a rozpačité váhání při přechodu na jinou koncepci. Obchodní právo bylo chápáno tak, že upravuje především vztahy, které mají na obou stranách podnikatele, jednostranné vztahy měly obchodní režim jenom v taxativně vypočtených výjimečných případech. Podnikatel byl definován pomocí svého veřejnoprávního oprávnění vyvíjet podnikatelskou činnost. Myšlenková souvislost s dřívějším hospodářským právem je tu zřetelná. Absolutními obchodními závazkovými vztahy byly např. vztahy týkající se obchodních společností, bankovní obchody, tichá společnost apod. Ve výčtu nebyly obsaženy např. pojišťovací obchody, přestože i zde křiklavost neracionálnosti řešení byla mimořádná (socialistické právo však řadilo pojištění do práva občanského). Na jedné straně to ukazovalo, nakolik se ani právnická veřejnost ještě neorientovala v pojetí obchodního práva, na druhé straně již v této době a stejně i později šlo o jeden z dokladů zřejmého vlivu silných zájmových skupin na zákonodárce (pojištění nebylo zařazeno do obchodního zákoníku ani později a důvody jistě nebyly doktrinální).

## 3 Posun v novém občanském zákoníku

Přijetí nového občanského zákoníku a zákona o obchodních korporacích v roce 2012 s sebou přineslo zrušení obchodního zákoníku s účinností od 1. ledna 2014. Za 20 let účinnosti obchodního zákoníku se však historická situace i stav právní kultury výrazně posunuly. Obchodní společnosti se staly samozřejmým prvkem obchodních vztahů, ale také živnostenské podnikání fyzických osob již není ničím novým a nezvyklým. Tradiční koncepce obchodního práva se ovšem v myslích ustálit

<sup>2</sup> Sdělení č. 160/1991 Sb.

<sup>3</sup> Sdělení č. 123/1988 Sb.

nemohla, protože jsme se k ní, jak bylo vysvětleno, nikdy zcela nevrátili. Zůstalo jenom poněkud deformované pojetí obsažené beze změny v obchodním zákoníku po celou dobu jeho účinnosti, jež však s jeho zrušením padá.

V rozporu s původně vládou schválenou koncepcí kodifikace byla myšlenka projektu zvláštního kodexu pro obchodní vztahy opuštěna. Zůstal z ní jenom zákon o obchodních korporacích postrádající původně zamýšlenou „první knihu“ obchodního zákoníku. Tím se jakýkoli návrat k obchodnímu právu v jeho tradičním pojetí stal prakticky nemožným a zřejmě k němu již nikdy nedojde. Současný stav ekonomických vztahů i vývoje práva ve vyspělém světě mu ani nepřeje. Přestože se v mnoha státech ještě udržuje tradiční koncepce obchodního práva, nové kodifikace i novelizace starších kodexů se od něj odklánějí stále rozhodněji (výjimkou je Francie, která naopak přijala v roce 2000 mimořádně obsírnou „úřednickou“ kodifikaci obchodního práva spojující vedle původního obchodního zákoníku i velký počet do té doby dekodifikovaných úprav včetně veřejnoprávních). Na druhé straně to neznamená, že by zvláštní právo obchodníků (profesionálů) nemělo perspektivu do budoucnosti nebo že by se nerozvíjelo v přítomnosti. Spíše naopak. Stále detailnější pravidla v kodexech a ještě častěji ve zvláštních zákonech včetně unijních mají právě tuto povahu. Pravidla veřejného a soukromého práva se těsněji propojují, jejich jasné odlišení se stává stále obtížnějším.<sup>4</sup>

Bází současného vývojového trendu však je totéž, co bylo a je základem celého poválečného právního vývoje ve vyspělé Evropě: silící ochrana základních lidských práv a svobod a rozhodující význam právních principů. Tyto prvky jsou rámcem a korektivem zákonodárství i judikatury. Ve vztahu k obchodním vztahům se určujícím trendem stává ochrana slabší smluvní strany a v té souvislosti podřízení silnější smluvní strany stále více donucující veřejnoprávní i soukromoprávní regulaci.

Skutečnost, že nový občanský zákoník neseskupil ustanovení týkající se podnikatelů do žádného uceleného systematického celku, znamená jenom, že koncepce obchodního práva není vyjádřena zákonodárcem v systému kodexu. Musí být rekonstruována v rámci interpretace soudy a doktrínou. I kdyby mnohé úpravy byly z obchodního zákoníku (č. 513/1991 Sb.) doslova převzaty (což se nestalo, protože i převzaté úpravy byly přeformulovány a převzetí tak je jenom věcné, obsahové), nezna-

mená to, že nedošlo k posunu v jejich aplikovatelnosti.

Přesto je možno na druhé straně při podrobnějším pohledu konstatovat, že s výjimkou opuštění pojmu obchodů byla *konstrukce obchodního práva, jak ji obsahoval již obchodní zákoník z roku 1863, z velké části zachována:*

- podnikatelem je ten, kdo podniká, platí pro něj řada zvláštních ustanovení;
- před dispozitivními ustanoveními zákona se uplatní obchodní zvyklosti<sup>5</sup> (§ 558 odst. 2);
- podnikatel zapsaný do obchodního rejstříku má firmu a stává se podnikatelem podle formy;
- je stanovena povinnost odborné péče podnikatele a odpovědnost za škodu v případě jejího neposkytnutí (§ 5, § 2950, § 2912)
- je zvlášť upraveno firemní právo, zastoupení podnikatele a prokura;
- platí presumovaná solidarita, neuplatní se ustanovení o neúměrném zkrácení a lichvě, podnikatel má povinnost odborné péče (čl. 282 obchodního zákoníku 1863);
- ustanovení o obchodních knihách a obchodním rejstříku stejně jako o obchodních společnostech dnes sice stojí mimo občanský zákoník, ale podnikatele zavazují a nijak to nesnižuje jejich význam pro podnikání, spíše naopak;
- je upraveno nabytí vlastnického práva od nevlastníka (čl. 306 obch.z. 1863), jestliže je věc nabyta od podnikatele podnikatele (§ 1109 a § 1110 NOZ);
- je upravena tichá společnost (§ 2747 an.)

Některá pravidla zvláště upravená pro obchodníky však v novém občanském zákoníku (NOZ) obsažena nejsou nebo se stala součástí obecné komercializované úpravy (např. splatnost úroků, právo žádat provizi nebo skladné i bez výslovné úmluvy (čl. 290 obch.z. 1863), trvání návrhu, příkazu nebo plné moci i po smrti obchodníka (čl. 297 obch. z. 1863, § 456 tak stanoví jenom pro prokuru), zvláštní režim smluvní pokuty (čl. 284 cit. zák.) atd.

Především však zmizel základní pojem obchodního zákoníku – *obchodní závazkové vztahy*. Tak jako tradiční koncepce obchodního práva je postavena na pojmu obchodů a obchodníka, tak byla naše dosavadní koncepce postavena na pojmu podnikatele a obchodních závazkových vztahů. Nelze však ani říci, že došlo k návratu ke zmíněnému

<sup>4</sup> Srov. např. úpravu veřejných zakázek nebo na smluvním základě poskytovaných subvencí s veřejných rozpočtů.

<sup>5</sup> V tomto směru je NOZ obchodnímu zákoníku z roku 1863 dokonce blíže než obchodní zákoník č. 513/1991 Sb., který tento prvek neobsahoval.

pojmu obchodů z předkomunistického období, jak je znalo právo účinné před rokem 1950 nebo jak se s ním setkáváme v jiných evropských zemích. Tento konstrukční pilíř již neexistuje, obchodní smlouvy musíme identifikovat jinak (viz níže).

Neexistuje již ani § 1 ObchZ zakotvující *subsidiaritu* občanského zákoníku ve vztahu k zákoníku obchodnímu. Tím padla další báze tradiční konstrukce obchodního práva. To znamená, že dopad úpravy jednotlivých smluvních typů je nutno interpretovat bez tohoto vodítka. Na druhé straně základní uspořádání právních norem v právním systému, kde se uplatňují klasické principy, jako *lex specialis derogat generali*, pomohou při hledání nového pořádku. Tak např. změna bankovní záruky v záruku finanční (§ 2029 an.) neznamená jenom to, že výstavcem záruky už není jenom banka, ale z textu nevyplývá ani žádné omezení jenom na podnikatele. Přesto výklad bude muset přinejmenším podobné omezení doplnit. Ani bankovní smlouvy již neoznačují subjekt poskytující služby jako banky a jejich výlučné použití těmito skupinami podnikatelů musíme vyvodit ze zákonů upravujících podmínky podnikání. Není pochyb o tom, že pojištění může poskytovat jenom pojišťovna, ale občanský zákoník se k této otázce bezesporu záměrně nevyslovuje. I tady vidíme snahu oddělit prvek veřejnoprávní od soukromoprávního. Uživatelskému komfortu takové řešení ovšem nepřispívá a současným vývojovým tendencím neodpovídá, protože ty jsou právě opačné.

S ohledem na evropské směrnice ustanovení o smlouvě o zájezdu od zmíněné nevládné a scholastické důslednosti ustupuje, když v § 2523 odst. 1 říká, že za „*pořadatele se považuje ten, kdo nabízí zájezd veřejnosti nebo skupině osob podnikatelským způsobem.*“ S ohledem na definici podnikatele v § 420 spjatou dnes jenom se skutečně vykonávanou činností a nikoli s podnikatelským oprávněním z toho vyplývá, že do rámce obchodních závazků tato ustanovení, alespoň pokud jde o povinnosti podnikatele, musíme zařadit. Na druhé straně nutno dodat, že oddělení úpravy smluv od veřejnoprávní úpravy podmínek podnikání znamená, že i ten, kdo podniká neoprávněně, musí při uzavření obchodního typu smlouvy dodržet všechny povinnosti zákoníkem uložené. Ustanovení § 5 NOZ převzaté ve své podstatě z obchodního zákoníku pro takové případy explicitně stanoví povinnost odborné péče a neexistenci práva dovolat se neplatnosti nebo neaplikovatelnosti ustanovení o určitém typu smlouvy. Jde o provedení druhé věty § 1 odst. 1 deklarující nezávislost uplatnění práva soukromého na právu veřejném. Uzavírání určitého typu smluv podnikatelsky však má také za následek, že veřejnoprávní

podmínky odpovídajícího druhu podnikání musejí být splněny, jinak vzniká veřejnoprávní a popř. také soukromoprávní odpovědnost.

Pokusme se zodpovědět otázku, zda je obchodní právo stejné nebo odlišné oproti stavu před kodifikací z roku 2012.

Jestliže koncepčními pilíři, na nichž stálo dosavadní obchodní právo, byl pojem podnikatele, podniku a obchodních závazkových vztahů, můžeme říci, že dva z nich jsou zachovány, třetí však chybí.

To přitom neznamená, že nemůžeme vyčlenit skupinu obchodních smluv, která třetí pilíř nahradí. Toto vyčlenění však musí být interpretační, nutno stanovit kritérium a provést klasifikaci smluvních typů, resp. částí jejich úprav, které budou mít jenom obchodněprávní význam. Jestliže ale nemůže napříště platit zákonná definice obchodních závazkových vztahů, musíme si stanovit kritérium tak, aby kvalifikaci jako obchodní dostatečně odůvodňovalo. Mohou to být jenom takové smlouvy, které *uzavírají podnikatelé v rámci své profesní činnosti*,<sup>6</sup> nebudou sem však patřit ustanovení o smlouvách a závazcích, která jsou aplikovatelná na vztahy obchodní i neobchodní. Není ale důvodu vyčleňovat z tohoto rámce smlouvy uzavírané se spotřebiteli. Tímto způsobem se dostáváme k nové definici odpovídající starším jednostranným obchodům. Argument a *minore ad maius* nás dovede k tomu, že tím spíše budou mít obchodní povahu smlouvy uzavírané na obou stranách podnikateli.<sup>7</sup> Vždy ale budou součástí obchodního práva ta ustanovení, jež jsou aplikovatelná *jenom na podnikatele, tedy zvláštní ustanovení týkající se podnikatelů*.

#### 4 Podnikatel, jeho právní postavení, právní jednání jménem podnikatele

Tento první pilíř obchodního práva, abychom se vyjádřili dnes módním způsobem, je zakotven v obecné části NOZ, v její druhé hlavě upravující *osoby*. Vcelku pochopitelně upravuje tato hlava nejprve osoby fyzické, potom právnické a až v *pátém díle podnikatele*. Je mu na tomto místě věnováno 15 ustanovení (§ 420 – 435). Pátý díl však není omezen jenom na zákonnou definici podnikatele, obsahuje vedle toho i úpravu *firemního práva, sídla podnikatele, jeho zastoupení* a rovněž ustanovení o *zákazu konkurence*. Tento díl tedy do jisté míry

<sup>6</sup> S výjimkou pracovních smluv podléhajících zvláštnímu režimu.

<sup>7</sup> Jak vidět, rozštěpení tradičního obchodního práva vylučující např. činnost zemědělskou, dobývání hornin nebo činnost řemeslníků v našem systému práva zaniklo.

supluje první knihu obchodního zákoníku. Tak obchodní zákoník č. 1/1863 ř.z. v první knize upravil kupce, obchodní rejstřík, firmu, prokuru a obchodní plné moci. Takové porovnání ovšem ukáže velmi zřetelně posuny, k nimž došlo v našem právním vývoji po roce 1989, a které nejsou jenom pozitivní. Zejména zařazení úpravy prokury až do další hlavy zákoníku o zastoupení (§ 450 až 456), přestože prokura je výlučně zastoupením podnikatele, stěží rozumně odůvodníme. Citovaná ustanovení musíme proto bezpochyby řadit do obchodního práva.

Postavení podnikatele spoluurčují i další ustanovení rozptýlená na různých místech NOZ, především § 5 o platnosti jednání uskutečněného neoprávněným podnikatelem (odpovídající do jisté míry § 3a ObchZ a čl. 276 obch. zák. 1863), ale stanovící také *povinnost odborné péče*. Povinnost odborné péče je natolik zásadní pro obchodněprávní část právního řádu, že ji J. Bejček prohlašuje za zásadu. Určuje nejenom rozsah povinností profesionála, ale také a to zejména – rozsah jeho odpovědnosti (viz výše). V tomto směru je povinnost odborné péče nepominutelnou součástí obchodního práva, která je v souladu s úpravou ochrany spotřebitele, avšak má záběr širší, protože chrání i obchodní partnery podnikatele a jejich dobrou víru.

Přestože nejde o explicitně obchodní ustanovení, § 22 odst. 2 NOZ rozšiřuje pojem osoby blízké i na členy statutárních orgánů právnické osoby nebo na osoby ovlivňující právnickou osobu, což můžeme chápat jako předstupeň úpravy koncernů v ZOK. Toto ustanovení rozšiřuje dopad ustanovení o zvláštních podmínkách majetkových operací mezi těmito osobami k ochraně třetích osob také na ně. To bude mít značný význam převážně v podnikatelské sféře, i když asi ne výlučně. Také § 33 týkající se podmínek podnikání nezletilých osob má povahu obchodní.

Ustanovení o *právnických osobách* jsou sice z velké části v NOZ formulována jako obecná a z toho důvodu je nelze považovat za skutečnou součást obchodního práva, avšak na druhé straně zákon o *obchodních korporacích* (ZOK) takovou součástí nepochybně a v plném rozsahu je a jeho koncepce navazuje na úpravu právnických osob v NOZ natolik, že bez trvalého propojování obou úprav není ZOK aplikovatelný. V praxi tak každý obchodní právník bude muset být velmi dobře obeznán i s touto úpravou v NOZ. Úprava obchodních korporací je nepochybně jednou z klíčových součástí obchodního práva. Kdybychom porovnali úpravu této kategorie právnických osob v obchodním zákoníku a ZOKu (aniž hodnotíme její legis-

lativní úroveň), musíme konstatovat, že autoři se pokusili zachytit současné trendy ve vývoji této disciplíny, tedy uvolnění právního režimu ve prospěch větší dispoziční volnosti. Rozdíly mezi jednotlivými formami společností byly zeslabeny. Z hlediska systematického se autoři pokusili o rozšíření obecné části práva obchodních korporací. Výsledek této snahy je však problematický, protože mnohá ustanovení ve skutečnosti nejsou obecná a nejčastěji jsou aplikovatelná jenom na kapitálové společnosti.

Dodejme však, že trend rozšiřování dispoziční volnosti společníků a zakladatelů společnosti znamená snížení úrovně ochrany spotřebitelů a dalších partnerů obchodních korporací. To platí i o odklonu od náročných požadavků na základní kapitál nebo na stanovení podmínek týkajících se kvalifikační a mravní úrovně členů orgánů. Pozadí této tendence snad spočívá ve snaze o prohloubení svobody podnikat. Není však v souladu s tendencí ochrany slabší smluvní strany, tedy zejména spotřebitele. Otvírání nůžek v těchto protikladných směrech zřejmě přinese problémy.

Rozhodující význam pro koncepci obchodního práva má ryze soukromoprávní povaha současné *definice podnikatele* v § 420. V jejím spojení s § 5 a § 1 NOZ vidíme nezávislost obchodní úpravy na právu veřejném. Za podnikatele ve smyslu soukromoprávního vymezení a pro účely použití zvláštních ustanovení občanského zákoníku, popř. i dalších zákonů (např. o spotřebitelském úvěru) o podnikatelích bude napříště považován *každý, kdo podniká*. Všeobecný obchodní zákoník v čl. 4 říkal, že „*Za kupce... jest pokládati toho, kdo po živnostensku obchodní jednání provozuje*“. Vymezení pojmu *podnikání* obsahuje cit. § 420 NOZ v odstavci 1: „*Kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku, je považován se zřetelem k této činnosti za podnikatele*.“ V obchodním zákoníku v § 2 odst. 1 jsme mohli číst: „*Podnikáním se rozumí soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku*.“ Teprve druhý odstavce vymezoval pojem podnikatele v závislosti na jeho (veřejnoprávním) oprávnění k podnikání nebo v závislosti na jeho zápisu do obchodního rejstříku. Tento kontext ukazuje, že současný § 420 odst. 1 odstranil problém kruhové definice v obchodním zákoníku. Ten jenž definoval podnikání pomocí pojmu podnikatele a podnikatele z velké části rovněž pomocí pojmu podnikání. Nová úprava správně prohlašuje

za podnikatele *každého, kdo podniká*. Citované vymezení je totiž převzatou definicí podnikání.

NOZ upravuje také podnikatele „z hlediska formy“. Podle § 421 se uplatní nevyvratitelná právní domněnka o tom, že každá osoba zapsaná v obchodním rejstříku je podnikatelem. Vyvratitelná právní domněnka má platit pro osoby, které mají živnostenské nebo jiné oprávnění k podnikání. Tady se objevuje určitá návaznost na předchozí úpravu v obchodním zákoníku (č. 513/1991 Sb.).

NOZ stanoví v § 420 odst. 2, že „Pro účely ochrany spotřebitele a pro účely § 1963 se za podnikatele považuje také každá osoba, která uzavírá smlouvy související s vlastní obchodní, výrobní nebo obdobnou činností či při samostatném výkonu svého povolání, popřípadě osoba, která jedná jménem nebo na účet podnikatele.“ Přestože ani zde neuvedl zákonodárce povinný odkaz na unijní právo vyžadovaný směrnicemi, jedná se o harmonizační ustanovení odpovídající definicím profesionála ve směrnicích o ochraně spotřebitele. Odkaz na § 1963 navazuje na harmonizaci se směrnicí 2000/35 nahrazenou směrnicí č. 2011/7 o opožděných platbách mezi podnikateli. Jedná se o jednu z mála unijních úprav vztahů mezi podnikateli. Věcně tu není žádný rozdíl, v obojím případě je podnikatelem ten, kdo podniká. Vztažení režimu na přímé a nepřímé zástupce může být užitečné bez ohledu na to, zda jde o oblast krytou právem EU či nikoli.

Posun v konstrukci způsobilosti právnické osoby se dotkne v největší míře obchodněprávních vztahů. Přesto nejde o úpravu, již bychom mohli skutečně řadit do obchodního práva, nejde o zvláštní ustanovení o podnikatelích.

## 5 Podnik a obchodní závod

Význam pojmu *podnik* se posunul oproti předválečnému obchodnímu právu již obchodním zákoníkem z roku 1991. I tady můžeme vysledovat stopu k socialistickému právu, pro něž podnik byl velmi významnou kategorií, avšak označoval vždy a bezvýjimečně právnickou osobu. V hospodářském zákoníku došlo k úplné personifikaci podniku. Obchodní zákoník se pokusil pojetí zpředmětnit v § 5. Nepoužil však doktrinální definici rozpracovanou za první republiky, ale přiklonil se k pojetí komunitárního práva<sup>8</sup>. V tom podnik vymezila

<sup>8</sup> Rozsudek *Mannesmann* z 13. července 1962, 19/61, Rec. s. 677: „podnik je tvořen jednotnou organizací osobních, hmotných a nehmotných prvků vázaných na právně autonomní subjekt a sledující trvale určitý

judikatura Soudního dvora ES. Primární právo EU sice termín podnik používá, aniž jej však definuje. Problém však spočívá v tom, že tato judikatura prošla různými vývojovými fázemi. V prvním období byl i zde podnik personifikován a teprve v dalším vývoji z velmi pragmatických důvodů začal být podnik chápán nezávisle na právní subjektivitě, ale zpravidla jenom v tom smyslu, že jím měla být ekonomická jednotka řízená jednou nebo několika právními osobami. Přitom velké množství rozsudků vedlo k řadě nedůsledností a stále častějšímu ztotožňování skupiny společností s podnikem.<sup>9</sup> Přestože tedy vymezení čerpalo z evropské judikatury, bylo v obchodním zákoníku postaveno do jiného kontextu a jeho chápání navazovalo více na povahu podniku jako majetkového předmětu, takže byl později dokonce doplněn odstavec, jenž jej označil za hromadnou věc.

Nový občanský zákoník vymezení nepřevzal, pojetí však ano. Změnil název a označil bývalý podnik jako *obchodní závod*. Původním důvodem této změny bylo zabránit směšování podniku ve smyslu unijní judikatury a podniku jako předmětu vlastnického práva podnikatele ve smyslu českého práva. Záměr však dosud nebyl dotažen do konce, protože zákon o ochraně hospodářské soutěže dosud nevyužil uvolnění názvu a nenahradil soutěžitele podnikem, což by bylo vhodné učinit. Současné naše předmětné pojetí podniku neodpovídá předválečné doktríně, která podnik chápala jako nehmotný statek, jehož podstatou je klientela a který je chráněn právem nekalé soutěže obdobně, jako je vlastnické právo k hmotným předmětům chráněno vlastnickými žalobami. Naše současné pojetí podniku je tak o něco blíže pojetí unijnímu (chápeme podnik spíše jako produkční jednotku sestávající ze hmotných i nehmotných prvků), ale je důsledně předmětové. Personifikace podniku podle současné úpravy nepřichází v úvahu. Na druhé straně otázku skupin společností naše současné právo řeší méně než dříve, protože smluvní koncerny byly ZOKem opuštěny a celistvý pohled na skupiny společností tak je možný jenom v rámci vymezeném úpravou koncernů v § 67 an. ZOK (nezkoumáme zde ovšem účetní a daňové aspekty, které v praxi zdaleka nejsou bezvýznamné).

Podle § 502 NOZ „*Obchodní závod (dále jen „závod“)* je organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování

*ekonomický cíl. Vytvoření každého právního subjektu znamená vytvoření zvláštního podniku.*“

<sup>9</sup> Pelikánová, I.: Kam směřuje pojetí podniku v unijním právu a jak chápat právní subjektivitu ve světle judikatury Soudního dvora EU?, *Antitrust* 2014, 3, s. 87-93.

vání jeho činnosti. Má se za to, že závod tvoří vše, co zpravidla slouží k jeho provozu.“ Takové vymezení obsahuje zásadní nedostatek použitím termínu *jmění*, jako by součástí tohoto předmětu vlastnictví měly být i závazky. To je pojetí neakceptovatelné a napravitelné bohužel jenom legislativní cestou. V § 495 NOZ totiž zákonodárce prohlašuje: „*Souhrn všeho, co osobě patří, tvoří její majetek. Jmění osoby tvoří souhrn jejího majetku a jejích dluhů.*“ Vymezení obchodního závodu v § 502 neodpovídá ani pojmu věc, ani pojmu hromadná věc.

Ustanovení § 5 ObchZ bylo mnohem přesnější. Definovalo podnik jako „*soubor hmotných, jakož i osobních a nehmotných složek podnikání. K podniku náleží věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které patří podnikateli a slouží k provozování podniku nebo vzhledem k své povaze mají tomuto účelu sloužit.*“ Přestože druhý odstavec podnik prohlašoval za věc hromadou, druhá věta opatrněji říkala, že: „*na jeho právní poměry se použijí ustanovení o věcech v právním smyslu. Tím není dotčena působnost zvláštních právních předpisů vztahujících se k nemovitým věcem, předmětům průmyslového a jiného duševního vlastnictví, motorovým vozidlům apod., pokud jsou součástí podniku.*“ Jde sice o ustanovení poněkud kontradiktorní, ale přece jen více odpovídající kontextu než nová úprava, s níž si nevíme rady vůbec.

Z hlediska obchodního práva je významný nový pojem *rodinného závodu* zavedený v § 700 NOZ. Kritériem pro určení, zda jde v konkrétním případě o rodinný závod, není vlastnický (spoluvlastnický) vztah několika členů rodiny, ale jejich pracovní účast na provozu závodu při splnění podmínky, že majitelem závodu je některý člen rodiny. Nejde tedy o spoluvlastnictví, ale o pracovní společenství. Vymezení však má logickou vadu. Formulace „*za rodinný se považuje závod, ve kterém společně pracují manželé nebo alespoň s jedním z manželů i jejich příbuzní až do třetího stupně nebo osoby s manžely sešvagřené až do druhého stupně a který je ve vlastnictví některé z těchto osob*“ totiž vyvolává dojem, že kritériem je účast manželů nebo alespoň „jednoho z manželů“, což tak nepochybně i je. Avšak majitelem rodinného závodu podle tohoto znění nemusí být některý z manželů. V takovém případě však podmínka účasti manželů (alespoň jednoho) postrádá smysl. Představme si, že budeme mít podnik patřící panu N, který je svobodný a zaměstná své tři synovce, kteří jsou také svobodní. V tom případě nepůjde o rodinný závod, žádný manžel se tu nevyskytuje. Jestliže se některý synovec ožení, stane se závod rodinným. Jinak řečeno, buď by měla být podmínka taková, že manžel nebo manželé jsou majiteli podniku a zaměst-

nají další příbuzné, nebo by otázka manželů měla být irelevantní a postačoval by příbuzenský vztah.

## 6 Závazky

Obchodní právo zahrnuje některá zvláštní ustanovení, která řadíme do *obecné části* závazkového práva, vedle toho je rozsáhlá i obchodněprávní problematika týkající se *jednotlivých typů smluv* (viz bod 7 níže). Nejprve se stručně podíváme na část obecnou obligačního práva.

Rozsah závazkového práva, který zahrneme do rámce práva obchodního, závisí na tom, zda se omezíme na oboustranné obchody nebo akceptujeme i obchody jednostranné. Vzhledem k tomu, že roztržení obligačního práva, jež uskutečnil obchodní zákoník v roce 1991, bylo umělé a jedinou tradici, na niž v tomto směru navazoval, bylo socialistické právo (hospodářský zákoník upravoval jenom vztahy mezi organizacemi při jejich hospodářské činnosti), je třeba v tomto pojetí nepokračovat. Obtíž spočívá ovšem v tom, že se zdá být současnou tendencí právě vývoj v tomto směru. J. Bejček v této souvislosti mluví dokonce o „*úzu traktovat tyto otázky v rámci v rámci obecného práva občanského*“.<sup>10</sup> Pohlédneme-li na právo EU, pak vidíme, že směřuje k regulaci ochrany spotřebitelů na jedné straně a k omezené regulaci vztahů mezi podnikateli (b:b) na straně druhé (např. návrh nařízení o kupní smlouvě), aniž přirozeně řeší otázku koncepce obchodů nebo obchodního práva, která je v rovině nadnárodního práva irelevantní. Příčinou nekoherence mezi tradičními koncepcemi obchodního práva a popsáním vývojem může být skutečnost, že ochrana spotřebitelů se dostává do národního práva především z pramenů mezinárodněprávních. Nejde tedy o popření národních konstrukcí jednostranných obchodů, jako spíše o jejich nedbání. V pojmu jednostranného obchodu totiž je zahrnuta stránka úhlu pohledu podnikatele (profesionála) a odlišná stránka odlišného úhlu pohledu nepodnikatele (spotřebitele). Ochranné zákonodárství je konstruováno z úhlu pohledu nepodnikatele, což se ovšem projevuje v ukládání povinností druhé straně, tedy podnikateli.

Velmi zřetelným dokladem této rozdílnosti pohledů byl právě náš obchodní zákoník z roku 1991, jenž byl postaven především na zdrojích mezinárodního charakteru. V souladu s tím bylo jeho řešení pojmu obchodů značně rozpačité. Tak se uvnitř národních právních řádů setkávají konstrukce ve své podstatě protikladné a ne vždy jsou

<sup>10</sup> Op. cit. s. 205.

protiklady legislativně vyřešeny. Jiným příkladem vnitřní nekoherence právního řádu je výše zmíněná tendence liberalizace práv korporací, která pochází také z vnějších zdrojů (nezanedbatelný vliv na ni má soutěž mezi právními řády směřující k vytvoření atraktivního prostředí pro zahraniční investory), a která odporuje tendenci ukládání přísnějších povinností profesionálům vyplývající z práva ochrany slabší smluvní strany. Moderní pohyblivost a přelévání úprav, konstrukcí a tendencí má tak za následek někdy až protikladné jevy v právu.

Stejný efekt má stále větší detailnost právních úprav, které zakotvují veřejnoprávní podmínky podnikání. Pro určité oblasti (bankovníctví, pojišťovnictví, obchodování s cennými papíry) podnikání jsou podmínky náročnější a přísněji sledované, zatímco pro jiné oblasti se naopak uvolňují.<sup>11</sup> Soukromoprávní povinnosti jsou v některých směrech náročné (např. povinnost odborné péče, rozsah odpovědnosti), na druhé straně formálnost se omezuje. Dokonce nelze ani doufat, že dojde k nějakému sladění, stabilizaci, vyjasnění těchto prvků, protože ekonomický i legislativní pohyb je natolik rychlý, že lze spíše očekávat příliv dalších novinek.

Konečně jiný příklad: profesionálům ukládáme rozsáhlé informační povinnosti, abychom chránili jejich zákazníky, a současně postupujeme k rozsáhlé firemní volnosti, přestože firemní přísnost měla zcela totožný cíl: poskytnout co nejpravdivější a nejpřesnější informaci o obchodníkovi.

V rámci *obecných ustanovení závazkového práva* obsahuje NOZ i úpravy týkající se jenom podnikatelů. Tak např. při uzavírání smluv je stanovena vyvratitelná právní domněnka v § 1732 odst. 2, podle které reklama, katalog nebo vystavení zboží mají povahu návrhu na uzavření smlouvy až do vyčerpání zásob nebo ztráty schopnosti podnikatele plnit. To nejenže umožňuje snadné uzavření smlouvy pouhou akceptací (totéž umožňuje koneckonců odstavec 1 cit. ustanovení), ale svou funkcí je *blízké obecné kontraktační povinnosti*, jak ji znal OZ 1964<sup>12</sup> i pozdější znění HZ. Na tom nic

nemění nejasnost, již vzbuzuje následující § 1733, který se rovněž dotýká reklamy (nemá-li podstatné náležitosti smlouvy) a vytváří most k úpravě veřejného příslibu (§ 2884 an.). Výklad by asi měl být takový, že použití § 1732 odst. 2 se vztahuje na případy splňující podmínky odstavce 1, takže § 1733 dopadne jenom na ostatní případy. Ve vazbě na reklamu ovšem také spadá do rámce obchodněprávních ustanovení.

Do rámce obchodního práva nutno zařadit i ustanovení *o obchodních podmínkách* (§ 1751 an.). Totéž platí o doložkách podle § 1754. Na rozdíl od úpravy ochrany spotřebitele se v tomto případě jedná o úpravu společnou jednostranným i oboustranným obchodům.

Čl. 286 všeobecného obchodního zákoníku (1863) říkal jasně, jak bylo již zmíněno, že ustanovení o zkrácení přes polovici ceny nelze uplatnit ve vztahu k obchodním jednáním. Tuto sníženou míru ochrany NOZ přebírá v modifikované podobě. V § 1793 o tzv. neúměrném zkrácení vyplývá z druhého odstavce, že „*odstavec 1 se nepoužije pro případ nabytí na komoditní burze, při obchodu s investičním nástrojem podle jiného zákona, v dražbě či způsobem postaveným veřejné dražbě naroveň, ani pro případ sázky nebo hry, anebo při narovnání nebo novaci, pokud byly poctivě učiněny*“. Vyloučení tedy zahrnuje některé obchody (komoditní burzu, obchody s investičními nástroji), ale také jednání, jež mohou být uskutečňována obchodně i neobchodně. Dále je však zařazen § 1797, jenž *vylučuje* zcela obecně aplikaci jak úpravy zkrácení, tak lichvy, *uzavřel-li smlouvu podnikatel při podnikání*. Rozlišení obsažené ve všeobecném obchodním zákoníku tak je v plném rozsahu zachováno, což je druhou stranu povinnosti odborné péče. V souladu s vyšší mírou povinnosti a s větším rozsahem odpovědnosti odůvodněnými profesionalitou podnikatele je snížena *míra ochrany*, jakou požívá podnikatel.

Obecná úprava *adhezních smluv* v občanském zákoníku (§ 1798 an.) je jako taková pozitivním jevem. Jasně a správně ukazuje, že adhezní smlouvy jsou existující právní institucí dokonce kodifikovanou, přestože v souvislosti s harmonizací s unijním právem jsme se setkávali se stanovisky, jako by to bylo cosi neznámého a nového. Systematické zařazení adhezních smluv také správně ukazuje, že pojem přesahuje rámec spotřebitelského práva. Ustanovení o adhezních smlouvách stejně jako o formulářových smlouvách musí být chápána jako obchodněprávní ustanovení, protože

na její uzavření a nebylo-li ohroženo plnění jiných jejích povinností.

<sup>11</sup> Za příklad může sloužit vývoj našeho živnostenského práva, které nejprve výrazně a často zcela nerozumně snížilo nároky na podnikání v některých oborech, aby teprve po neblahých zkušenostech nastal opačný proces. Ani dnes není živnostenské právo dobře vyvážené.

<sup>12</sup> V § 226 zák. č. 40/1964 Sb. v původním znění bylo řečeno: „Organizace je povinna poskytnout službu tak, aby potřeba občana mohla být řádně uspokojena; vyžaduje-li to povaha služby, je organizace povinna občana o ní též správně a úplně informovat.“ Paragraf 158 odst. 2 hospodářského zákoníku ukládal organizaci povinnost uzavřít smlouvu, jestliže byl podán včas návrh



si lze stěžít představit, že by nepodnikatel používal smluvní formuláře. Smluvní formuláře lze užívat jak ve vztazích s podnikateli, tak se spotřebiteli či jinými subjekty. Jestliže jednostranné obchody považujeme za součást obchodního práva, pak platí totéž pro úpravu adhezních smluv stejně jako pro celé spotřebitelské právo ve vztahu k povinností profesionálů.

Režim adhezních smluv je spojen s pojmem slabší smluvní strany. Slabší smluvní stranou však není jenom spotřebitel, může jí být za určitých okolností i podnikatel nebo jiná právnická osoba, např. spolek. Rozdíl nemá význam z hlediska rozlišení obchodněprávních ustanovení, protože bylo řečeno, že tam je nutno úpravu zařadit v každém případě, ať se jedná o jednostranné nebo oboustranné obchody. Má ovšem význam pro aplikaci. Podle § 433 odst. 2 se má uplatnit vyvratitelná právní domněnka, že slabší stranou je vždy „osoba, která vůči podnikateli v hospodářském styku vystupuje mimo souvislost s vlastním podnikáním.“ To znamená, že slabší stranou může být i podnikatel ve vztahu k podnikateli, přestože vystupuje v souvislosti se svým podnikáním. Jediný rozdíl je, že v takovém případě nebude platit právní domněnka.

Prvý odstavec zakazuje podnikateli zneužít své převahy v neprospěch slabší strany. Jde tedy o konkretizaci obecného zákazu zneužití práva obsaženého v § 8. S ohledem na nepodařenou formulaci § 8 (v podobě adjektiva „zjevného“, přestože zakázáno musí být tím spíše zneužití, které není zjevné) je taková konkretizace užitečná. V § 1801 (podobně jako v § 1797) dochází k rozštěpení právního režimu a ke snížení ochrany ve vztazích mezi podnikateli, v nichž se připouští odchylka nebo vyloučení ochranného § 1799 a 1800, ledaže jde o doložku navrženou silnější stranou a uvedenou mimo vlastní text smlouvy a slabší strana prokáže hrubý rozpor s obchodními zvyklostmi a zásadou poctivého obchodního styku. Zdá se, že oslabení ochrany je tu přílišné a odporuje současné realitě, kdy technická složitost dodávaného zboží je tak velká, že i odběratel, jehož předmět podnikání je odlišný, je leckdy ve velké nevýhodě oproti dodavateli.

Ustanovení o spotřebitelských smlouvách a zneužívajících klauzulích jsou také úpravou ochrany slabší smluvní strany, ale v souladu se směrnicemi nedopadají na slabší stranu, již by byl podnikatel kontrahující v souvislosti se svým podnikáním. Osobní působnost je tudíž odlišná.

Tradiční odchylkou od obecného režimu závazků je výše zmíněná *presumovaná solidarita* v obchod-

ních vztazích, již výše zmíněná. NOZ se této tradice přidržuje v § 1874.

Mezi obecnými ustanoveními o závazcích se vyskytuje i „negativní“ obchodněprávní úprava, protože podle § 1894 se § 1893 o solidárním spoludlužnictví nabyvatele se zcizitelem při převzetí majetku nepoužije na přeměnu právnické osoby nebo na zcizení závodu<sup>13</sup>.

Přestože jsou v NOZ mnohá ustanovení formulována obecně bez výslovného omezení na obchodní vztahy, bude někdy možné jejich použití v zásadě jenom v tomto rámci. Tak např. stanovení povinnosti plnit ve střední jakosti (§ 1915) asi nebude aplikováno při prodeji mezi podnikateli. Rovněž § 1955 odst. 2 o plnění závazku vzniklého při provozu závodu v místě závodu nebo provozovny (časově i § 1956).

Ustanovení § 1963 až 1966 obsahující harmonizaci se směrnicí o postupu proti *opožděným platbám* při obchodních transakcích č. 2011/7/EU jsou výlučně obchodněprávními ustanoveními.<sup>14</sup> Konstrukce osobní působnosti směrnice může připomínat § 261 odst. 2 zrušeného obchodního zákoníku č. 513/1991 Sb., který založil obchodní režim také pro vztahy mezi podnikateli a státem nebo samosprávnými jednotkami při zabezpečování veřejných potřeb. Směrnice dokonce podává definici obchodní transakce jako „*transakce mezi podniky nebo mezi podniky a orgány veřejné moci, která vede k dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu*“. Termín podnik užívaný hojně v unijní právní terminologii musíme v tomto kontextu převést do češtiny jako podnikatele, což také náš zákon provádí.<sup>15</sup> Směrnice definuje podnik pro své účely tak, že se jím rozumí „*jakákoli organizace jiná než orgán veřejné moci, která vykonává nezávislou hospodářskou nebo odbornou činnost, i když je tato činnost prováděna jedinou osobou*“. Termín podnik je tu tedy užit ve smyslu dosti odlišném od soutěžního práva, jak již bylo naznačeno výše, přestože termín „organizace“ je rovněž nejasný. Orgán veřejné moci náš obchodní zákoník transponoval jako „*veřejnoprávní korporace, popřípadě právnické osoby touto korporací založené, i když*

<sup>13</sup> Důvodem je existence zvláštních úprav prodeje závodu a přeměn právnických osob (shodně viz *Kindl, T.* in Švestka-Dvořák-Fiala, *Občanský zákoník – Komentář*, svazek V, WK Praha 2014, s. 346).

<sup>14</sup> Tato směrnice nahradila směrnicí č. 2000/35/ES.

<sup>15</sup> V obchodním zákoníku byl harmonizačním ustanovením § 369a, který dokonce v souladu s povinnostmi České republiky jako členského státu byl poznámkou pod čarou označen jako navazující na směrnici 2000/35/ES.

nejsou podnikateli“. Směrnice však orgán veřejné moci definuje jinak, v závislosti na úpravě veřejných zakázek jako veřejného zadavatele.<sup>16</sup> Transpozicí směrnice má zřejmě být i ustanovení § 1972 NOZ, aniž je to však snadno určitelné. Ustanovení je totiž formulováno obecně, přestože druhý odstavec mluví o obchodních podmínkách.

Nahrazení bankovní záruky, jak ji znal obchodní zákoník, tzv. finanční zárukou podle § 2029 NOZ vzbuzuje dojem, že se již nejedná o zvláštní obchodní ustanovení, přestože obchodní zákoník ji řadil dokonce mezi absolutní obchodní závazkové vztahy (§ 261 odst. 3 písm. e) ObchZ). To je však řešení, které vyvolává řadu otázek. Přitom bankovní záruka je v těchto ustanoveních i nadále skryta (§ 2029 odst. 1, poslední věta).

## 7 Obchodní smlouvy

Zvláštní část obligálního práva upravuje jednotlivé smluvní typy. Ustanovení o jednotlivých typech smluv nejsou v novém občanském zákoníku uspořádána podle kritéria obchodněprávního charakteru. Podobně jako ve zbytku zákona musíme proto i zde zkoumat každý smluvní typ zvlášť.

Je možno rozlišovat *smluvní typy ryze obchodní* (např. komise, zasílatelství, obchodní zastoupení, smlouvy o přepravě, skladování, bankovní smlouvy, pojištění, tichá společnost, pacht, licenční a nakladatelská smlouva) a smluvní typy *obecné*, v jejichž rámci někdy existuje *zvláštní obchodní úprava* (např. kupní smlouva a prodej v obchodě či koupě závodu, společnost a tichá společnost).

Rozsah obchodněprávní materie v této části občanského zákoníku je značný. Mnoho smluvních typů bude využíváno takřka výhradně pro podnikání, avšak není zcela vyloučeno jejich výjimečné použití i k nepodnikatelským účelům. To platí např. pro smlouvu příkazní, zprostředkovatelskou, o úschově, zápůjčku, úvěr, ubytování. K obchodněprávním smlouvám nutno řadit, jak bylo výše

odůvodněno, smlouvy spotřebitelské (zájezd<sup>17</sup>). Významné je vyčlenění ustanovení smluvního práva, která jsou harmonizační s unijním právem. Harmonizační ustanovení jsou v zákoníku rozptýlena, jejich extrakce je náročná. Pomíjení aspektu unijního práva má závažné negativní důsledky, protože uživatel zákoníku jenom obtížně zjišťuje tuto souvislost, není si vědom významu judikatury Soudního dvora EU, příp. ochrany poskytované proti nedokonalé harmonizaci uskutečněné členským státem.

Navzdory opuštění obchodní kodifikace tak obchodní smluvní právo zůstává velmi rozsáhlou disciplínou, již je možno dále štěpit na neméně rozsáhlé podskupiny zákonných ustanovení (pojišťovací právo, dopravní právo, stavební právo, bankovní právo, právo cenných papírů atd.). Je možno mluvit o dvojí dekodifikaci obchodního práva – rozptýlení materie v rámci NOZ a o rozptýlení do četných zvláštních zákonů stojících mimo kodex.

## 8 Odpovědnost za škodu

Poslední oblastí, již je třeba řadit do rámce obchodního práva v rámci nového občanského zákoníku, jsou zvláštní úpravy deliktivní odpovědnosti za škodu.<sup>18</sup>

Sem spadá zejména odpovědnost za škody způsobené provozem (§ 2924 a 2925, 2927 až 2932), za škodu způsobenou vadou výrobku (další harmonizační úprava), o odpovědnosti za škodu na vnesené věci (§ 2946 an.) a za škodu způsobenou informací a radou (§ 2950). Významnou součástí obchodního práva je zejména úprava *nekalé soutěže* a odpovědnosti za škodu způsobenou *omezováním soutěže*<sup>19</sup> (§ 2972 an.).

<sup>16</sup> Podle čl. 2 bod 2 se jím rozumí „„orgánem veřejné moci“ jakýkoli veřejný zadavatel, jak je definován v čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 2004/17/ES a v čl. 1 odst. 9 směrnice 2004/18/ES, bez ohledu na předmět nebo hodnotu smlouvy“. Transpozicí směrnice do českého právního řádu provedl zákon o veřejných zakázkách. Ztotožnit tuto úpravu s pojmem občanského zákoníku „veřejnoprávní korporace, popř. právnické osoby touto korporací založené, i když nejsou podnikateli“ lze ovšem velmi obtížně. Tak např. profesní komory budeme jistě chápat jako veřejnoprávní korporace, avšak znaky veřejného zadavatele asi nemají.

<sup>17</sup> V § 2521 an. Je transponována směrnice č. 1990/314/ES.

<sup>18</sup> NOZ vyvolává terminologický problém tím, že do hlavy „závazky z deliktů“ zařadil i ustanovení o kontraktní odpovědnosti za škodu (§ 2913 „Porušení smluvní povinnosti“). Důsledkem je, že do rámce deliktivních závazků tak podle systému NOZ patří deliktivní i kontraktní odpovědnost.

<sup>19</sup> Tato posledně uvedená úprava je však natolik nedostatečná, že i ve světle nově přijaté směrnice č. 2014/104/EU bude nevyhnutelná novelizace.

## 9 Závěr

Přestože omezený rozsah příspěvku nedovoluje podrobnější pohled do současného stavu zákonodárné úpravy obchodněprávní materie (zejména byly ponechány stranou zvláštní zákony, které rozvíjejí a doplňují kodifikaci), bylo snad možno alespoň velmi stručným narýsováním obrysu současného obchodního práva ukázat, že bez ohledu na zrušení obchodního zákoníku zůstává rozsáhlou pozitivně právní disciplínou ohraničenou pojmy *podnikatele, závodu a obchodního jednání*. Oproti stavu před 1. lednem 2014 nová kodifikace již nesvazuje pojetí obchodního práva pojmem obchodních závazkových vztahů. Na druhé straně pojem obchodů nebo obchodních závazků nemá žádný legislativní základ a i ostatní součásti obchodního práva jsou v kodifikaci rozptýleny a obtížně identifikovatelné. Je tak sice možno a nutno obohatit obchodní právo o úpravy *jednostranných obchodů*, tedy o ustanovení týkající se vztahů mezi podnikateli a nepodnikateli, současně si však musíme být vědomi, že jde jenom o doktrinální interpretační konstrukci, jež bude zřejmě dlouhou dobu trpět nejednotností pohledů a neustáleností definic. Taková situace nezbytně sníží právní jistotu a negativně ovlivní právnické vzdělávání. Nepochybně nepřispěje ani ke snadné mezinárodní komunikaci.

Zvláštní pozornost je třeba věnovat harmonizaci s *unijním právem*, již kodifikace provedla velmi nekvalitně a navíc ji před uživatelem ukryla pomocí neříkajícího obecného odkazu v § 3015. Možnost odlišit prvky unijního práva v národním právu má významné praktické důsledky, které nesmí ani doktrína, ani výuka zanedbávat.

Před rozsáhlými úkoly tak díky kodifikaci stojí nejenom zákonodárství, ale také právní věda.

## Summary

This article seeks to create a new concept of Czech business law with reference to the new civil law codification. This unified codification does not abolish business law as a discipline. From one point of view it opens new, unlimited possibilities compared to the former commercial code. In 1991, this code defined a new notion of a commercial obligation relationship, which neither corresponded to the tradition of the 1863 commercial code, nor other European commercial codes. It is now possible to define commercial obligation as unilateral or bilateral.

On the other side the new unified civil code brings with it the necessity to create the business law concept by extracting commercial notions from this code, where these rules are dispersed.

One can conclude that our business law is defined by three basic notions: the businessman, the undertaking and the business contract. The definition of businessman is now clearer because it is, in essence, created from private law characteristics. However, concerning the notion of undertaking, there is an important mistake in the legal definition as debts are named as part of an undertaking.

Some of the general rules of obligation are applicable only in commercial relationships, but to find purely commercial contracts, it is, in some cases, necessary to make an interpretation, which may prove difficult.

# Jméno společníka jako součást obchodní firmy

Jarmila Pokorná, Eva Večerková\*

## I Úvodem

Když v roce 2000 vznikala ve spolupráci s prof. Hajnem stať o problémech užití jména společníka v označení obchodní společnosti<sup>1</sup>, neexistovala ještě obnovená úprava firemního práva. Koncepce označování podnikatelů se v mezidobí změnila, vrátila se k tradičnímu firemnímu právu a přesunula se z obchodního zákoníku do speciálních ustanovení o podnikateli v pátém dílu druhé hlavy nového občanského zákoníku.<sup>2</sup> Očekávali bychom, že při vytváření zcela nového soukromoprávního kodexu bude využito této ojedinělé příležitosti a nová pravidla odstraní výkladové problémy, na něž jsme až dosud naráželi. Zda se tak skutečně stalo nebo zda je nová úprava jen dokladem snah o dokonalost, které však končí v nekonečnu, měl by alespoň částečně ukázat tento text. Z důvodů srovnatelnosti se proto soustředíme na totožnou problematiku - užití jmen společníků v obchodních firmách obchodních korporací. Omezujeme se, stejně jako původní stať, na společníky, kteří jsou fyzickými osobami, a zabýváme se poskytováním souhlasu s užitím jména fyzické osoby ve firmě obchodní korporace a odvoláváním tohoto souhlasu.

\* Prof. JUDr. Jarmila Pokorná, CSc., profesorka na Katedře obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

JUDr. Eva Večerková, odborná asistentka na Katedře obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

<sup>1</sup> HAJN, P., POKORNÁ, J. Jméno společníka jako součást obchodního jména, *Právní rozhledy* č. 4/2000, str. 135 - 138, ISSN 1210-6410

<sup>2</sup> Z. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, dále budeme v textu používat zkratku OZ

## II Důvody pro užití jména člověka ve firmě

Užití jména člověka, který je společníkem obchodní korporace<sup>3</sup>, ve firmě této korporace může být velmi praktické, uvážíme-li, jaké funkce firma plní.<sup>4</sup> Jedinečné jméno člověka obsažené ve firmě obchodní korporace může zpřesnit identifikaci subjektu a bránit zaměnitelnosti firem. Pokud je toto jméno současně známé nebo dokonce proslulé, posiluje to i pozici obchodní korporace v hospodářské soutěži a zvyšuje hodnotu závodu, který korporaci náleží. Pozornost možných zákazníků zcela jistě více upoutá firma „Kosmetika Coco Chanel, s. r. o.“ než „Parfémy Kučera a spol.“

Jméno člověka je samo o sobě významnou hodnotou jeho osobnosti, je nezbytným a příznačným atributem člověka po celou dobu jeho života a je významné pro ztotožnění člověka i po jeho smrti.<sup>5</sup> Použití jména člověka pro účely označení právnické osoby proto občanský zákoník podmiňuje zvláštním vztahem právnické osoby k danému člověku a jeho

<sup>3</sup> Vycházíme z nového pojetí občanského zákoníku a zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích, které do kategorie obchodních korporací zahrnuje obchodní společnosti i družstva. Předpokládáme však, že u družstev nebude užívání jmen fyzických osob, členů družstva, tak frekventované jako je tomu u obchodních společností.

<sup>4</sup> Autorky zde využívají výsledků svých zkoumání, které popsaly v monografii POKORNÁ, J., VEČERKOVÁ, E. a kol. *Firemní právo v České republice: vývoj a srovnání s Německem a Slovenskem*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2013. 332 s. Řada teoretická, Ed. S, č. 415, ISBN 978-80-210-6566-6. Pojednání o funkcích firmy na str. 49 - 50 rozeznává především funkci identifikační (nesporné určení totožnosti podnikatele), soutěžní (proslulost firmy pomáhá podnikateli uplatnit na trhu vlastní produkty) a investiční (firma jako majetková hodnota zvyšující cenu závodu podnikatele).

<sup>5</sup> PAVLÍK, P. in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. Svazek I. Praha: Wolters Kluwer, a. s. 2014, str. 287, ISBN 978-80-7478-370-8.

souhlasem.<sup>6</sup> Oproti minulosti je možnost využít jméno člověka dána právními osobám obecně a vyplývá z výslovného svolení v § 133 odst. 1 OZ.

Tato úprava se jako obecná vztahuje též na různé situace, k nimž může dojít, jestliže je jméno člověka užito ve firmě obchodní korporace:

- **Firma obsahuje jméno stávajícího společníka korporace.** Může jít o případ, kdy má jistá proslulost jména soutěžní význam nebo kdy je daný společník vůdčí osobností korporace, ale nemusí zde též existovat žádný racionální důvod, zvláštní vztah může vyplývat již jen ze samotného faktu, že je daná fyzická osoba společníkem korporace.
- **Firma obsahuje jméno bývalého společníka korporace,** jehož účast v korporaci sice skončila, ale nositel jména stále žije. Zde již nedovodíme zvláštní vztah korporace a bývalého společníka jen ze samotného faktu společenství, na významu zde bude patrně nabývat soutěžní funkce firmy, pokud se firemní označení využívající jména společníka stalo pro korporaci příznačným.<sup>7</sup>
- **Firma obsahuje jméno člověka, který není a nebyl společníkem korporace.** I když si nemyslíme, že tato možnost za účinnosti obchodního zákoníku neexistovala, právní úprava na ni výslovně nepamatovala.<sup>8</sup> Zvláštní vztah zde zřejmě opět bude odůvodněn marketingovými a propagačními cíli.

Jestliže podmínku zvláštního vztahu člověka a obchodní korporace vnímáme jako subjektivní faktor, jehož výslovným uvedením v textu zákona měla být patrně zdůrazněna výjimečnost této situace a také význam jména člověka, je vyslovení souhlasu podmínkou, která činí užívání jména člověka v názvu právnické osoby oprávněným.

<sup>6</sup> Ustanovení § 133 odst. 1 OZ připouští po smrti člověka další projevy souhlasu s užitím jeho jména v názvu právnické osoby, a to: souhlas jeho manžela, nebo souhlas zletilého potomka, nebo souhlas předka. Tato úprava bude předmětem výkladu v dalším textu tohoto příspěvku.

<sup>7</sup> Nejprůsvětější příklady osobních firem obchodních korporací tvoří tzv. patronymy, jména osob, které zakládaly výrobu určitého výrobku, a s nimiž se setkáváme i po staletích - např. Ford, Mattoni, Julius Meinl, Škoda, Boeing, Honda, Jan Becher, Rott aj.

<sup>8</sup> Ustanovení § 11 odst. 5 obchodního zákoníku upravovalo výslovně jen postup pro situaci, v níž bylo součástí firmy jméno toho společníka nebo člena právnické osoby, jehož účast na právnické osobě zanikla.

Nedostatek souhlasu zakládá potom právo dotčeného člověka domáhat se z důvodu neoprávněného užívání jeho jména, aby bylo od takového užívání upuštěno, popř. nahrazena újma takovým užíváním způsobená.<sup>9</sup>

### III Způsoby udělování souhlasu

O tom, jak a kdy má být souhlas s užitím jména člověka ve firmě obchodní korporace udělen, nemá občanský zákoník žádné ustanovení. Z povahy věci vyplývá, že souhlas bude akceptací návrhu učiněného ze strany právnické osoby a mezi ní a nositelem jména bude o tomto způsobu užívání jména **uzavřena smlouva**. Forma smlouvy není stanovena, nemusí být písemná, i když by to bylo velmi praktické a písemnou formu lze z důvodu vyloučení důkazní nouze v případných sporech jen doporučit. Nemá-li dojít k neoprávněnému užívání jména člověka, musí být smlouva uzavřena **předem**, právnická osoba může svůj název využívající jména daného člověka vytvořit, popř. modifikovat, až po udělení jeho souhlasu. Obsahem smlouvy může být jen prosté ujednání o tom, že součástí názvu právnické osoby je jméno konkrétního člověka, avšak mohou být sjednány i další podrobnosti vymezující způsob užívání, popř. též úplatu za užívání jeho jména.

U obchodních korporací je situace poněkud složitější, neboť se musí vzít v úvahu, že určení obchodní firmy je podstatnou náležitostí společenské smlouvy nebo stanov. Postup při vyjadřování souhlasu společníka s užitím jeho jména ve firmě korporace se proto bude lišit v situaci zakládání nové korporace a v situaci změny firmy za trvání korporace.

**Nová obchodní korporace** vzniká postupným naplňováním dílčích kroků, na jejichž počátku stojí založení korporace zakladatelským právním jednáním. Uzavřením společenské smlouvy, přijetím stanov nebo vydáním zakladatelské listiny jsou vázáni zakladatelé, původci těchto jednání, ale korporace jako právnická osoba ještě neexistuje. **Firma budoucí obchodní korporace** však již musí být určena, je podstatnou náležitostí zakladatelského právního jednání a z důvodů získání priority může být i zapsána do obchodního rejstříku.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Viz § 78 OZ v kombinaci s úpravou v § 2910 OZ.

<sup>10</sup> Podle § 48 odst. 2 z. č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob, zapíše k návrhu všech zakladatelů rejstříkový soud obchodní firmu řádně

Souhlas zakladatele a budoucího společníka (člověka) s využitím jeho jména ve firmě zakládané korporace tvoří součást vyjednávání obsahu společenské smlouvy nebo stanov, dosažení dohody o tom, že jméno bude součástí firmy, popř. určení dalších podmínek jeho využívání, může být vyjádřeno v některém z článků společenské smlouvy nebo stanov. Toto řešení považujeme za praktické i s ohledem na budoucí možné změny společnického složení obchodní korporace. Pokud by mělo být ve firmě využito jména osoby stojící mimo zakládanou korporaci, bylo by podle našeho názoru nutno postupovat podle § 127 OZ a učinit souhlas i další podmínky užívání jména součástí samostatné smlouvy uzavřené mezi zakladateli a nositelem jména. Z povahy věci potom vyplývá, že obchodní korporace po svém vzniku vztáhne účinky tohoto ujednání na sebe, a bude tak smlouvou zavázána od počátku. Opomenutí tohoto postupu by muselo vést pouze k závěru, že vzniklá korporace užívá jména třetí osoby neoprávněně, protože solidární závazek zakladatelů zde nemá smysluplné účinky.

**Za trvání obchodní korporace** se rozhodnutí využít jména společníka nebo jiného člověka v její firmě může projevit pouze **změnou firmy**, které musí předcházet změna obsahu společenské smlouvy nebo stanov, pokud jde o ustanovení o firmě. Výchozím bodem bude proto způsob změny zakladatelského právního jednání. U obchodních společností je podle základní zákonné úpravy<sup>11</sup> ke změně nutná dohoda všech společníků. Má-li proto být ve firmě společnosti užito jméno jejího společníka, je situace obdobná zakládacímu procesu - svolení s užitím jména společníka i určení případných bližších podmínek pro toto užití musí být dosaženo shodnými projevy vůle všech a vtěleno do doplňujícího článku společenské smlouvy nebo stanov. U všech obchodních společností však může být rozhodování o změně zakladatelského právního jednání provedeno i hlasováním, tedy způsobem, který dovoluje, aby se změnou souhlasila i jen část společníků. U kapitálových společností je tento princip vyjádřen svěřením rozhodnutí o změně spo-

založené obchodní korporace. Návrh na zápis korporace je potom nutno podat do 1 měsíce od zápisu firmy, jinak rejstříkový soud firmu opět vymaže. Úprava umožňuje zachovat prioritu zvolené obchodní firmy v průběhu zakládacího procesu. Reaguje na konstitutivní účinky zápisu firmy do obchodního rejstříku a navazuje na § 423 odst. 2 OZ, podle něhož náleží ochrana práv k obchodní firmě tomu, kdo ji po právu použil poprvé.

<sup>11</sup> Viz § 99, § 125, § 147 odst. 1, § 421 odst. 2 písm. a) zákona o obchodních korporacích.

lečenské smlouvy nebo stanov do působnosti valné hromady. K vyjádření souhlasu společníka s užitím jeho jména ve firmě by potom mohlo dojít na jednání valné hromady. Obdobný postup by se uplatnil též u družstev, u nichž zákon o obchodních korporacích primárně předpokládá rozhodnutí hlasováním na členské schůzi, protože v § 554 odst. 1 váže účinnost změn stanov na schválení členské schůze. Je však představitelný i takový postup, při němž statutární orgán obchodní korporace uzavře se zmíněným společníkem smlouvu, v níž bude vyjádřen jeho souhlas, popř. stanoveny další podmínky využívání jeho jména ve firmě korporace. Tato smlouva bude potom východiskem pro rozhodnutí o změně společenské smlouvy nebo stanov. Samostatnou smlouvou bude podle našeho názoru nutno řešit i ty případy, kdy by se součástí firmy korporace mělo stát jméno osoby stojící mimo korporaci. Ve všech zmíněných případech však bude nutno dosáhnout souhlasu dotčené osoby před změnou firmy a zápisem změněné firmy do obchodního rejstříku. Zápis firmy do obchodního rejstříku má konstitutivní účinky, dodatečný souhlas po zápisu změněné firmy do obchodního rejstříku by tak představoval již jen smírné řešení neoprávněného zásahu do práv ke jménu člověka.

Samostatným problémem je **poskytování souhlasu v situaci, kdy nositel jména zemřel** - u společníka obchodních korporací je to případ zániku jeho účasti na korporaci smrtí. Obecné pravidlo v § 133 odst. 1 OZ, které se uplatní i v případě firmy obchodní korporace, v sobě skrývá následující situace:

- jméno člověka bylo součástí názvu právnické osoby, člověk zemřel a pro tento případ **předem výslovně povolil** další užívání svého jména,
- jméno člověka bylo součástí názvu právnické osoby, člověk zemřel a pro tento případ **výslovně zakázal** další užívání svého jména,
- jméno člověka bylo součástí názvu právnické osoby, člověk zemřel a **nevyjádřil žádnou svou vůli** ohledně dalšího užívání svého jména v názvu právnické osoby,
- jméno člověka nebylo součástí názvu právnické osoby, člověk zemřel a **po smrti se jeho jméno má stát součástí názvu**.

První ze zmíněných situací nezbuzuje žádné problémy, u druhé zastáváme názor, že osoby uvedené v § 133 odst. 1 OZ nejsou oprávněny postupovat proti vůli zemřelého a poskytnout souhlas tam, kde jej zemřelý výslovně odmítl. Pro dvě poslední jmenované situace povolává § 133 odst. 1

OZ k udělení souhlasu zvláštní okruh osob: v první řadě manžela zemřelého, pokud toho není, zletilé potomky zemřelého, pokud by ani těch nebylo, potom jsou oprávněni poskytnout souhlas předkově zemřelého.

Taxativním **výčtem oprávněných osob** odstraňuje občanský zákoník pochybnosti, které vyvolávala úprava v § 11 odst. 5 obchodního zákoníku opravňující k vyslovení souhlasu dědice.<sup>12</sup> Ani nová regulace není však zcela prosta výkladových těžkostí, z nichž za nejzávažnější považujeme konkretizaci pojmu „potomek“ a řešení souhlasu, pokud je oprávněných osob více.

Na oba problémy upozorňuje J. Lasák<sup>13</sup> v komentáři k citovanému ustanovení občanského zákoníku. U pojmu „**potomek**“ správně naznačuje, že nemusí jít jen o syny nebo dcery zemřelého, ale též o potomky vzdálenější (vnuci, pravnuci), a připouští, že i oni jsou oprávněni souhlas poskytnout. Tím se ovšem prohlubuje problém mnohosti oprávněných osob, neboť ze zákona nevyplývá, že by vzdálenější potomci přicházeli v úvahu jako osoby oprávněné k poskytnutí souhlasu teprve potom, není-li již dětí zemřelého.

Pro případ existence **většího počtu oprávněných osob** se Lasák přiklání k závěru, že je dostačující souhlas i jen jediné oprávněné osoby a odmítá názor, že by měly vždy souhlasit všechny oprávněné osoby. Svoje stanovisko odůvodňuje výší transakčních nákladů spojených např. s nutností vyhledat všechny žijící potomky nebo předky. Současně však uvádí, že souhlas i jen jednoho zletilého potomka je dostačující, ledaže jiný zletilý potomek vyjádří svůj nesouhlas. Pokud by však nesouhlas jednoho potomka negoval souhlas jiného, nezbylo by než přijmout závěr, že pro právní jistotu právnické osoby, která užívá jméno zemřelé fyzické osoby ve svém názvu, je nutno, aby souhlasily všechny oprávněné osoby.

V případech užívání jména člověka ve firmě obchodní korporace má tento problém navíc silnější **prvek majetkový**. Firma je nehmotná movitá věc, která může pro svého nositele znamenat významnou majetkovou a investiční hodnotu. Poskytnutí souhlasu k dalšímu užívání jména, které se již stalo pro firmu dané obchodní korporace příznačným a představuje soutěžní výhodu v konkurenčních

vztazích s ostatními soutěžiteli, může být **spojeno s úplatou**. Zejména v této situaci je zřetelně vidět, že právní úprava v § 133 odst. 1 OZ neuvádí žádný důvod pro to, aby k poskytnutí souhlasu byli povoláni jen někteří oprávnění a jiní opomenuti. Jestliže by se nepodařilo dosáhnout souhlasného projevu vůle všech oprávněných, bylo by nutno považovat užívání jména zemřelého ve firmě obchodní korporace za neoprávněné. Jde sice o řešení velmi strohé, avšak poskytující právní jistotu obchodní korporaci i potomkům, popř. předkům zemřelého nositele jména.

Pokud jde o časové hledisko, je nutno zdůraznit, že udělení souhlasu není závislé na dědickém nástupnictví ani na řízení o dědictví a jeho výsledku. Lze předpokládat, že korporace bude mít intenzivní zájem na tom získat jistotu, že může jméno zemřelého ve firmě využívat, a to především v těch případech, kdy již jméno součástí firmy je. Potřebný souhlas by proto měla obchodní korporace získat bez zbytečného odkladu po smrti nositele jména.

#### IV Odvolání souhlasu

Časopisecký příspěvek z roku 2000<sup>14</sup> neřešil nutnost poskytnutí souhlasu k užívání jména společníka obchodní korporace v její firmě obecně, ale jen v souvislosti se zánikem jeho účasti v korporaci. Jen pro tuto situaci požadovala dřívější právní úprava výslovně souhlas bývalého společníka.<sup>15</sup> Vyjadřovala tím především soutěžní funkci firmy, jejíž naplnění spatřovali autoři článku v kontinuitě označování podnikatele: „Pokud dává bývalý společník právnické osoby souhlas s pokračujícím užíváním svého jména v obchodním jménu<sup>16</sup> dané právnické osoby, umožňuje tím současně zachovat kontinuitu její pověsti na trhu a ve vědomí zákazníků a vyhnout se potížím, které by mohly být spojeny s nutností obchodní jméno změnit.“<sup>17</sup> O významu souhlasu bývalého společníka s užitím jeho jména ve firmě korporace tak nemůže být pochyb a závěry vyslovené dřívějším textem jsou platné i dnes. Obchodní zákoník však neřešil pro-

<sup>14</sup> HAJN, P., POKORNÁ, J. cit. v pozn. 1

<sup>15</sup> Viz § 11 odst. 5 obchodního zákoníku

<sup>16</sup> Dřívější právní úprava označování podnikatelů měla odlišnou koncepci a užívala i odlišné terminologie. Obchodním jménem byli označováni všichni podnikatelé bez rozdílu, rozuměl se jím název, pod kterým podnikatel činil právní úkony při své podnikatelské činnosti.

<sup>17</sup> HAJN, P., POKORNÁ, J. cit. v pozn. 1, str. 135 - 136

<sup>12</sup> Viz druhá část stati HAJN, P., POKORNÁ, J. cit. v pozn. 1, str. 136 - 137

<sup>13</sup> LASÁK, J. in LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1 - 654). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, str. 704 - 705, ISBN 978-80-7400-529-9

blém, který s poskytováním souhlasu úzce souvisí, a to je **možnost souhlas odvolat**.

Podle našeho názoru již není nutno zabývat se problematikou možností odvolat souhlas v podmínkách dřívější právní úpravy, protože současný občanský zákoník pamatuje na tento problém výslovně a navíc rozlišuje pravidlo obecného dosahu pro všechny právnické osoby a úpravu speciálního postupu, pokud je podnikatel označen obchodní firmou.

Podle obecné úpravy v § 133 odst. 3 OZ má osoba oprávněná udělit souhlas k užití jména člověka v názvu právnické osoby rovněž právo tento souhlas **kdykoli odvolat**, a to i když byl souhlas udělen jen na určitou dobu. Právo odvolání je vázáno na podstatnou změnu okolností nebo jiný rozumný důvod. Pokud byl odvolán souhlas udělený na určitou dobu bezdůvodně, je odvolávající povinen nahradit právnické osobě škodu z toho vzniklou.

V podnikatelských vztazích by se uvedená obecná úprava mohla uplatnit jen v těch případech, v nichž podnikatelem bude právnická osoba, která není zapsána do obchodního rejstříku, a nemá tudíž firmu. Převažující skupina podnikajících právnických osob jsou však obchodní korporace, které se do obchodního rejstříku zapisují, a označují se proto firmou. Pro tyto právnické osoby obsahuje občanský zákoník v § 428 speciální úpravu oprávnění odvolat souhlas s užitím jména člověka ve firmě; uvedená úprava obecná pravidla vylučuje.

Osobou oprávněnou k odvolání souhlasu je podle § 428 OZ ten, jehož důvod k odvolání souhlasu je tak závažný, že po něm nelze spravedlivě požadovat, aby jeho jméno bylo v obchodní firmě využíváno. Zákon dále příkladmo specifikuje, které důvody by měly být považovány za závažné: změna převažující povahy podnikání právnické osoby nebo změna vlastnické struktury obchodní korporace. Za těchto podmínek má právo odvolat souhlas i právní nástupce osoby, která souhlas udělila.

**Osobou oprávněnou k odvolání souhlasu** je primárně nositel jména použitého ve firmě. Za jeho života toto právo bude mít patrně jen on sám - zákonná dikce používá v první větě § 428 OZ přivlastňovacího zájme „svůj“ („Odvolat souhlas s užitím *svého* jména...“). Je však otázka, zda je tento výklad zcela spolehlivý a zda obecná formulace § 428 („ten, kdo k tomu má závažný důvod.“) nemíří i na jiné osoby. Další oprávněnou osobu zmiňuje zákon až v poslední větě cit. ustanovení - „právní nástupce osoby, která souhlas udělila“. Tato formulace ale předpokládá, že nositel

jména již neexistuje. Ustanovení při tom používá velmi obecné formulace „právní nástupce“ naznačující, že může jít o nástupnictví po právnické i fyzické osobě a nemusí jít dokonce ani o nástupnictví univerzální, vezmeme-li v úvahu, že firma je nehmotná movitá věc, kterou je možno převádět.

Dikce § 428 OZ není zcela konzistentní s § 133 OZ. I když bychom se mohli domnívat, že speciální ustanovení se použije samo o sobě, neboť obsahuje řešení pro všechny případy a vylučuje aplikaci ustanovení obecného, není tomu tak zcela, protože vztah obecného a speciálního se týká pouze § 428 a třetího odstavce § 133. Z konfrontace propojení § 428 a § 133 odst. 1 vyplývají **následující aplikační možnosti**, z nichž však některé neposkytují jasné závěry:

- **Souhlas poskytl nositel jména a nositel jména souhlas též odvolal;** v dané situaci o osobě oprávněné souhlas odvolat pochybnosti nevznikají. Do této skupiny situací bude patřit nejčastěji i případ, kdy souhlas odvolává společník obchodní korporace, jehož účast v korporaci zanikla. Problémem zde nebude osoba oprávněná souhlas odvolat, ale existence závažného důvodu, pro který nelze na bývalém společníkovi spravedlivě požadovat, aby v obchodní firmě korporace bylo jeho jméno i nadále využíváno. Kromě objektivních okolností, které naznačuje i demonstrativní výčet v § 428 OZ, se v praxi jistě setkáme i s důvody ryze subjektivními a soudy budou v řadě sporů stát před nelehkou úlohou jejich posouzení. Právě v takových situacích nabude podle našeho názoru na významu povaha jména jako chráněné součásti osobnosti člověka, u níž nemůže být nikdo nucen k tomu, aby byl přes svůj nesouhlas strpěl její využívání pro podnikatelské účely. Předpokládáme proto spíše širší interpretaci závažnosti důvodů vedoucích k odvolání souhlasu.
- **Souhlas poskytl nositel jména, který následně zemřel,** aniž by bylo zřejmé, zda se souhlas s užitím jména člověka ve firmě vztahuje i na dobu po jeho smrti. V tomto případě náleží právo souhlas odvolat jeho právnímu nástupci. Tato situace však vyvolává pochybnost o tom, koho máme rozumět **právním nástupcem** - je zřejmé, že se obecná formulace citovaného ustanovení snaží neomezovat praxi, ale zachycovat co nejširší okruh případů právního nástupnictví, a to jak fyzických, tak i právnických osob. Při tomto přístupu se však stává problematickou širší pojmu právního nástupnictví sama. Ome-



zíme-li ji na dědické nástupnictví po zemřelém člověku, zůstává i potom mnoho problémů (např. určení okamžiku vzniku dědického práva, pořadí dědiců podle dědických titulů, mnohost dědiců), které nedovolují dát jednoznačnou odpověď na otázku, **kdo je oprávněn** po smrti nositele jména souhlas s užitím jména člověka ve firmě odvolat.

- **Souhlas poskytl nositel jména i pro případ užívání jména ve firmě po jeho smrti** - k odvolání souhlasu je potom oprávněn jeho právní nástupce, nastávají však problémy popsané výše.
- **Nositel jména zemřel, aniž bylo jeho jméno za jeho života ve firmě využíváno.** Pro případ užití svého jména ve firmě až po své smrti žádný souhlas **neposkytl**, ale ani užití svého jména ve firmě nezakázal. Souhlas dala až po smrti nositele jména některá z osob uvedených v § 133 odst. 1 OZ (manžel, zletilý potomek, předek). Žádná z těchto osob však pro případ odvolání souhlasu nesplňuje podmínky speciálního ustanovení § 428 - nejde o jejich jméno, nýbrž o jméno zemřelého, souhlas tedy nemohou odvolat z důvodu, že jde o jejich vlastní jméno. Jestliže zákon dále stanoví, že souhlas může odvolat právní nástupce osoby, která souhlas udělila, nemůže toto pravidlo dopadat na žijící osoby, u nichž nenastává situace, že by souhlas mohl odvolat jejich právní nástupce. Závěr, že v tomto případě neexistuje osoba oprávněná souhlas odvolat, je zjevně nepřijatelný. Je proto nutno vyjít ze zásady, že ten, který souhlas poskytl, je též oprávněn jej odvolat, i když právo na odvolání není v zákoně výslovně vyjádřeno.<sup>18</sup>

Další otázkou je **povaha odvolání souhlasu**. Formulace jeho úpravy v § 133 odst. 3 i v § 428 OZ vede k úvaze, že jde o jednostranný projev vůle oprávněné osoby. Pokud však v předchozí části tohoto příspěvku bylo přijato stanovisko, že souhlas s využitím jména je svou povahou akceptací, již vzniká smlouva mezi obchodní korporací a nositelem jména o užívání jeho jména ve firmě, popř. o dalších podmínkách tohoto užívání, musíme uvažovat také nad tím, jaká je právní povaha odvolání souhlasu a jaký má odvolání souhlasu účinek, pokud jde o tuto smlouvu a práva a povinnosti jí založené.

**Jednostranný projev vůle** osoby odvolávající souhlas s užíváním jména je podle našeho názoru možno kvalifikovat jako odstoupení od smlouvy ve smyslu § 2001 OZ, přičemž je to odstoupení stanovené zákonem, k němuž zákon nejen opravňuje, ale určuje též jeho podmínky. Neuplatní se proto úprava odstoupení pro porušení smlouvy. Odvoláním souhlasu zaniká právo užívat jméno daného člověka ve firmě obchodní korporace i případná ostatní oprávnění, která byla s užíváním spojena. Zůstávají zachovány povinnosti k poskytnutí různých druhů kompenzací, pokud byly pro případ odvolání souhlasu sjednány. Odstupující využívá v odvolání souhlasu svého zákonného práva, a pokud souhlas odvolal z důvodů specifikovaných zákonem, není povinen vůči korporaci k náhradě újmy. Z povahy věci potom vyplývá, že závazek se neruší s účinky *ex tunc* (§ 2004 odst. 1 OZ), ale *ex nunc* k okamžiku odvolání souhlasu nebo k okamžiku, který si strany pro tento případ předem ve smlouvě ujednaly. Ukazuje se tedy, že aplikace pravidel pro odstoupení od smlouvy nebude v případech firmy vždy možná, protože počítá se smlouvami a závazky jiného obsahu. Obchodní korporace i fyzické osoby, jejichž jména jsou ve firmách korporací užívána, by proto dosáhly větší právní jistoty, pokud by využily zásady smluvní autonomie tvořící jeden z myšlenkových základů nového občanského zákoníku a ve smlouvě o využívání jména pro firemní účely si upravily i postup při odvolání souhlasu s využíváním jmen i účinky odvolání.

## V Závěry

Na rozdíl od obchodního zákoníku, který problematice využití jména člověka ve firmě obchodní korporace věnoval pouze ustanovení § 11 odst. 5 a úvahy na toto téma zúžil na využití jména bývalého společníka nebo člena korporace, je **nová občanskoprávní úprava odlišná** a v tomto srovnání může být hodnocena jako pozitivní a inspirující. Požadavek souhlasu člověka s užitím jeho jména v názvu právnické osoby nebo ve firmě obchodní korporace odpovídá významu jména pro osobnost člověka. U obchodních korporací nepůsobí žádné mimořádné obtíže, pouze si vynucuje, aby praktická aplikace úpravy souhlasu ve spojení s úpravou obsahu zakladatelských právních jednání a jejich změn vyvinula postupy, kterými bude souhlas poskytován a v zakladatelských právních jednáních vyjadřován.

<sup>18</sup> K této problematice viz též LASÁK, J. in LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1 - 654). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, str. 1633, ISBN 978-80-7400-529-9

Požadavek souhlasu po smrti nositele jména sice již nenaráží na zásadní nejasnost o tom, které osoby jsou oprávněny souhlas poskytnout, problémy s mnohostí těchto osob i s použitými pojmy (potomek) však i v nové právní úpravě zůstávají a budou výkladově jen velmi těžko překonatelné. Odvozovat právo na poskytnutí souhlasu od intenzity zvláštního vztahu právnické osoby k potomkovi a jeho zemřelému předkovi nebude vždy spolehlivé, protože ani u vzdálenějších potomků nelze velmi silné citové vztahy vyloučit. U problému mnohosti potomků či předků zastáváme stanovisko, že souhlas s užitím jména člověka ve firmě by měli vyjádřit všichni oprávnění, sporné případy bude nutno řešit pomocí zásady zákazu zneužití práva (§ 8 OZ) a zásad spravedlnosti a ekvity v soukromoprávních vztazích (§ 3 odst. 3 OZ).

Za pozitivní považujeme i výslovnou úpravu práva na odvolání souhlasu s využíváním jména člověka ve firmě obchodní korporace. Interpretací problém zásadního významu však spatřujeme v poslední větě § 428 OZ u slovního spojení „právní nástupce osoby, která souhlas udělila“. Lze navrhnout zpřesňující novelizační zásah, jenž by okruh osob oprávněných pro případ smrti nositele jména souhlas odvolat přiblížil okruhu osob oprávněných v totožné situaci souhlas poskytnout. Pokud by však k naznačené novelizaci závěrečné věty ustanovení § 428 OZ vůbec nedošlo, výklad této věty bude pouze záležitostí judikatury, na níž bude spočívat úkol nalézt vyhovující zobecnění jednotlivých posuzovaných případů.

### *Summary*

The article deals with legal regulation of using partners names in the firm names of business companies. It is looking into the problem of giving and taking back consent to use the name of natural person in the firm of business company.

The new Civil Code makes use of the name dependent on special relation between business company and natural person and on permission of natural person, but it does not provide how and when the permission should be given. By definition, there has to be a contract between bearer of the name and the company, the contract can also form a part of articles of association. If the bearer of the name dies, a permission can be given by his husband or descendant or ancestor. The person being authorized to give a permission can take the permission back, if circumstances have changed significantly. However, it is still unclear, how to proceed in case of large number of authorized persons.

## Vyšší moc, hardship aneb smluvní doložky v mezinárodní praxi

Naděžda Rozehnalová\*

### I Úvod

*Na jiných místech a v jiných souvislostech bylo uvedeno, že profesor Petr Hajn působil nejenom jako významný teoretik v oblasti obchodního smluvního práva, nýbrž i jako podnikový právník zabývající se mimo jiné i mezinárodní problematikou kontrakčních procesů. Můj příspěvek směřuje právě do této oblasti. Oblasti, kde se nejlépe projeví ona kreativita, která vždy byla a stále je pro profesora Hajna typická.*

Hodnocení rizik, vymezení pozice stran vůči nim a jejich případné ošetření či alokace jsou charakteristické pro fázi před a při uzavření smlouvy. Nicméně, i po uzavření smlouvy nastávají situace, které strany či strana neočekávaly, které však mají zásadní vliv na plnění jedné ze stran a strany či strana je nemohou nikterak ovlivnit a nemohly je ani očekávat. Tyto okolnosti činí plnění smlouvy trvale či dočasně nemožným, nebo sice možným, nicméně vychýlení původně nastavených rizik či očekávání může učinit plnění pro stranu či strany mimořádně ekonomicky či jinak obtížné. Jedná se o okolnosti různého původu - přírodního jako jsou přírodní katastrofy; spočívajícího v lidském jednání neovlivnitelném jedincem jako jsou války, občanské války či sociální nepokoje; daném v neočekávaných ekonomických či technologických procesech, případně dokonce legislativě atd. Na tyto okolnosti lze reagovat jak v oblasti smluvní v rámci kontraktace, tak je toto pnutí mezi zásadou *rebus sic stantibus* a *pacta sunt servanda*<sup>19</sup> předmětem právní regulace vnitrostátní i mezinárodní. Hledání vhodné pozice mezi oběma zása-

dami je delikátním úkolem.<sup>20</sup> Navíc, vedle regulace předpokladů, následků a podmínek využití případných osvobozujících důsledků existuje i procesní rozměr problematiky – možnost či nemožnost soudu či rozhodce adaptovat na návrh jedné strany smlouvu na nové podmínky tam, kde k tomu druhá strana nepřistoupila dobrovolně. A u složité adaptace ostatně i vůbec schopnost soudce takto působit.

Celá problematika si zaslouží naši pozornost jak pro svůj transnacionální smluvní rozměr, využívající nestátní úpravy typu obchodních podmínek jako jsou FIDIC, vzory vydané Mezinárodní obchodní komorou, Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT apod., případně se u nich inspirující, tak i pro nastavení platnosti případné smluvní podmínky. Mezinárodní úpravy obsahující obě či alespoň jednu z doložek jsou totiž zpravidla zcela, nebo pokud jde o některé otázky, vázány na právo rozhodné tvořící právní rámec pro tyto nestátní úpravy. Tedy pokud se nejedná o případ, kdy by rozhodci rozhodovali dle *lex mercatoria* a odsunuli národní právo.<sup>21</sup> Vazba na národní právo se promítá minimálně do otázky materiální platnosti smluvní doložky tak, jak je tomu u smluvních ustanovení postavených na Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží. V „horším“ případě národní právo tvoří přímo právní rámec smlouvy.

Uvedené okolnosti – alespoň tak se k nim vymezuje mezinárodní obchodní praxe – ovlivňují spíše smlouvy dlouhodobé či sice uzavřené na kratší dobu, nicméně složité co do své konstrukce a plnění. Zde zároveň vyvstává potřeba řešit nejen sankční následky, ale je spíše v zájmu obou stran zvážit přizpůsobení a řešení v zájmu zachování

\* Prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc., profesor, Katedra mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno.

<sup>1</sup> K otázce vazby obou zásad například CHENGWEI, Liu. *Changed Contract Circumstances*. 2nd Edition. Dostupné z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu5.html> /citováno 3. 2. 2015/. V české literatuře například MYSÁKOVÁ, Petra. *Institut hardship a využití hardship doložky v praxi*. Právo pro podnikání a zaměstnání, 2007, č. 5, s. 17.

<sup>20</sup> MAGNUS, Ulrich. *Force Majeure and the CISG*. In: SARCEVIC, A., VOLKEN, P. Editors: *The International Sale of Goods Revisited*. Dordrecht: Kluwer Law International, 2001.

<sup>21</sup> K teorii *lex mercatoria* v české literatuře ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 3. Aktualizované a doplněné vydání, 2013, s. 267-272.

smlouvy.<sup>22</sup> Samozřejmě existují i další typy doložek či zákonných konstrukcí, které mohou mít obdobné účinky. V praxi je využívána tzv. renegociační doložka zavazující strany tam, kde dojde k určitým okolnostem k nové negociaci.<sup>23</sup> Nesporně také doložky vázící se na kupní cenu jako jsou doložky měnové či klouzavé působí ve směru omezení měnových a cenových rizik plnění u dlouhodobých smluv. V praxi se setkáváme dále s tzv. „*exemption clause*“, „*exclusion clause*“, „*exculpatory clause*“, „*indemnity clause*“.<sup>24</sup> Doložky mohou být postaveny na jednacím bázi, nebo také mohou působit automaticky na uvedené riziko.<sup>25</sup> Každé řešení má své výhody i nevýhody.

Cíle článku lze uvést následovně:

- Uvést smluvní doložky vyšší moci a *hardship* včetně jejich charakteristických znaků tak, jak se vyvinuly v mezinárodní praxi jako reakce na nepředvídatelné okolnosti, které mohou v průběhu plnění smlouvy nastat. I když existuje jejich právní regulace v národních úpravách,<sup>26</sup>

je to i mezinárodní kontraktační praxe a interpretace daná mezinárodními rozhodčími soudy, které ovlivnily vnímání obou smluvních útvarů.<sup>27</sup> A to i pro národní právo. Existují zajímavé úpravy uvedené v dokumentech Mezinárodní obchodní komory v Paříži, v Zásadách mezinárodních smluv UNIDROIT a pro oblast smluv o dílo zejména v investiční výstavbě podmínky FIDIC.

- Pro oblast kupní smlouvy zvážit jejich uplatnění či regulaci v rámci Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (dále Vídeňská úmluva).<sup>28</sup> Tato mezinárodní smlouva představuje jedinou významnější hmotně právní unifikovanou úpravu. Je otázkou, nakolik lze obě doložky podřadit pod tuto regulaci, nebo naopak předpokládat, že doložka *hardship* podléhá regulaci národní.
- Dát doporučení pro smluvní praxi.

## II Ke koncepci doložek v mezinárodních dokumentech

Obě doložky jsou zpravidla spojovány a projednávány v dokumentech či publikacích společně. A to i přesto, že se zdá, že mají z pohledu cílů a koncepce více rozdílného než společného. Jaké rysy obecně mají vůbec společné? Zde si dovolíme spíše obecné konstatování, odpovídající vnímání jevu transnacionální praxí.

Obě doložky reagují na změněné okolnosti a představují tak zmírnění obecně přijímané zásady *pacta sunt servanda*. V obou případech se jedná o situaci, kdy se překážky plnění projeví po uzavření smlouvy, resp. se takto stranám staly známými. Změny, resp. překážky, mohou mít řadu příčin a mají zpravidla – jak uvidíme dále – společné rysy nepředvídatelnosti subjektivní i objektivní, neodvratitelnosti, nemožnosti ovlivnění okolností atd. Konkrétní rozlišení změn dle původu se nezdá být nutné. Byť například anglická koncepce *Act of God* směřovala spíše k přírodním událostem.<sup>29</sup> Dnes je obecně přijímáno, že okolnosti

<sup>22</sup> HORN, Norbert. Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr. Vertragsklauseln und Schiedspraxis. In: KÖTZ, Heinz. MARSCHAL v. BIEBERSTEIN, Wolfgang: Die Anpassung langfristiger Verträge. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1. Auflage, 1984. S odkazem na výzkum, který prokázal, že téměř polovina mezinárodních smluv obsahuje různé doložky námi sledovaného typu viz: FONTAINE, Marcel. The UNIDROIT Principles: An Expression of Current Contract Practice? In: Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration. 2002. Dostupné v databázi *Dispute Resolution Library* vedené ICC Paris.

<sup>23</sup> Zde doporučujeme webové stránky věnující se transnacionálnímu právu: <http://www.trans-lex.org/> převzato 20. 2. 2015/

<sup>24</sup> K jednotlivým termínům viz: PACHECKER, H. Humberto. Nafa` s Blue Book. Legal Terminology, Commentaries, Tables and Useful Legal Information. Xlibris, 2010.

<sup>25</sup> Zejména oblast obchodu s energetickými produkty vykazuje řadu nejrůznějších smluvních doložek. Jen krátce odkazujeme na přehled uvedený v: BLOCK, Guy. Arbitration and Changes in Energy Prices: A Review of ICC Awards with respect to force majeure, Indexation, Adaptation, Hardship and Take-or-Pay Clauses. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20, No. 2, 2009.

<sup>26</sup> K otázce komparace vedoucích právních řádů viz například: RÖSLER, Hannes. Hardship in German Codified Private Law: In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. European Review of Private Law, 2007, Vol. 15, pp. 483-513.

<sup>27</sup> MELIS, Werner. Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration. Journal of International Arbitration, 1984, Vol. 3, pp. 213 - 221.

<sup>28</sup> Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, vyhl. č. 160/1991 Sb.

<sup>29</sup> K problematice kořenů doložky vis majeure včetně interpretace Act of God, včetně přístupu některých národních úprav k problematice vis majeure a hardship viz: RIMKE, Joern. Force majeure and hardship: Appli-

vyšší moci mohou být i ekonomické či technologické, resp. i jinak spočívat v lidském chování.<sup>30</sup> Rozhodující je naplnění obecných znaků, konkrétní skutkové podstaty mají spíše doplňkovou úlohu.<sup>31</sup>

Na druhé straně existují v obou případech, jak jsme již uvedli, rozdíly v koncepci i ve výsledné situaci. Vyšší moc znamená dočasnou či trvalou nemožnost plnění a představuje spíše řešení následků neplnění v důsledku nastalých okolností. Ať je to již otázka vlivu na ukončení smlouvy z různých dalších titulů či především osvobození od náhrady škody. Naproti tomu *hardship* představuje situaci, kdy je plnění možné, byť je zásadně ztížené, a znamenalo by závažnou ekonomickou újmu, resp. změnu ve vyrovnanosti pozice stran. Například pro nenadálý dramatický růst ceny základní suroviny či například pro přijetí legislativy dopadající na výrobu a mimořádně ji zdražující.<sup>32</sup> V případě, kdy tato situace nastane, nás zajímá možnost plnění při zohlednění nových podmínek

cation in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer 1999-2000. Dostupné z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rinke.html> /převzato 20. 2. 2015/

<sup>30</sup> Jde především o koncept „*economic force majeure*“ tak, jak jej uvádí například Lokofsky. LOKOFSKY, Joseph. Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's Competing Approaches to Force Majeure and Hardship. International Review of Law and Economics, 2005, Vol. 2, p. 434 – 445. Dostupné z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky17.html> /převzato 15. 2. 2015/

<sup>31</sup> Uplatnění ekonomických důvodů jako okolností osvobozujících od odpovědnosti se objevuje i v praxi. Viz například argumentaci u následujících případů obsažených v databázi UNILEX (<http://www.unilex.info>) Belgie, No.: AR 1849/94, Rechtbank van Koophandel, Hasselt, Vital Berry Marketing NV v. Dira-Frost NV. V tomto případě byl prudký pokles ceny odmítnut jako okolnost dle článku 79 Vídeňské úmluvy. Ruská federace: No: 12 JI 1992, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce, strany neznámy. Argumentace se týkala nedostatku cizí měny. Rovněž byla jako okolnost osvobozující od odpovědnosti odmítnuta.

<sup>32</sup> Takto je například *hardship* uvedena v práci klasika teorie *lex mercatoria* C.M. Schmitthoffa. SCHMITTHOFF, M. Clive. Hardship and Intervener Clauses. In: Select Essays on International Trade Law. Ed. By CHIA-JUI CHENG. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, s. 415 – 422. Komparativní pohled směrem k transnacionální praxi také v: FONTAIN Marcel., DE LY Filip. Drafting International Contracts. Leiden: Brill, 2009, s. 453 – 492.

a očekávání smluvních stran v době, kdy uzavíraly smlouvu. Nelze-li toho dosáhnout, může být smlouva ukončena ze strany osoby nároková *hardship*. Literatura uvádí obecně několik možností, jak lze legislativně tyto situace řešit a jak alokovat rizika. V prvním případě zůstává povinnost plnit bez ohledu na změnu v podmínkách. Jde o případy, kdy soud shledá, že plnění není dostatečně ztížené či rozhodně právo sdílí striktně zásadu *pacta sunt servanda*.<sup>33</sup> Ve druhém případě může právo přihlídnout k těmto ztíženým podmínkám a umožnit povinnému ukončit smlouvu. Třetí situace znamená alokaci ekonomického rizika změněných podmínek mezi obě strany tím, že zde existuje vedle negociace i možnost daná soudem adaptovat smlouvu na změněné podmínky.<sup>34</sup> Tolik obecně ke vnímání obou institutů.

Z námi sledovaných dokumentů je to pouze Vídeňská úmluva, jako mezinárodní smlouva zavazující téměř 70 států světa, která nahrazuje právní rámec jinak vytvářený národním právem.<sup>35</sup> Nicméně ani v tomto případě se nevyhneme konfrontaci s právem národním. K tomu však více v následující kapitole.

Vídeňská úmluva reflektuje změněné okolnosti v článku 79. Tento se nejvíce přibližuje koncepci vyšší moci tak, jak je mezinárodní obchodní praxí vnímána.<sup>36</sup> Nicméně ani situace vyšší moci, ani

<sup>33</sup> Navzdory poměrně silnému vnímání *hardship* a nároků z něj vycházejících v transnacionální smluvní praxi, není tomu tak na národní úrovni. Jen málo zemí výslovně přijímá tuto koncepci. Blíže k přehledu: RODNER, O. James. Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: Liber Amicorum of Honor of Robert Briner. Paris: ICC Publishing, 2005, s. 678.

<sup>34</sup> BRUNNER, Christoph. Force Majeure and Hardship under General Contract Principles - Exemption for Non-Performance in International Arbitration. Dordrecht: Kluwer Law International, 2009, s. 392.

<sup>35</sup> K výřtu smluvních stran viz [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) V případě, kdy je při aplikaci postupováno dle článku 1. 1. a), je úmluva využita přímo mezi smluvními stranami, jsou-li naplněny podmínky její aplikace. Rozšíření aplikace znamená využití článku 1. 1. b), kdy postačuje odkaz na právo smluvního státu. Blíže k této otázce viz v české literatuře DRLIČKOVÁ, Klára. Aplikace nového občanského zákoníku na mezinárodní obchodní transakce. In: ROZEHNALOVÁ, Naděžda, DRLIČKOVÁ, Klára, VALDHANS, Jiří. Nový občanský zákoník pohledem mezinárodních obchodních transakcí. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 17 – 34.

<sup>36</sup> VALDHANS, Jiří, FUNKOVÁ, Hana, ŠIMKOVÁ, Iva. Předpoklady vzniku odpovědnosti za škodu pohledem Vídeňské úmluvy, Principů UNIDROIT, PECL

situace *hardship* zde není výslovně uvedena.<sup>37</sup> Jde o koncept autonomní na národních úpravách jak co do podmínek aplikace, tak pokud jde o účinky tohoto institutu. Otázkou však je, a toto bylo diskutováno i v průběhu přijímání úmluvy, nakolik možná interpretace této normy či smluvní dispozice s ní pokrývá pozici *hardship*. A v důsledku toho je možné uvedenou pozici vytvořit v rámci autonomie vůle právě s využitím článku 79, nebo naopak tuto smluvní konstrukci je třeba posuzovat již podle národního práva. Každé z řešení má své příznivce.<sup>38</sup> K této otázce se vrátíme.

Vídeňská úmluva v článku 79 odst. 1 obsahuje obecné znaky situace osvobozující stranu od odpovědnosti za škodu. Neobsahuje, a to na rozdíl od jiných námi sledovaných norem, demonstrativní výčet okolností. Zde je nesporně prostor pro smluvní úpravu. Situace, kdy dochází k osvobození od odpovědnosti, musí vykázat následující obecné znaky:

- a. Nesplnění jakékoli povinnosti bylo způsobeno překážkou, která nezávisela na vůli strany, byla mimo její kontrolu strany. Nejsou rozlišeny jednotlivé typy porušení. Je bez významu, zda jde o porušení částečné či úplné, nedodání či vadné dodání,<sup>39</sup> porušení povinnosti stanovené smlouvou či úmluvou. Ústředním momentem je hodnocení překážky. Je nesporné, že se musí jednat o objektivní skutečnost, nezávislou na vůli strany, spočívající v externích vlivech.<sup>40</sup> Otázkou je, zda musí jít o nemožnost, anebo postačí například i ekonomická obtížnost.<sup>41</sup> Termín sám o sobě je velmi flexibilní.

a nového občanského zákoníku. In: ROZEHNALOVÁ, Naděžda, DRLIČKOVÁ, Klára, VALDHANS, Jiří. Nový občanský zákoník pohledem mezinárodních obchodních transakcí. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 181 – 212.

<sup>37</sup> SCHWENZER, Ingeborg. Force majeure and hardship in International Sales Contracts. VUWRL, Vol. 39, No. 3, 2008, str. 712.

<sup>38</sup> LINDSTRÖM, Niklas. Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods. Nordic Journal of Commercial Law. No. 1, 2006. Stať obsahuje jak výčet názorů, tak i názor autora klonící se k využití článku 79.

<sup>39</sup> Výslovně CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, bod 1.

<sup>40</sup> MAGNUS, Ulrich. Force Majeure and the CISG. In: SARCEVIC, A., VOLKEN, P. Editors. The International Sale of Goods Revisited. Dordrecht: Kluwer Law International, 2001, s. 14

<sup>41</sup> CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, bod 3. 1. uvádí, že není

- b. Nebylo rozumné očekávat, že by s překážkou strana počítala v době uzavření smlouvy. Každá situace bude nutně posuzována ad hoc.

- c. Nebylo možné rozumně očekávat, že by ji či její důsledky strana odvrátila nebo překonala.

Výslovně je upravena otázka dopadu okolností vzhledem k jednání osoby třetí, která byla pověřena plněním části či celého závazku a otázka povinnosti oznámit existenci okolností osvobozujících od odpovědnosti. Překážka je způsobilá vyvolat účinky jen po dobu svého trvání.

Článek 79 osvobozuje stranu přímo jen od odpovědnosti za náhradu škody. Dle převažujících názorů nedopadá na problematiku případných úroků z prodlení.<sup>42</sup> Otevřenou se jeví otázka doložek typu smluvní pokuta, *penalty*, *liquidated damages* atd. Existují dvě cesty: najít řešení uvnitř Vídeňské úmluvy, nebo je hledat v národním právu. Shoda zde neexistuje. Například Magnus odkazuje na nutnost interpretace konkrétní smlouvy v souladu s článkem 8 a ve vazbě na alokaci rizika tak, jak je uvedeno v článku 79 odst. 1.<sup>43</sup> Tedy na řešení na úrovni metodologie v zacházení s úmluvou.

Ustanovení článku 79 nebrání druhé straně uplatnit jiné nároky. Tím nás samozřejmě dovádí přes článek 25 k odstoupení od smlouvy dle článku 49, 51, 72 či 73 a to ze strany poškozeného. Strany mohou ukončit smlouvu i dohodou. Samozřejmě je možné uplatnit dle povahy i další nároky jako nárok na plnění či snížení kupní ceny atd.<sup>44</sup>

Dílčí závěr je možné učinit, pokud jde o charakteristické znaky následující: porušení smlouvy - překážky související s porušením a mající určitou kvalitu a znaky - přímé osvobození od odpovědnosti za škodu - nepřímý dopad na existenci smlouvy a odstoupení jako sankční následek neplnění. Pokud jde o *hardship*, úprava výslovná ve Vídeňské úmluvě neexistuje. Otázkou ovšem je,

nutné, aby překážka znamenala nemožnost plnění. Stačí, že plnění je „excessively onerous - hardship“.

<sup>42</sup> MAGNUS, Ulrich. Force Majeure and the CISG. In: SARCEVIC, A., VOLKEN, P. Editors. The International Sale of Goods Revisited. Dordrecht: Kluwer Law International, 2001, s. 23. Zde i s odkazem na další autory.

<sup>43</sup> MAGNUS, Ulrich. Force Majeure and the CISG. In: SARCEVIC, A., VOLKEN, P. Editors. The International Sale of Goods Revisited. Dordrecht: Kluwer Law International, 2001, s. 23. Nicméně i on sám odkazuje na jiné názory. Zde například viz Secretaria Commentary. Guide to CISG Article 79. Dostupné z <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html> /převzato 21. 2. 2015/

<sup>44</sup> Připomenout je nutné i vliv článku 80. Nicméně tomu se v našich souvislostech nevěnujeme.

jak uvidíme i dále, posun v interpretaci směřující spíše k vyloučení národního práva.

Další ze sledovaných organizací - Mezinárodní obchodní komora v Paříži (dále MOK) - vydala svá vzorové doporučení pro formulaci naposledy v roce 2003, a to společně pro doložku vyšší moci i doložku *hardship*.<sup>45</sup> Oba dokumenty jsou formulovány jako vzor, který je možné včlenit do smlouvy inkorporací či odkazem.<sup>46</sup> Výslovně je uvedeno, že včlenění je platné jak odkazem na plný název materiálu, tak i s využitím zkráceného názvu, pokud není prokázán opačný úmysl.

V případě doložky *force majeure* je zajímavá samotná historie vzniku. Zvažovány byly tři varianty úpravy: první měla obsahovat jen obecné znaky tak, jak toto známe z článku 79 Vídeňské úmluvy, druhá měla opět obsahovat obecné znaky a demonstrativní výčet, třetí potom obecné znaky a výčet situací, u nichž v případě, že se vyskytnou, dojde k vychýlení důkazní pozice ve prospěch strany, která se chce na okolnost odvolat. V poslední verzi dokumentu byla využita tato třetí varianta. Doložka vyšší moci je upravena v tomto materiálu v deseti paragrafech. Základní uchopení doložky je možné charakterizovat následovně:

- a. Základ regulace je dán v prvním odstavci obsahujícím obecné znaky institutu: nesplnění v důsledku překážky, která byla mimo kontrolu strany, nebylo možné překážku přiměřeně předvídat, překonat či odvrátit. Dobou, ve které strana neočekávala existenci těchto překážek, je doba uzavření smlouvy. Zohlednění možné pozice neplnící třetí strany obsahuje odstavec druhý.
- b. Výčet situací, které mohou být při splnění obecných podmínek považovány za okolnosti vyšší moci obsahuje odstavec třetí. Jim také materiál přisuzuje vychýlení důkazní pozice tam, kde nastanou.
- c. Stejně jako v jiných případech je i zde nutné oznámení druhé straně. Doba je poměrně dobře regulována.
- d. Účinkům okolností vyšší moci jsou věnovány odstavce pět až devět. Základním účinkem je osvobození od náhrady škody. Podmínky pro ukončení smlouvy v případě existence pře-

kážky vyšší moci obsahuje odstavec devátý. Právo na odstoupení mají obě strany. Základní podmínkou je to, že okolnost „*substantially depriving either or both of the contracting parties of what they were reasonably entitled to expect under the contract*“.

Doložka *hardship* se ve verzi 2003 značně liší od verze z roku 1985. Především je to její jasný posun v části účinků, který ji takto odlišuje.<sup>47</sup> Liší se také od definice *force majeure* – především neobsahuje výčet okolností, které mohou způsobit. První odstavec obsahuje povinnost strany plnit závazky vyplývající ze smlouvy a to i v případě, kdy se plnění závazků stane v důsledku obtížným oproti rozumnému očekávání v době uzavření smlouvy. Jak vyplývá z dokumentu MOK, jen zdánlivě je nadbytečný. Vyjadřuje totiž výjimečnost událostí dále uvedených v ustanovení odstavce druhého. A měl by zabránit tomu, aby prosté naplnění znaků druhého odstavce vedlo ke kvalifikaci situace jako *hardship*. Jádro pro definici znaků naplňujících situaci „*hardship*“ vyjadřuje odstavec druhý - plnění by se stala mimořádně, nadměrně obtížné (*excesively onerous*) vzhledem k okolnosti, která je mimo rozumnou kontrolu strany. Tato okolnost nemohla být rozumně očekávána a vzata v úvahu v době uzavření smlouvy a rovněž nemohla být tato událost překonána či se jí strany nemohly vyvarovat. V takovém případě se strany zavazují jednat o alternativních smluvních podmínkách přiměřeně zohledňujících důsledky této události. Pokud by se strany nedohodly o nových podmínkách, může strana, která argumentuje *hardship*, ukončit smlouvu. Doložka se na rozdíl od *force majeure* doložky nezabývá otázkou odpovědnosti za náhradu škody.

Shrneme-li obě úpravy je třeba říci, že se koncept *force majeure* zásadně neliší od koncepcí okolností osvobozujících od odpovědnosti v článku 79. Nicméně z našeho pohledu je doložka dle MOK více propracovaná, nabízí zajímavý výčet okolností a přisuzuje jim jistou důkazní hodnotu. Doložka *hardship* představuje v podobě dané v dokumentu MOK spíše jen základní vymezení, které se nabízí stranám spíše než k inkorporaci, tak k převzetí a doplnění. Na druhé straně však uvedená podoba tam, kde právní řád není přátelský k této doložce a neumožňuje procesní řešení a adaptaci na základě rozhodnutí soudu, má větší šanci na prosazení. Pokud jde o základní znaky je možné uvést: nad-

<sup>45</sup> ICC Force Majeure Clause 2003. Hardship Clause 2003. ICC PUBLISHING S.A., 2003. Předchozí verze byla přijata v roce 1985.

<sup>46</sup> Je doporučována tato formulace včlenění (uvádíme formulaci v originále): „The Force Majeure (Exemption) Clause 2003 of the International Chamber of Commerce is hereby incorporated in this contract.“

<sup>47</sup> RODNER, O. James. Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: Liber Amicorum of Honor of Robert Briner. Paris: ICC Publishing, 2005, s. 681

měrná, mimořádná obtížnost v plnění – překážka plnění disponující kvalifikovanými znaky - vše době uzavření smlouvy – nové jednání či ukončení.

Poslední z námi sledovaných dokumentů jsou Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT.<sup>48</sup> Pokud jde o jejich povahu a včlenění odkazujeme na jiné práce dostupné i v českém jazyce.<sup>49</sup> Problematika vyšší moci je upravena v článku 7.1.7.<sup>50</sup> Základní znaky situace vyšší moci jsou obsaženy v prvním odstavci. Jde o koncepci obdobnou – s výjimkou slovního vyjádření – článku 79. Neplnění je důsledkem překážky, která má následující znaky: strana ji nemůže ovlivnit, nebylo rozumné očekávat, že by ji mohla vzít do úvahy v době uzavření smlouvy a překonala či odsunula její následky. Pokud sledujeme odlišnosti v koncepci, jsou dvě. Zásady mezinárodních smluv neupravují pozici osoby třetí (viz článek 79 odst. 2 Vídeňské úmluvy). Zásady v odstavci čtvrtém výslovně vyjmenovávají nároky, kterých se vyšší moc nedotýká. Je ovšem pravdou, že u Vídeňské úmluvy lze dojít k podobným výsledkům.

<sup>48</sup> UNIDROIT do dnešních dnů zpracoval více verzí tohoto dokumentu: *Principles of International Commercial Contracts 1994*. UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2004*. UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*.

<sup>49</sup> K otázce aplikace Zásad jako smluvních doložek či jako *lex mercatoria*, resp. využití směrem k vyplnění mezer LEW, D.M. Julian. *The UNIDROIT Principles as Lex Contractus Chosen by the Parties and Without an Explicit Choice of-Law Clause: The Perspective of Counsel*. Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration. ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2002. K otázce aplikace Zásad před rozhodci RODNER, O. James. *Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. In: *Liber Amicorum of Honor of Robert Briner*. Paris: ICC Publishing, 2005, s. 685. Rovněž MAYER, Pierre. *The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice*. In: Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration. International Court of Arbitration Bulletin, 2005.

<sup>50</sup> Jak uvádí sám komentář, byl zvolen název *force majeure*. Nicméně i když jde o koncept svým účelem obdobný situacím známým v oblasti *common law* jako *frustration and impossibility of performance* a v oblasti kontinentálního práva jako *force majeure*, *Unmöglichkeit*, atd., není identický. Obdobně jako je tomu v jiných transnacionálních dokumentech, jde o koncepci autonomní.

Jiná situace je ovšem u úpravy *hardship*, které věnují Zásady mimořádnou pozornost a obsahují ustanovení zasahující nejen do oblasti hmotného práva, ale i procesního. Ustanovení je zařazeno do oddílu 6 věnovaného problematice plnění. V tomto duchu také ustanovení článku 6.2.1. vyjadřuje obecnou zásadu, kterou již známe z doložek vytvořených MOK – povinnost strany plnit i v případě, kdy se plnění stane pro jednu ze stran obtížnější (*more onerous*). Samotná definice *hardship* je obsažena v článku 6.2.3. Hodnota této úpravy je v tom, že ze všech sledovaných dokumentů se jedná o jediný případ výslovné úpravy, která současně ovlivnila i národní úpravy tam, kde zákonodárce tuto otázku výslovně upravil.<sup>51</sup> *Hardship* předpokládá ve své podstatě situaci, kdy je zásadně narušena ekonomická či obchodní smluvní rovnováha. Toto narušení spočívá v neúměrném zvýšení nákladů strany, nebo neúměrném snížení užitku, jež strana z plnění získá. Jak připomíná Rodner, neexistuje žádné matematické vyjádření výše uvedených skutečností (i když u předchozí verze se objevilo). Rozhodující je ono zásadní, podstatné narušení smluvní rovnováhy.<sup>52</sup>

K tomu přistupují další znaky, které již známe z pozice *force majeure*: okolnosti se vyskytly nebo staly známými po uzavření smlouvy, nemohly být znevýhodněnou stranou v době uzavření smlouvy rozumně předpokládány, nezávisí na vůli stran, znevýhodněná strana na sebe nepřevzala riziko vzniku těchto okolností. Účinky situace *hardship*, kterými se zásadně odlišuje od vyšší moci, obsahuje článek 6.2.3. Základním účinkem je povinnost jednat. Jak upozorňuje komentář k Zásadám, jak žádost strany jednat, tak i jednání obou stran je pod požadavkem jednání v „*in good faith and fair dealing*“ tak, jak je uvedeno v člancích 1.7 a 5.1.3. Především strana vznášející *hardship* musí tento svůj požadavek vznést v dobré víře v existenci okolnosti, a nikoli jako taktický manévr. Strany by se měly zdržet jakékoli formy obstrukcí.

<sup>51</sup> Česká úprava v novém občanském zákoníku v § 1764 – 1766. VALDHANS, Jiří, FUNKOVÁ, Hana, ŠIMKOVÁ, Iva. Předpoklady vzniku odpovědnosti za škodu pohledem Vídeňské úmluvy, Principů UNIDROIT, PECL a nového občanského zákoníku. In: ROZEHNALOVÁ, Naděžda, DRLIČKOVÁ, Klára, VALDHANS, Jiří. *Nový občanský zákoník pohledem mezinárodních obchodních transakcí*. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 207 a násl.

<sup>52</sup> RODNER, O. James. *Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. In: *Liber Amicorum of Honor of Robert Briner*. Paris: ICC Publishing, 2005, s. 678.



Odstavec čtvrtý obsahuje možnosti, které jsou dány soudu tam, kde se jedna ze stran – zjevně po marném jednání či snaze vyvolat jednání – obrátí na soud. Prvá z variant je jednodušší – ukončit smlouvu z titulu existence *hardship*. Druhá možnost je složitější: soud bude sám adaptovat smlouvu na nové podmínky. Zde existuje řada otevřených otázek. Na jedné straně je adaptace reálně možná jen před soudy států, které uznávají *hardship*. Tomu se samozřejmě lze vyhnout výběrem rozhodčího řízení tam, kde je transnacionální praxe přijímána a vazba na národní právo je oslabena. Typicky ICC v Paříži. Otevřenou otázkou je samotná adaptace. Přehled zveřejněných rozhodnutí příliš návodný v tomto směru není.

Pokud bychom měli učinit alespoň průběžný závěr týkající se podoby obou smluvních doložek tak, jak jsou vnímány transnacionální kontraktační praxí, je možné učinit následující **závěry**:

Doložky osvobozující od odpovědnosti, resp. doložka *force majeure*, jsou si blízké s výjimkou článku 79 odst. 2 Vídeňské úmluvy a druhého článku doložek MOK.<sup>53</sup> Jejich společné smluvní využití by nemělo přinést základní rozpory. Poměrně nejzajímavější koncepci vidíme u doložky vytvořené v rámci MOK. Propojení demonstrativního výčtu případů, kterým se dodává navíc jistá prokazovací rovina, s úpravou například článku 79 přináší poměrně zajímavou variantu.

Doložka *hardship*, výslovně neobsažená ve Vídeňské úmluvě, a obsažená jen v oněch dvou dokumentech, představuje jiný problém. Jak jsme již uvedli, zásady MOK obsahují variantu, která je způsobila úspěšně i tam, kde národní právní prostředí není přátelské. Na druhé straně Zásady UNIDROIT přináší propracovaný koncept. Ten však může, zejména ve své procesní části, neuspět v rovině národního práva.

### III Vídeňská úmluva jako základ pro doložku *hardship*?

Problém, ke kterému směřujeme, je využití Vídeňské úmluvy jako právního základu pro koncepci doložky *hardship*. Zopakujme si determinanty

<sup>53</sup> Problémy s vyšší mocí a plněním třetí osoby nejsou hodnoceny jednoznačně. Viz například diskusi v: GARRO, M. Alejandro. Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7. 1. 7). <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html> /převzato 19. 2. 2015/

pro naše úvahy: úmluva neobsahuje výslovnou úpravu této otázky; koncept článku 79 se více blíží, jak jsme uvedli výše, konceptu vyšší moci; v průběhu jednání o přijetí Vídeňské úmluvy byl odmítnut pracovní komisí návrh, který se blížil koncepci *hardship*<sup>54</sup>; tzv. názor na interpretaci přijatý skupinou odborníků v roce 2007 nevyloučil hodnocení *hardship* pohledem článku 79 a uchopení důsledků s využitím dalších ustanovení.<sup>55</sup>

Názory v literatuře se liší, rozhodnutí v dané otázce jsou ojedinělá. Byť jak poukazuje I. Schwenzer jako jedna z tvůrců výše uvedeného názoru, jsou to spíše starší názory, blízké době přijetí úmluvy, které popírají možnost využití tohoto článku.<sup>56</sup> Rovněž v již zmíněném společném názoru je poukazováno na pozici právních řádů, které otázku využití *hardship* považují u smluvní doložky za otázku platnosti.

Obě cesty mají svá pro i proti. Postavení doložky na národním právu, které zahrnuje i procesní otázku, by zřejmě vyžadovalo i volbu soudu dané země. Pokud nezvolíme rozhodčí řízení. Nicméně pozice je zřetelná. Na druhé straně jakýkoli návrat k národnímu právu narušuje unifikovanou úpravu. Proto i zde jistá snaha autorů o „setrvání“ na úrovni Vídeňské úmluvy.

Podívejme se na možnosti, které nám úmluva dle příznivců tohoto pohledu dává. Pokud jde o hodnocení překážky, jak jsme uvedli v části věnované článku 79, existují trendy na podřazení pod pojem překážek i situaci *hardship*. Znění článku je dostatečně pružné a takové hodnocení překážky není problémem pro podřazení. Již zmíněný společný názor hledá ovšem i řešení uchopení následků, což je zjevně větším problémem právě vzhledem k rozdílnému konceptu. Z pohledu námi sledované problematiky je třeba poukázat na pnutí mezi principem autonomie vůle (čl. 6) a otázkou platnosti smluvního ustanovení (čl. 4) v případě smluvní změny ustanovení, které nás vede díky dikci článku 4 k národnímu právu – které je ovšem pro tento případ nechtěné. Do toho vstupují rovněž

<sup>54</sup> Konkrétně se jedná o návrh norské delegace. A/CONF.97/C.1/L.191/Rev.1 in United Nations Conference on Contracts for the International Sales of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980 (Official Records, New York, 1981) 381.

<sup>55</sup> CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro.

<sup>56</sup> Viz zejména SCHWENZER, Ingeborg. Force majeure and hardship in International Sales Contracts, str. 712. Dostupné z <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf> /převzato 15. 2. 2015/

otázky interpretace jednotlivých ustanovení, kde není pochybnosti o autonomii výkladu (článek 7.1.), diskuse o zásadě dobré víry a jejím dopadu i na jiné otázky, než je interpretace, o poctivém styku jako principu, na němž je postavena úmluva, a o snaze „zůstat“ při využití analogie juris v rámci úmluvy (článek 7.2.). Na tomto průsečíku by potom mohly být řešeny otázky uchopení následků.<sup>57</sup>

Ony návraty k národnímu právu i pro otázku platnosti nejsou tudíž až tak přímočaré. Nicméně je nutné připustit jistou zamlženost právě článku 4, který přináší více nejistot než jistot při aplikaci před národními soudy. Zejména potom tam, kde smluvně zásadně obměníme ustanovení úmluvy a národní právo není vstřícné zohlednění změny v podmínkách. Jistá rizika pro řízení před soudy je zde nutné vidět. Důvod, který je důvodem silným, je zásadní odlišnost konceptu *hardship* od konceptu bližícímu se vyšší moci. I když názory odborníků na Vídeňskou úmluvu spíše směřují k ponechání doložky pod její působností, je otázkou, jak budou národní soudy či rozhodčí soudy reflektovat tento novější přístup. Zatím nemáme dostatek případů pro posouzení.

#### IV Závěr

Co lze říci a doporučit na závěr. Především je možné uvést, že koncept vyšší moci i *hardship* tak, jak se vyvinul v mezinárodní smluvní praxi je konceptem dvou odlišných schémat a doložek s různými cíli. Jejich uchopení v nestátních materiálech je poměrně zřetelné. Byť propracování je nejdůkladnější u Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT. A to včetně celkového zasazení do problematiky plnění a nemožnosti plnění.

Při použití doložky tam, kde tvoří právní rámec národní úprava, je využití nestátních prostředků limitováno právě tímto rozhodným právem. Výjimku tvoří rozhodčí soudy či rozhodci ad hoc tendující k aplikaci nestátního práva a odsunu národní úpravy.

Zvláštní otázku tvoří článek 79 Vídeňské úmluvy. Jak jsme viděli výše, je uchopení *hardship*

v rámci tohoto ustanovení nejednotně vnímáno. Zjevně by využití bez dalšího smluvního ošetření nebylo zcela jisté. To, co nesporně lze doporučit, je:

- pokud máme zájem i o ošetření nesení rizika *hardship*, je vhodné do smlouvy výslovně uvést příslušnou doložku;
- dalším smluvním ošetřením by mohl být výslovný odkaz na Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT;
- v neposlední řadě – a zde narážíme na problém článku 4 a platnost doložky – je vhodné ošetřit mezery v úpravě odkazem na právní řád, který je příznivý právě tomuto konceptu. Což po přijetí nového občanského zákoníku je i české právo.

#### Summary

Force majeure and hardship – two legal terms connected with drafting contracts (with or without cross-border element); two concepts having some common features; however, two concepts which are different in their preconditions, and in their legal consequences. The paper is focused on two issues:

- Analysis of force majeure and hardship from the point of view of The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), ICC Force Majeure Clause 2003, ICC Hardship Clause 2003 and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010. The paper provides overview on the different force majeure and hardship clauses, that are available in the above mentioned legal rules.
- Regulation of force majeure and hardship under the CISG. This convention does not have any special provision for force majeure and hardship. However, provision of Art. 79 has the same effects as force majeure. But the question is, is it possible to include the hardship situation into the scope of this article, or must we go via national law. The opinions differ. The „impediment“ according to the Art. 79(1) may be interpreted, according to prevailing opinions, also as economic or financial hardship. However, the core of problem is with the different consequences of the typical hardship situation - application before courts or arbitrators.

<sup>57</sup> Úvahy zejména Schlechtriema, blíží se k uchopení *hardship* pod Vídeňskou úmluvou, viz Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more. Přepsáno a editováno: FLECHTNER, M. Harry. Dostupné z: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop.html> /převzato 14. 2. 2015/

## Zamyslenie sa nad úlohou súdnych rozhodnutí v zabránení tzv. „perverznej“ tvorivosti

Jozef Vozár\*

### Úvod

Slobodná, a predovšetkým čestná súťaž medzi súťažiteľmi je najlepší prostriedok rozvoja hospodárstva, ale aj prostriedok slúžiaci záujmom spotrebiteľov. Skúsenosti ukazujú, že poctivosť súťaže sa nedosiahne len slobodnou súťažou. Musí k tomu prispieť aj zákonná úprava súťažného práva vrátane práva proti nekalej súťaži.

Každý jedinec je prirodzeným spôsobom tvorivý. Ide o pozitívnu vlastnosť, ktorá otvára nové dimenzie poznávania, javov doteraz neobjavených. Často sa však stáva, že človek je tvorivý spôsobom, ktorý nie je nasledovania hodným a neprináša všeobecný úžitok. Svoje schopnosti dáva do takzvanej „perverznej“ tvorivosti, ktorá spočíva v obchádzaní pravidiel, zákonov, či v zneužívaní práva. A tak sa stáva, že mnohí súťažitelia sa nesnažia presadiť na trhu čestným spôsobom, ale parazitujú na povesti známych výrobkov, snažia sa napodobňovať známe a úspešné tovary a služby, dávajú si registrovať doménové mená, ktorých názov je totožný alebo sa len nepatrne odlišuje od doménových mien známych spoločností. Cieľ je jediný – dosiahnuť zisk jednoduchším spôsobom, získať neodôvodnenú súťažnú výhodu na úkor pozitívne tvorivých jedincov a často, ako zdôrazňuje francúzska judikatúra v práve proti nekalej súťaži dôjde k dezorganizácii trhu.<sup>1</sup>

### Úloha súdov v zabránení perverznej tvorivosti

Je veľmi dôležité, ak na situáciu obchádzania a zneužívania práva<sup>2</sup> reagujú súdy rýchlo aj formou vydania predbežného opatrenia. Ako prípad nasledovania hodnej argumentácie uvádzam prípad neoprávnenej registrácie doménového mena Viagra. V tomto prípade sa žalobca domáhal nariadenia predbežného opatrenia, aby bola zúčastnená osoba povinná zdržať sa vykonania zmeny v registri doménových mien, ktorá sa týkala doménového mena viagra.sk s výnimkou prevodu tejto domény na spoločnosť P., organizačná zložka P. X., a to až do právoplatného rozhodnutia vo veci samej, a aby bol žalovaný povinný zdržať sa prevodu, postúpenia, zrušenia doménového mena viagra.sk s výnimkou prevodu tejto domény na spoločnosť P., organizačná zložka P. X., a to až do právoplatného rozhodnutia vo veci samej.

Žalobca uviedol, že je majiteľom ochrannej známky č. 186076 VIAGRA s právom prednosti od 2. decembra 1996, pre výrobky v triede 5. medzinárodného triedenia, okrem iného aj pre farmaceutický prostriedok na liečenie erektilnej nefunkčnosti. Ochranná známka požíva v SR dobré meno a je všeobecne známa nielen na Slovensku, ale aj v zahraničí. Tvrdil, že žalovaný je držiteľom doménového mena viagra.sk, pričom pod touto doménou internetové stránky neprevádzkuje, preto je dôvodný predpoklad, že k registrácii doménového mena došlo zo špekulatívnych dôvodov. Uviedol, že žalovaný nemá žiadne práva na označenie VIAGRA, pretože mu nikdy neudelil súhlas na používanie označenia, a žalovaný nie je ani prihlasovateľom alebo majiteľom žiadnej ochrannej známky so slovným prvkom VIAGRA.

\* Doc. JUDr. Jozef VOZÁR, CSc., je riaditeľom Ústavu štátu a práva Slovenskej akadémie vied.

<sup>1</sup> LAPŠANSKÝ, L. Náčrt právneho režimu nekalej súťaže vo Francúzsku. In Právny obzor, 2010, č. 6, s. 571 – 590.

<sup>2</sup> Zneužitím práva je správanie zdanlivo podľa práva, ale v skutočnosti sa má dosiahnuť nedovolený výsledok. In KNAPP, V. *Teórie práva*. Praha: C. H. Beck 1995, s. 184.

Súd bol toho názoru, že za takéhoto stavu je potrebné poskytnúť predbežnú ochranu všeobecne známej ochrannej známke žalobcu, keď stav vyvolaný žalovaným sa javí zásahom do známkových práv žalobcu podľa ustanovenia § 26 ods. 1 a 2 zákona o ochranných známkach. Zároveň súd s odkazom na ustanovenie § 76 ods. 2 OSP uložil zúčastnenej osobe ako výlučnému správcovi slovenskej národnej domény zákaz vykonať zmeny v registri domén.<sup>3</sup> V samotnom rozsudku súd uložil žalovanému, aby na žalobcu previedol doménové meno „viagra.sk“.<sup>4</sup> O tom, že išlo o špekulatívnu registráciu svedčilo viaceré indikácie:

- Žalovaný neprevádzkoval uvedenú internetovú stránku,
- za odpredaj požadoval 50 000 € teda niekoľko násobne viac ako boli jeho náklady za registráciu.<sup>5</sup>

Takéto konanie sa v odbornej literatúre označuje ako domain grabbing.<sup>6</sup> Jeho podstata spočíva v špekulatívnej registrácii doménového mena, ktoré je spravidla zhodné alebo zameniteľné s veľmi známou ochranou známkou či obchodným menom, a to s cieľom ponúknuť takto zaregistrované doménové meno ku kúpe alebo prenájmu majiteľovi práv s týmto označením, alebo za účelom jeho blokácie a faktického užívania.<sup>7</sup>

V rozhodovacej praxi sa stávajú aj prípady, kedy nadobúdame dojem zo „zlyhania spravodlivosti“, víťazstva bezcharakternosti a špekulantstva. Zvlášť si treba všimnúť aké účelové kroky a prekrúcania práva sa uskutočňujú, ak ide o veľké peniaze. Žiaľ niekedy takéto kroky nie sú len zo strany súťažiteľov, ale aj orgánov aplikujúcich právo.

Spomeniem prípad verejného obstarávania, kde obstarávateľ urobil s úspešným uchádzačom dodatok k zmluve. Tento dodatok bol výhodný pre víťazného uchádzača a menil podmienky

verejného obstarávania. Druhý uchádzač považoval takéto konanie za nekalosúťažné a napadol ho na súde.<sup>8</sup> Slovenský súd návrh navrhovateľa zamietol. Okrem iného uviedol, že v tomto prípade je absurdné hovoriť o hospodárskej súťaži. Inak povedané, ak sa dvaja súťažiteľia vo verejnom obstarávaní uchádzajú o identickú zákazku, súd v tomto konaní nevidel súťažný vzťah ako jeden z predpokladov generálnej klauzuly nekalej súťaže. Zrejme neprekvapí, že po takomto odôvodnení prvostupňovým súdom sa zahraničný súťažiteľ ani nepokúsil ďalej domáhať sa svojich práv na slovenských súdoch a v konaní nepokračoval.

O tom, že takéto konanie v zahraničí nie je tolerované, svedčí názor Spolkového najvyššieho súdu,<sup>9</sup> ktorý v obdobnej kauze okrem iného uviedol:

- a. správanie sa subjektu, ktoré odporuje predpisom o verejnom obstarávaní, sa považuje za porušenie záujmov iných súťažiteľov na trhu,
- b. protiprávna prax verejných obstarávateľov je sama osebe spôsobilá nielen nepatrne znevýhodniť súťažiteľov hospodárskej súťaže v zmysle ustanovenia § 3 zákona proti nekalej súťaži. Súťažiteľom sa tak odníma možnosť v transparentnom a nediskriminačnom verejnom obstarávaní uchádzať sa v hospodárskej súťaži o zákazku, čím sa porušujú ich zákonom chránené súťažné záujmy.

Nemecký spolkový súd teda posúdil obchádzanie predpisov verejného obstarávania a akceptáciu takého konania obstarávateľa súťažiteľom ako konanie v rozpore s dobrými mravmi.

Právo proti nekalej súťaži je predovšetkým právom sudcovským. Tento fakt sa zdôrazňuje opakovane v odbornej literatúre a dnes by sme to už mohli označiť za notoricky známe. Ak chceme poznať právo proti nekalej súťaži, nestačí poznať právnu úpravu, ale predovšetkým súdne rozhodnutia. Aj keď v kontinentálnom systéme práva nie sú súdne rozhodnutia materiálnym prameňom práva, musia byť predvídateľné a stabilné. Inak povedané, aj od súdov kontinentálneho právneho systému sa očakáva určitá stabilita rozhodovania a garancia, že v podobných veciach súd rozhodne podobne a v rôznych rôzne. Môže sa pritom odkloniť od predchádzajúcej judikatúry, čo predpokladá náležité zdôvodnenie a skutočné relevantné

<sup>3</sup> Uznesenie Okresného súdu Banská Bystrica zo dňa 13. októbra 2008, sp. zn. 16CbPv/11/2008. In HUSO-VEC, M. Doménová čítanka – výber zo slovenských doménových rozhodnutí. Vranov nad Topľou: EISI, 2013, s. 14-18

<sup>4</sup> Tamže, s. 78 - 96. Rozsudok Okresného súdu v Banskej Bystrici č. k. 16 CbPv/13/2008 bol potvrdený rozhodnutím Krajského súdu v Banskej Bystrici č. k. 41 Cob/179/2010.

<sup>5</sup> Tamže s. 79.

<sup>6</sup> UTESENY, P. Francie: Domen Grabbing a ochranné známky. In *Právní rozhledy*, 2000, s. 576.

<sup>7</sup> Tamže.

<sup>8</sup> Rozsudok OS BA I 26 CbPv/5/2009

<sup>9</sup> BGH zo dňa 3. 7. 2008 č. k. I ZR 145/05.

důvody. Opět při takomto odklone od predchádzajúceho rozhodovania sa očakáva, že súd bude pokračovať v rozhodovaní podľa nových kritérií. Stav právnej istoty a predvídateľnosť rozhodnutia, ktoré je založené na právnych argumentoch, sú prvým predpokladom návratu dôvery v právo. Nie vždy sa tieto princípy v našej rozhodovacej praxi dodržiavajú. Ako si možno vysvetliť prípad, keď senát NS SR aplikuje opakovane určitú procesnú normu, pričom v jednom prípade sa od ustálenej rozhodovacej praxe odkloní (dokonca vlastnej rozhodovacej praxe) a v ďalších rozhodnutiach sa opäť vráti k pôvodnej právnej argumentácii?<sup>10</sup>

Slovenská judikatúra v oblasti práva proti nekalej súťaži nie je zatiaľ taká rozsiahla, aby postačovala na určité zovšeobecnenia a mohli sme hovoriť o ustálenej judikatúre, keďže sa väčšina rozhodnutí v minulosti nezverejňovala.<sup>11</sup> Ide o dôsledok dlhodobej uzavretosti slovenského justičného systému, keď sa súdne rozhodnutia najskôr publikovali len v Zbierke stanovísk Najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov SR. Až v polovici 90. rokov vznikol špecializovaný časopis vydávajúci súdne rozhodnutia.<sup>12</sup> Treba však zobrať do úvahy, že sa

<sup>10</sup> VALKO, E. – VOZÁR, J. K niektorým problémom predvídateľnosti rozhodovania súdov. *Justičná revue*, 2000, č. 5, s. 560.

<sup>11</sup> Za šesť rokov od účinnosti Obchodného zákonníka obsahoval informačný systém Aspi len tieto rozhodnutia, ktoré sa týkajú nekalosúťažného konania:

- rozhodnutie venujúce sa vydávaniu periodickej tlače a nekalej súťaži.
- rozhodnutie č. k. 1 Obo 57/97 riešiace podania predbežného opatrenia v oblasti nekalej súťaži
- rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 25. februára 1998 sp. zn. 6 Obo 194/97 venujúci sa otázkam vyvolania nebezpečenstva zámeny
- rozsudok NS SR z 31. júla 1998 sp. zn. Obdo V. 26/98 venujúci sa otázkam vyvolania nebezpečenstva zámeny
- rozsudok NS SR sp.zn. Obdo V. 34/97 venujúci sa ochrane zahraničnej právnickej osoby v zmysle § 43 OBZ.

Práve šesť rokov som vybral zámerne, lebo v prvej republike za uvedené obdobie už mohla vyjsť publikácia obsahujúca najdôležitejšie praktické príklady nekalej súťaže.

<sup>12</sup> Od roku 1995 skupina sudcov Najvyššieho súdu SR sa usilovala prelomiť tento informačný nedostatok vydávaním výberu rozhodnutí v časopise *Zo súdnej praxe*, ale ani to nemohlo plnohodnotne postačovať pre potreby tak právnej vedy, ako aj právnej praxe. V uvedenom časopise sa raz za dva mesiace publikujú zaují-

publikovali iba rozhodnutia zásadnej povahy. Tie majú svoj nepopierateľný význam pri zjednocovaní judikatúry. Transparentná justícia sa však nemá obávať zverejňovania aj protichodných rozhodnutí, či dokonca rozhodnutí, ktoré nerešpektujú účel a zmysel právnej úpravy. Len analýzou a vyvodením dôsledkov aj z takýchto rozhodnutí sa môžeme posunúť kvalitatívne vyššie. Na Slovensku to však bolo dlhodobo opačne. Aj to málo zo súdnych rozhodnutí, ktoré boli publikované, sa nemohlo ďalej preberať do iných právnických časopisov. V zbierkach a výberoch súdnych rozhodnutí sa objavovalo upozornenie, že ich obsah je chránený v zmysle autorského práva.<sup>13</sup> Pritom na rozhodnutia štátnych orgánov sa nevzťahuje ochrana autorských diel, aj keď pravidelne spĺňajú pojmové znaky diela.<sup>14</sup> Súdne rozhodnutie nie je predmetom autorskoprávnej ochrany, lebo by to bolo v rozpore s jeho spoločenským účelom.<sup>15</sup>

Tieto vyhlásenia vyvolávali totiž dojem, že v zbierkach judikatúry sú autorským právom chránené aj súdne rozhodnutia. To je však omyl, nerešpektujúci znenie platných zákonov. Ustanovenie § 7 ods. 3 písm. b) Autorského zákona znie: „*Ochrana podľa tohto zákona sa nevzťahuje na text právneho predpisu, úradné rozhodnutie, verejnú listinu, verejne prístupný register, úradný spis.*“ Z toho vyplýva, že na rozhodnutia štátnych orgánov sa nevzťahuje ochrana podľa autorského zákona. Čo však môže byť v zbierkach judikatúry chránené ako autorské dielo, sú autorské články alebo právno-vedecké analýzy.<sup>16</sup> Súdne rozhodnutia môže každý ľubovoľne spracovať, rozširovať alebo zverejňovať. Vyňatím rozhodnutí spod ochrany Autorského práva sa sleduje ako jeden z významných cieľov aj ochrana účastníkov konania pred tajnou justíciou vymykajúcou sa kontrole verejnosti. Tento príkaz je tiež jedným z prostriedkov na utvorenie a zachovanie dôvery

mavé rozhodnutia z týchto právnych oblastí: občianske právo, pracovné právo, obchodné právo, trestné právo a správne právo.

<sup>13</sup> V Zbierke stanovísk Najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov Slovenskej republiky sa uvádzalo: Zbierka stanovísk Najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov Slovenskej republiky je chránená v zmysle autorského práva. Každá dotlač, či čiastková, ako i ďalšie využitie príspevkov v iných informačných médiách je povolené len s písomným súhlasom vydavateľa.

<sup>14</sup> ŠVIDROŇ, J. *Základy práva duševného vlastníctva*. Bratislava: Jura, 2000, s. 74 – 75.

<sup>15</sup> Tamže. s. 75.

<sup>16</sup> Tamže, s. 28 – 29.

k súdom. Zabezpečuje sa tým aj transparentný výkon spravodlivosti. Záujem na zabezpečenie čo možno najširšieho oboznámenia sa verejnosti s rozhodnutím, je dôležitejší než záujem autora na ochrane výsledkov jeho tvorivej činnosti. Táto situácia sa postupne zmenila prijatím novej legislatívy z roku 2011, ktorá stanovuje povinnosť súdov zverejňovať súdne rozhodnutia na internetovej stránke ministerstva spravodlivosti.<sup>17</sup> Uverejňovanie by sa však nemalo robiť chaoticky, aby sa formálne splnil zmysel zákona. Mal by to byť prehľadný systém, ktorý umožní rýchlu orientáciu a vyhľadanie. Iba tak sa naplní účel a zmysel tohto určite potrebného zákona. Očakávaný nárast súdnych rozhodnutí v oblasti nekalej súťaže by

<sup>17</sup> Ide o ustanovenie § 82a zákona č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, ktorý bol doplnený novelou uvedeného zákona č. 33/2011 Z. z.

(1) Súdny sú povinné zverejňovať právoplatné rozhodnutia vo veci samej, rozhodnutia, ktorými sa končí konanie, rozhodnutia o predbežnom opatrení a rozhodnutia o odklade vykonateľnosti rozhodnutia správneho orgánu, a to do 15 pracovných dní od dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia; ak rozhodnutie nebolo vyhotovené ku dňu jeho právoplatnosti, lehota na zverejnenie rozhodnutia začína plynúť dňom vyhotovenia rozhodnutia.

(2) Po nadobudnutí právoplatnosti rozhodnutia vo veci samej alebo rozhodnutia, ktorým sa končí konanie, súdy v tej istej lehote zverejnia aj všetky rozhodnutia vydané počas tohto súdneho konania, ktoré boli zrušené, potvrdené alebo zmenené súdom vyššieho stupňa a rozhodnutia, ktoré zrušujú rozhodnutie súdu nižšieho stupňa. Ak bolo vydané opravné uznesenie, zverejňuje sa aj toto uznesenie. Nezverejňujú sa súdne rozhodnutia vydané v konaní, v ktorom bola verejnosť vylúčená z pojednávania pre celé pojednávanie alebo pre jeho časť. Najvyšší súd zverejňuje aj právoplatné rozhodnutia disciplinárnych senátov do troch pracovných dní od dňa nadobudnutia právoplatnosti.

(3) Pred zverejnením rozhodnutia podľa odseku 1 sa v nich anonymizujú údaje, ktorých anonymizovaním bude pri zverejňovaní zabezpečená ochrana práv a právom chránených záujmov.

(4) Zverejňovanie súdnych rozhodnutí podľa odseku 1 technicky zabezpečuje ministerstvo na svojom webovom sídle.

(5) Súdny sprístupňuje verejnosti na základe žiadosti podľa osobitného zákona všetky súdne rozhodnutia, vrátane neprávoplatných rozhodnutí a rozhodnutí, ktoré nie sú rozhodnutiami vo veci samej. Súdny pritom robia opatrenia na ochranu práv a právom chránených záujmov.

mal korešpondovať s doktrínou ústavného súdu, ktorý stále zdôrazňuje, že medzi základné hodnoty materiálneho právneho štátu „*neodmysliteľne patrí aj požiadavka (princíp) právnej istoty a ochrany dôvery občanov v právny poriadok*“.<sup>18</sup> V súdnej praxi to znamená, že „*každý sa môže spoliehať na to, že v podobnej veci bude rozhodnuté podobne a v rôznej veci rôzne*“.<sup>19</sup> Základným predpokladom podobnosti súdnych rozhodnutí je poznanie iných podobných prípadov, ktoré už boli právoplatne rozhodnuté. Úloha zostane na pleciach Najvyššieho súdu SR predovšetkým v rámci dovolacieho konania, pretože v tomto konaní súd vyslovuje zásadné a závažné právne názory, ktorými sa v analogických prípadoch spravidla riadi súdna prax.<sup>20</sup>

Ak hovorím o stabilite súdnych rozhodnutí, je potrebné niekoľkými slovami sa zastaviť pri (ne)stabilite nášho právneho poriadku. Existujú právne predpisy, ktoré majú už niekoľko desiatok noviel a aj pre skúseného právnikovi to spôsobuje neprehľadný chaos. Navyše, stále sa novelizujú aj právne predpisy, ktoré sa nedávno komplexne rekonfigurovali. Ak rastie rozsah, zložitosť a neprehľadnosť platného práva, vzniká hrozba jeho odcudzenia človeku.<sup>21</sup> Inflácia legislatívy má síce aj svoje objektívne príčiny, ale často príprava zákonov nerešpektuje legislatívne pravidlá, zneužíva sa skrátene legislatívne konanie. Nehoriac o tom, že neraz je právna úprava šitá na mieru konkrétneho prípadu. Napríklad v spore česká Sportka, a. s. verzus Tipos, a. s., kde sa riešili otázky zdržania sa nekalosúťažného konania, náhrady škody, vydanie bezdôvodného obohatenia a poskytnutia primeraného zadosťučinenia súťaže z titulu využívania know how, sa účelovo zmenil Občiansky súdny poriadok v oblasti mimoriadneho dovolania, aby odporca v prípade mimoriadneho dovolania mal

<sup>18</sup> Nález ÚS SR sp. zn. PL. ÚS 36/95

<sup>19</sup> KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 206.

<sup>20</sup> Nález ÚS SR sp. zn. I. ÚS 190/05.

<sup>21</sup> NIKODÝM, D. K legislatíve po novembri 1989. s. 73. In *Konštitucionalizácia a zákonodarstvo v podmienkach SR ako členského štátu EÚ so zreteľom na formovanie právneho štátu a právnej praxe*. Bratislava: SAP, 2008.

k dispozícii efektívny opravný prostriedok.<sup>22</sup> Žiaľ, príkladov účelových novelizácií by som mohol uviesť viacero.

### **Dotváranie práva súdmi**

Právo proti nekalej súťaži patrí relatívne k ustáleným právnym úpravám a judikatúra sa považuje za súčasť tohto práva. Je založené na určitej

<sup>22</sup> Zákon č. 484/2008 Z. z. ktorým sa dopĺňa zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov § doplnil § 243h novými odsekmi 3 a 4, ktoré znejú:

„(3) Ak generálny prokurátor na základe podnetu účastníka konania, osoby dotknutej rozhodnutím súdu alebo osoby poškodenej rozhodnutím súdu zistí, že hrozí značná hospodárska škoda alebo iný vážny nenapraviteľný následok, môže podať mimoriadne dovolanie aj bez uvedenia dôvodov, pre ktoré sa napadá rozhodnutie, proti ktorému smeruje mimoriadne dovolanie. Dôvody však musí doplniť najneskôr do 60 dní od doručenia mimoriadneho dovolania dovolaciemu súdu. Inak sa na náležitosti mimoriadneho dovolania, rozsah mimoriadneho dovolania a dôvody mimoriadneho dovolania vzťahujú ustanovenia odseku 1 a 2.

(4) Ak generálny prokurátor nedoplní dôvody mimoriadneho dovolania v lehote ustanovenej v odseku 3, dovolací súd konanie zastaví. Zastavenie konania nebráni podaniu mimoriadneho dovolania v tej istej veci, ak na podanie mimoriadneho dovolania sú splnené podmienky ustanovené zákonom. Opätovne podané mimoriadne dovolanie musí obsahovať náležitosti ustanovené v odseku 1.“

Za § 243h sa vkladá § 243 ha, ktorý znie:

„(1) Ak generálny prokurátor podá mimoriadne dovolanie a súčasne s podaním mimoriadneho dovolania navrhne odklad vykonateľnosti napadnutého rozhodnutia, odkladá sa doručenie mimoriadneho dovolania dovolaciemu súdu vykonateľnosť napadnutého rozhodnutia.

(2) Účinky odkladu vykonateľnosti napadnutého rozhodnutia zanikajú

a) zamietnutím návrhu generálneho prokurátora na odklad vykonateľnosti napadnutého rozhodnutia dovolacím súdom, alebo

b) rozhodnutím o mimoriadnom dovolaní, najneskôr však uplynutím jedného roka od doručenia mimoriadneho dovolania dovolaciemu súdu, ak dovolací súd nerozhodne o predĺžení tejto lehoty.

(3) Dovolací súd vydá na základe žiadosti účastníka konania potvrdenie o tom, že generálny prokurátor podal mimoriadne dovolanie s návrhom na odklad vykonateľnosti napadnutého rozhodnutia podľa odseku 1.“

miere všeobecnosti generálnej klauzuly nekalej súťaže. Ak by totiž zákonodarca formuloval aj sto konkrétnych skutkových podstát nekalej súťaže, je isté, že vynaliezaví pracovníci súťažiteľov by vzápätí objavili ďalšie.<sup>23</sup> O to náročnejšia úloha leží na pleciach súdov. Dotváranie práva rozhodnutiami súdov nekladie dôraz len na ich predvídateľnosť, ale očakáva sa aplikácia zákona v súlade s jeho zmyslom a účelom. Navyše pri výklade ustanovení, ktoré sú transpozíciou európskych smerníc do nášho právneho poriadku, by sa sudy mali pri výklade predmetných ustanovení inšpirovať pravidlom interpretácie zákonov Súdného dvora EÚ, tzv. *effet utile*, čo sa prekladá ako „užitočný účinok zákona“. Interpretácia v zmysle „užitočného účinku zákona“ by mala prinášať skutočnú, a nielen kvázi ochranu. Súd musí prihliadať na vzájomné vzťahy jednotlivých, do úvahy pripadajúcich argumentov a ich úlohu v konkrétnom prípade vyvážiť s ohľadom na špecifikum danej kauzy, a nie tieto kritériá iba mechanicky aplikovať. Takýto prístup je zároveň prístupom modernej judikatúry, ktorá postupne nahrádza formálne legalistický pohľad na právo pohľadom, ktorým sa sudca usiluje poskytnúť najlepšie zargumentovanú odpoveď na právne a skutkové otázky, ktoré pred ním strany sporu predložia.<sup>24</sup>

Neodmysliteľnú úlohu by mala mať v tejto oblasti aj právna veda. Jej výhodou je, že môže s nadhľadom analyzovať a syntetizovať jednotlivé súdne rozhodnutia v kontexte právnej úpravy a európskych trendov v danej oblasti a neuvažovať právne čisto kauzalisticky, neraz v strese z hrozby prietahov v konaní. Zároveň by mohli byť inšpirujúce doktrínálne názory pri zdôvodnení rozhodnutia, podobne ako sme tomu svedkami pri odôvodňovaní rozhodnutí. Na strane druhej je potrebná tvorivá a vecná diskusia nielen v teoretickej obci, ale aj sudcov, ktorých rozhodnutia sa v literatúre analyzujú.

<sup>23</sup> HAJN, P. *Jak jednat v boji s konkurencií*. Praha: Linde, 1996, s. 17.

<sup>24</sup> Nález Ústavného súdu SR sp. zn. I. ÚS 243/07.

## **Záver**

Cesta k štandardizácii súťažného prostredia nie je taká rýchla ako by sme očakávali, ale opäť nemožno nevidieť aj pokrok vrátane mnohých kvalitných súdnych rozhodnutí. Spravodlivé a rýchlejšie rozhodovanie súdov, ochota súťažiteľov a spotrebiteľov brániť svoje práva a tiež osveta môžu napomôcť k ďalšej štandardizácii podnikateľského prostredia na Slovensku. Napokon mnohé veci sa u nás pohli správnym smerom a prechod od ekonomiky socialistického typu k trhovému hospodárstvu, nie je v žiadnej krajine jednoduchý.

Tieto riadky rozhodne nie sú rezignáciou, ale povzbudením všetkých slušných ľudí, aby hľadali pozitívne riešenia, lebo skutočný pokrok nestojí na falzifikátoch či napodobeninách, ale len na čestnom a pozitívnom tvorivom myslení.

Je potrebné neustále hľadať zmysel a účel zákonov v ochrane slušného súťažiťa a celého súťažného prostredia a dôležité je tiež, aby sa súdy nebáli odvážne a pružne rozhodnúť aj zložitejšie prípady.

## **Summary**

The article named “Reflection on the role of judgments in prevention of so-called „perverse creativity” criticises the effort of certain competitors to establish themselves on the market in an unfair manner. In the practice, instead of trying to establish themselves on the market in a fair manner, some competitors parasitize on the reputation of renowned products, circumvent laws, imitate renowned and successful goods and services, apply for registration of domains the names of which are identical to or slightly different from the names of domains of renowned companies. They pursue a single aim – to make profit in simpler manner, to gain an unjustified competitive advantage to the detriment of the positively creating individuals.

The author points out to the indispensable role played by the courts in this area and analyses good practices of courts as models for other to follow, but also bad practices that do not respect the purpose and the sense of law against unfair competition.