

UNIVERZITA PAVLA JOZEFA ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH

PRÁVNICKÁ FAKULTA



Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva
ÚSTAV STÁTU A PRÁVA AKADEMIE VĚD ČESKÉ REPUBLIKY, v. v. i.



PRÁVO - OBCHOD - EKONOMIKA



KOŠICE 2011

UNIVERZITA PAVLA JOZEFA ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH

Právnická fakulta

KATEDRA OBCHODNÉHO PRÁVA A HOSPODÁRSKEHO PRÁVA



v spolupráci

ÚSTAV STÁTU A PRÁVA AV ČR, v. v. i.



Právo – obchod - ekonomika

Zborník vedeckých prác

Košice 2011

Zborník bol vydaný v rámci riešenia grantovej úlohy APVV č. 0263-10 „Efektívnosť právnych inštitútov a ekonomicko-finančných nástrojov v období krízových javov a situácií v podnikaní“ č. APVV-0381-07 „Efektivita modelov zodpovednosti kvalifikovane poverených osôb za škodu“ a č. LPP-0076-09 „Mimosúdne (alternatívne) riešenie sporov na Slovensku“.

Právo – obchod - ekonomika

Zborník vedeckých prác

Editori: prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc.
 doc. JUDr. Ján Husár, CSc.

Recenzenti: doc. JUDr. Gabriela Dobrovičová, CSc.
 doc. JUDr. Mária Kiovská, CSc.

Tento zborník vznikol za podpory:



© 2011 Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Všetky práva vyhradené. Toto dielo ani jeho žiadnu časť nemožno reprodukovať, ukladať do informačných systémov alebo inak rozširovať bez súhlasu majiteľov práv.

Za odbornú a jazykovú stánku tohto zborníka zodpovedajú autori jednotlivých príspevkov. Rukopis neprešiel redakčnou ani jazykovou úpravou.

ISBN 978-80-7097-903-7

Úvodom

Niekoľkoročná medzinárodná spolupráca Ústavu štátu a práva Akadémie vied Českej republiky a Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach prináša konkrétne výsledky. Oproti V tomto roku došlo k rozšíreniu

Dokladom tejto skutočnosti je aj tento v poradí druhý zborník vedeckých prác, ktorý je tematicky orientovaný na interakcie práva, obchodu a ekonomiky. Oproti predchádzajúcemu zborníku sú v predkladanom zborníku vedeckých prác zaradené okrem statí autorov z Českej republiky a Slovenskej republiky aj viaceré state autorov z Ruskej federácie, najmä z Univerzity Sankt Petersburg, čím došlo k zvýšeniu vedeckého rozmeru zborníka. State zaradené do zborníka sú rozčlenené do troch tematických okruhov.

Prvý tematický okruh nazvaný „Zmluvný systém súkromného práva z aspektu rekonštrukčných tendencií“ obsahuje state orientované na zmluvné vzťahy tak z obchodného práva, vrátane korporátneho práva, ako aj z pracovného práva a práva duševného vlastníctva.

V druhom tematickom okruhu sú zaradené state subsumované pod názov „Pôsobenie inštitútov verejného práva a práva súkromného na regulačný systém ekonomiky“. Ide o tematicky pomerne rôznorodé state, ktorých autori skúmajú daňovo-právne, záväzkové i súťažné aspekty vzťahu práva a ekonomiky. V tejto časti sú zaradené aj state, ktoré skúmajú uvedenú problematiku z pohľadu ekonómov.

Právo medzinárodného obchodu - obchodná arbitráž je názov tretej časti predkladanej publikácie, ktorá v súlade s názvom obsahuje najmä state zamerané na problematiku medzinárodnej obchodnej arbitráže a rozhodcovských rozhodnutí.

Obdobne ako v predchádzajúcom zborníku, aj v tomto zborníku bol daný priestor pre mladých adeptov právnej vedy, ktorých tematicky rôznorodé state sú zahrnuté v samostatnej časti nazvanej „Tribúna mladých adeptov právnej vedy“.

Prevažná časť publikovaných štúdií a článkov, najmä z druhého a tretieho tematického okruhu, bola spracovaná v rámci vedeckých programov APVV č. 0263-10 „Efektívnosť právnych inštitútov a ekonomicko-finančných nástrojov v období krízových javov a situácií v podnikaní“, APVV č. 0381-07 „Efektívna modelov zodpovednosti kvalifikovane poverených osôb za škodu“ a APVV č. LPP-0076-09 „Mimosúdne (alternatívne) riešenie sporov na Slovensku“ na Právnickej fakulte Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach.

Autorský kolektív už vopred ďakuje za podnetné návrhy a odporúčania odbornej verejnosti, ktoré budú využité pri ďalších prácach na výskumných projektoch.

V Košiciach, 13. októbra 2011

doc. JUDr. Ján Husár, CSc.
za autorský kolektív

Obsah

Úvodom.....III

I. ČASŤ ZMLUVNÝ SYSTÉM SÚKROMNÉHO PRÁVA Z ASPEKTU REKODIFIKAČNÝCH TENDENCIÍ1

Fenomén „rekodifikácie“ – pohyb v začarovanom kruhu?2
Jozef Suchoža

Nároky zmluvných strán po odstúpení od zmluvy v obchodnom práve12
Mária Patakyová

Zmluvná pokuta *de lege lata* a *de lege ferenda*18
Oľga Ovečková

Smlouva o dílo (podle obchodního zákoníku)27
Karel Marek

Obchodní společnost coby smlouva, návrh českého zákona o obchodních korporacích a úvahy o *detoxikaci*73
Bohumil Havel

Normativní regulace prostředí počítačových sítí – vybrané aplikační problémy v České republice.....81
Ján Matejka

Zmluvy k predmetom priemyselného vlastníctva96
Peter Vojčík

Vznik a další vývoj dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr v České republice 110
Martin Štefko

Společné jmění manželů a členský podíl v družstvu..... 122
Tomáš Dvořák

II. ČASŤ PÔSOBENIE INŠTITÚTOV VEREJNÉHO PRÁVA A PRÁVA SÚKROMNÉHO NA REGULAČNÝ SYSTÉM EKONOMIKY 146

Možnosti a hranice regulačného pôsobenia daňového práva na ekonomiku..... 147
Vladimír Babčák

Daňový systém v České republice jako jeden z regulačních nástrojů ekonomiky	163
<i>Marie Karfíková, Zdeněk Karfík</i>	
Zabezpečovací instituty v správě daní.....	181
<i>Miroslav Štrkolec</i>	
Problematika trestnej zodpovednosti právnických osôb	191
<i>Jozef Madliak</i>	
Zmluvné vzťahy vo verejnej sfére	201
<i>Ján Husár</i>	
Vymedzenie vybraných ekonomických a právnych inštitútov	220
<i>Soňa Kubincová</i>	
Публичное и частное право в системе регулирования экономики России	232
<i>Vladimír Fjodorovič Popondopulo</i>	
Vybrané aspekty účinkov regulačných mechanizmov v období hospodárskych kríz – teória a prax	246
<i>Karolína Červená</i>	
Legal origin thesis a její kritika	254
<i>Michal Šejvl</i>	
Влияние корпоративного управления на конкурентоспособность финансового рынка России	279
<i>Ol'ga Ternovaja</i>	
Инновации методов государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации.....	290
<i>Mária Egorova</i>	
Municipal Complex in Russia.....	305
<i>Sergej Kirsanov</i>	
МЧП как нетрадиционное правовое явление.....	321
<i>Marianna Sergejevna Savčenko</i>	
Význam zabezpečovacích inštitútov a ich využitie v období pôsobenia krízových javov v podnikaní.....	336
<i>Diana Treščáková</i>	

Vplyv zásahu verejnej moci na motiváciu subjektov na trhu s vysielacími právami 346
Jozef Čorba

III. ČASŤ PRÁVO MEDZINÁRODNÉHO OBCHODU – OBCHODNÁ ARBITRÁŽ 354

Nadřazenost mezinárodního práva v rukou aparátu českého Ústavního soudu 355
Jan Bárta

15 rokov od prvého slovenského vydania Zásad UNIDROIT 362
Ján Švidroň

Postavení rozhodce v české navrhované úpravě, zejména v souvislosti s řešením spotřebitelských sporů 371
Přemysl Raban

Některé aspekty platnosti rozhodčích doložek v ČR..... 381
Šárka Zusková

Prieskum rozhodcovských rozsudkov ústavným súdom 386
Kristián Csach

Zastúpenie v medzinárodnom obchodnom styku 396
Martin Winkler

Участие Российской Федерации в международной торговле услугами в области здравоохранения: отдельные аспекты. 417
Ksenija Korobko

Obchodná arbitráž – (staro)nové výzvy a podnety pre tuzemskú legislatívu (zaostrené na formu rozhodcovskej zmluvy) 429
Regina Hučková

IV. ČASŤ TRIBÚNA MLADÝCH ADEPTOV PRÁVNEJ VEDY 436

Daňová politika ako regulačný mechanizmus štátu vplyvajúci na podnikateľské prostredie 437
Anna Kicová

Zabezpečenie budúcich zmluvných povinností..... 452
Alexander Brösl

Vplyv úpadku na regulačný systém ekonomiky.....	463
<i>Andrea Oreničová</i>	
Zodpovednosť za škodu a jej funkcie.....	468
<i>Dušan Marják</i>	
Zodpovednosť za vady diela – aktuálne problémy.....	478
<i>Darina Ostrožovičová</i>	
Zmena spoločenskej zmluvy spoločnosti s ručením obmedzeným: Vybrané problémy a rekodifikačné tendencie	493
<i>Lukáš Michal'ov</i>	
Odplatnosť zmluvy o predaji podniku.....	502
<i>Marián Rušin</i>	
Medzinárodná unifikácia leasingu v réžii UNIDROIT	509
<i>Mária Ivanecká</i>	

I. ČASŤ

ZMLUVNÝ SYSTÉM SÚKROMNÉHO PRÁVA Z ASPEKTU REKODIFIKAČNÝCH TENDENCIÍ

Fenómén „rekodifikácie“ – pohyb v začarovanom kruhu?

prof. JUDr. J. , DrSc.

”Ž 222222 222222222 2222” 2222222222222222222 222 ” 222 222222222

I. Základné východiská

V dejinách našich národov sme zažili obdobia viacerých spoločenských zlomov, vyvolávajúcich dynamizáciu a akceleráciu legislatívnej aktivity, hoci to nie vždy viedlo k zamýšľaným a želateľným výsledkom. Každý „legislátor“ v štádiu svojho rozbehu je optimista. V tejto súvislosti okrajovo poukážeme aj na niektoré dnes už historické skutočnosti a peripetie uplynulých legislatívnych procesov a javov, pričom tu ide vyložene o môj subjektívny pohľad, to chcem osobitne zdôrazniť. Stredobodom mojich úvah je najmä sféra súkromného práva.

Rekodifikácia súkromného práva v Slovenskej republike, ktorá sa v posledných rokoch ocitla v stave určitej stagnácie má svoje historické korene už v období spoločného česko-slovenského štátu. Proces rekodifikácie súkromného práva, ktorý bol u nás naštartovaný už na začiatku deväťdesiatych rokov minulého storočia bol vtedajšími vládnymi orgánmi naprogramovaný s cieľom pripraviť a vydať moderný Občiansky zákonník krajiny, ktorá po rokoch spoločenskej, politickej a vlekkej hospodárskej stagnácie opäť obnovila demokratické princípy svojej štátnosti a prihlásila sa k budovaniu trhového hospodárstva s dôrazom na rešpektovanie sociálnych a ekologických záujmov jej občanov.

V tejto súvislosti treba podčiarknuť, že v posledných dvoch – troch rokoch fungovania čs. federácie došlo k významným zmenám legislatívy v oblasti súkromného práva, predovšetkým k rozsiahlej novelizácii Občianskeho zákonníka (zákon č. 509/1991 Zb.) a následne k prijatiu historicky prvého (paradoxne aj posledného) spoločného čs. Obchodného zákonníka (zákon č. 510/1991 Zb.) Tým vlastne v legislatíve vznikol akýsi nerovnovážny stav. Spočíval predovšetkým v tom, že uskutočnená kodifikácia obchodného práva, prvá od čias slávnych kódexov obchodného práva v Rakúsko – Uhorskej monarchii z druhej polovice 19. storočia, prevzatých v dôsledku recepcie práva do právneho systému prvej ČSR v roku 1918, nenadväzovala na adekvátnu všeobecnú úpravu súkromného práva, t.j. na Občiansky zákonník s modernými parametrami, vyplynuvšími zo zdrojov, princíпов a okolností trhového hospodárstva, a to ani napriek tomu, že novela Občianskeho zákonníka z roku 1991 sa „usilovala obrúsiť“ tvrdé hrany socialistického občianskeho kódexu z roku 1964. Táto novela bola vlastne koncipovaná ako určité „pro-

vizórne riešenie“¹ Dnes je veľmi ťažko povedať, či vtedajšia legislatíva (snád?) premeškala svoju historickú príležitosť (už po kol'ký krát?), keď nepripravila spolu s Obchodným zákonníkom aj nový Občiansky zákonník, pri najmenej v roku 1992.

Z hľadiska dejín rekodifikácie súkromného práva na našom území je pozoruhodné, že čs. legislatíva už v roku 1991, zrejme berúc do úvahy status quo akéhosi provizória, vytvorila pri Úrade Predsedníctva vlády ČSFR Komisiu pre rekodifikáciu občianskeho práva. Jej výsledným produktom bolo spracovanie Osnovy Občianskeho zákonníka, pričom išlo o dokument, ktorý bol poznamenaný vtedajšou dobou legislatívnych improvizácií.²

Po rozdelení čs. federácie bol v roku 1997 slovenskou legislatívou spracovaný Návrh Občianskeho zákonníka a v roku 1998 Návrh rekodifikovaného Občianskeho zákonníka v paragrafovom znení. Tento návrh bol podrobený rozsiahlej kritike, najmä na piatych Lubyho právnických dňoch (3. a 4. 09. 1998) v Bratislave.³

Od roku 1998 sa u nás presadzuje predstava, že nový Občiansky zákonník zjednotí celé záväzkové právo vrátane zmluvného, a to nielen pokiaľ ide o všeobecné východiská a zásady právnych záväzkov, vrátane obchodných, ale aj jednotlivých záväzkových (zmluvných) typov, a to bez zreteľa na to, či ide o typicky obchodné zmluvy alebo nie.

Dodnes nie sú náležite preskúmané všetky okolnosti a historické determinanty formovania práva (právneho poriadku, právneho systému), vzniknutej prvej Česko-Slovenskej republiky v roku 1918. Jedno je však isté, že otcovia zakladaného čs. štátu po prvej svetovej vojne predpokladali a aj sa usilovali kreaovať nové, t.j. československé právo (právny poriadok čs. štátu) vychádzajúc pritom z demokratických princípov novej štátnosti, ku ktorým sa zakladatelia prihlásili.

Jeden z paradoxov vtedajšej doby okrem iného však spočíval v tom, že nová štátnosť, vzniknutejšia na troskách Rakúsko-Uhorskej monarchie (akéhosi stredoeurópskeho superštátu), bola historicky „prinútená“ prevziať do svojej prvotnej (základnej) právnonormatívnej výbavy zákony a ďalšie normy zanik-

¹ LAZAR, J.: Konceptie, zásady a inštitucionálne novoty Návrhu slovenského Občianskeho zákonníka. Zborník „K návrhu slovenského Občianskeho zákonníka“ – V. LUBYHO PRÁVNICKÉ DNI, 3. – 4. september 1998. Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty Univerzity Komenského, Bratislava, 1999, s. 12 a nasl.

Podobne ELIÁŠ, K.: Téma k diskusi Obchodní zákoník. PRÁVNÍK, č. 6/1992, s. 482 a n.

² Pozri FOGÁŠ, L. – MAZÁK, J.: Rekodifikácia súkromného práva. Justičná revue, č. 5/1999, s. 16 a n.

³ VOJČÍK, P.: Zmluvné právo v Návrhu slovenského Občianskeho zákonníka – koreferát. In: Zborník „K návrhu slovenského Občianskeho zákonníka“ – V. LUBYHO PRÁVNICKÉ DNI, 3. – 4. september 1998. Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty Uni-

lého superštátu, predovšetkým týkajúce sa súkromnoprávnej sféry. Odohralo sa to cestou tzv. **receptie práva**, známeho to javu v dejinách európskeho práva. Samotná receptia práva ako taká je vo svojich konečných dôsledkoch nič iné len akási kodifikácia práva s cieľom naďalej udržiavať pri živote právo zaniklého štátneho celku (komplexu), inými slovami má suplovať (dočasne?) ozajstnú kodifikáciu práva.

Ďalší paradox proklamovanej kontinuity súkromného práva z obdobia Rakúsko-Uhorskej monarchie, ktorej právny systém mal dualistickú konštrukciu (najmä po rakúsko-uhorskom vyrovnaní v roku 1867), spočíval v „prenesení“ právneho dualizmu do nových čs. pomerov, pravda vyjmúc ústavnoprávnych základov a prerogatívov, spätých s fungovaním monarchie a jej historických atribútov. Zdedená rozdvojenosť rakúskeho a uhorského súkromného práva sa stala osudom aj česko-slovenského súkromného práva, žiaľ na pomerne dlhú dobu. Príčiny takéhoto stavu boli viaceré. Vrátime sa k nim ešte.

Vychádzajúc z vyššie uvedených úvah a poznámok prichodí sa zamyslieť nad dôsledkami právneho (legislatívneho) dualizmu (presnejšie právneho pluralizmu, berúc pritom do úvahy aj stopy nemeckého práva, snád' aj dávneho slovanského (?) v podmienkach prvej ČSR. So zreteľom na to kodifikácia súkromného práva, o ktorú sa čs. legislatíva v prvej ČSR usilovala a aj na pomerne vysokej legislatívnej a akademickej úrovni zodpovedne pripravovala a presadzovala bola náročným procesom, a to prinajmenej z dvoch hľadísk.

Po prvé, išlo o vytvorenie inštitútov súkromného práva, korešpondujúcich so zakladateľskou ideou čs. štátu a princípmi demokracie, občianskej rovnosti, slušnosti, dobrých mravov, spravodlivosti a ochrany občianskych a ľudských práv, vrátane ich súdnej ochrany. To sa malo odraziť v pripravovanom čs. Občianskom zákonníku a následne v Obchodnom zákonníku.

Po druhé, čs. legislatíva stála pred úlohou prekenuť historicky vzniknutosť a v istom zmysle zakonzervovaný právny dualizmus (pluralizmus) súkromného práva na území čs štátu, najmä skutočnosť, že v uhorskej časti monarchie za celé obdobie trvania uhorského štátu nedošlo ku kodifikácii všeobecného súkromného práva, hoci sa uhorská legislatíva až do vypuknutia prvej svetovej vojny usilovala o prijatie Občianskeho zákonníka.

II. Teoretické kontexty a historické paralely kodifikácie a rekodifikácie súkromného práva

Samotná myšlienka (idea, koncepcia) kodifikácie, príp. rekodifikácie ako jej dobového inovačného variantu, je sprievodným znakom dejín práva (v užšom zmysle dejín legislatívy). Zrodila sa z praktických, presnejšie racionalizačných potrieb a úvah legislátora (na vyššom stupni kodifikátora), usilujúceho sa kreovať prehľadné, vnútorne vyvážené a pomerne stabilné písané právo v štáte, predovšetkým súkromné právo adresované občanom štátu. Vývoj súkromného práva, podmienený spoločenskými a hospodárskymi pomermi,

predovšetkým rozšírením obchodovania (obchodných vzťahov), jeho teritoriálnych dimenzií vrátane neustále nových foriem obchodnej komunikácie spôsobil na európskom kontinente (najmä v období rozvoja liberálneho kapitalizmu, vlastne (už od 16. a 17. storočia) nárast recipientov noriem súkromného práva. So zreteľom na to sme svedkami stavu, keď legislatíva (t.j. zákonodarca) permanentne hľadá nové možnosti usporiadať celý komplex súkromnoprávných noriem (inštitútov) do vyváženého legislatívneho korpusu (buď zákona alebo kódexu).

Keďže tendencia vytvárania (budovania) nového práva (právneho poriadku), príp. zdokonaľovania starých zákonov (kódexov) v histórii ľudstva nikdy neuhasína, prichodí nám poukázať na niektoré pozoruhodné charakteristické znaky uplynulých kodifikačných procesov s cieľom ich rešpektovania aj v novších kodifikačných programoch. Viaceré z uvedených problémov v novej dobe patria do záujmovej sféry teórie legislatívy (právnej normotvorby).⁴

V ďalšom výklade si všimneme niektoré historické reflexie významnejších kodifikácií, ktoré v minulosti prebiehali, predovšetkým na našich územiach. Otázka znie, do akej miery disponujú inšpiračnými zdrojmi a podnetmi v súčasných kodifikačných procesoch? Možno v nich nájsť paralely s dnešnými kodifikačnými (rekodifikačnými) víziami?

S procesom historickej genézy prvých štátnych útvarov (spoločenstiev) sa spája aj vznik a rozvoj práva, najskôr obyčajového a v ďalšom vývoji písaného práva vo forme zákonov, prípadne iných inštitucionalizovaných aktov panovníka (vládára), či iného nositeľa verejnej (štátnej) moci (napr. parlamentu a pod.). Prvé zákony vládarov v starovekých štátnych celkoch (despociách) po prvé majú komplexnejšiu povahu (upravujúce jednak trestnoprávnu a inú verejnoprávnou oblasť a jednak súkromnoprávnu, napr. zmluvnú, majetkovú, obchodnú, či sféru vzťahov v rodine, dnešným slovníkom povedané multidisciplinárnu) a po druhé sa už svojím označením také zákony (skôr zákonníky – kódexy) upínajú na svojho normotvorcu (vládára). Takýmto príkladom je slávny **Kódex Chamuraphiho v Babylone** vytesaný na príkaz panovníka klinovým písmom do kamennej stély (vysoké viac než dva metre), zrejme ako dôkaz jeho „skalnej“ trvanlivosti (stability).⁵ Rovnako napr. aj **Zákonník Gortýny** z piateho storočia na juhu strednej Kréty, ktorý bol taktiež vytesaný do kamenných dosák. Jeho text sa zachoval dodnes.

⁴ Porovnaj Knapp, V. a kol., Tvorba práva a její současné problémy. Praha, Linde Praha, a.s., 1998, 462 s., osobitne s. 19 a n., Pozri tiež Šín, Z., Tvorba práva. Pravidla, metodika, technika. 1.vydání. Praha, C.H.Beck, 2003, 207 s.

⁵ Dnes sa všeobecne traktuje, že tento Zákonník (kódex) upravoval rôznorodé oblasti spoločenských vzťahov, napr. sféra trestného práva, súdneho konania, porušenia vlastníckeho práva (krádež, lúpež, etc.), práva vojakov, ďalej právo držby nehnuteľností, obchodovania, záložného práva, najímania pracovných síl a otroctvo, práva staviteľských majstrov, etc.

Z pozostalosti rímskeho práva na prvom mieste treba spomenúť nesmrteľný **Zákon dvanástich tabúl** (*Lex duodecim tabularum*), o ktorom Livius povedal, že predstavuje prameň všetkého práva, súkromného aj verejného (*fons omnis publici privatisque iuris*). Tento zákon je jedným z najstarších výsledkov kodifikačných prác v starom Ríme, pochádzajúci z rokov 450-451 pre našim letopočtom.⁶

Leges boli taktiež vytesané do kamenných dosák a vystavené na historickom námestí Forum Romanum. Nie náhodou sa dodnes používa na zdôraznenie stability zákona termín „petrifikácia“ (*petra*, lat.= skala, balvan).

Kodifikácie sú jedným z charakteristických znakov legislatívneho procesu štátov, najmä v časoch prevratných spoločenských zmien a formovania nových štátov (štátnych útvarov), ako tomu bolo napríklad po zániku Západo-rímskej ríše koncom piateho storočia nášho letopočtu na teritóriách priamo spadajúcich pod imperiálnu moc Ríma (napr. Hispánia, Gália, Germánia, etc.). Novovzniklé štátne celky sformované na územiach bývalých barbarov postupne preberajú a uplatňujú inštitúty rímskeho práva, pričom viac alebo menej pôsobia ešte aj určité tradície starého práva, napr. burgundského (jeho niektorých relikto).

Z uvedených aspektov bol koncipovaný napr. **Lex Romana Burgundiorum** (z prelomu 5.a 6. storočia), pričom sa v ňom premietli aj niektoré ustanovenia starších kodexov a literárnych diel (napr. **Codex Theodosianus** z roku 438, *Sententia* od Julia Paula etc.). Do tejto skupiny kodexov (tzv. **Leges Romanae barbarorum**) sa zaraďuje aj **Lex Romana Visigothorum** (známy tiež ako **Codex Alarici**, ktorý vznikol okolo roku 500 nášho letopočtu) a rovnako aj **Lex Salica** (507-511), ktorý v určitých aspektoch vychádzal tiež zo zdrojov starého franckého práva (tzv. vulgárneho práva).⁷

V uvedených legislatívnych procesoch sa metóda kodifikácie vhodne kombinuje s metódou (prvkami) čiastočnej recepcie práva (rímskeho), čo v mnohom pripomína aj v súčasnom období prebiehajúce kodifikácie súkromného práva v nových štátoch Európskej únie. Aj u nás sa v týchto procesoch vo väčšej miere žiada brať zreteľ na legislatívne, ale aj akademické iniciatívy a návrhy projektov a smerov kodifikácií súkromného, predovšetkým zmluvného práva EU.

Ako vyplýva z dejín kodifikácie v európskom právnom priestore, tieto legislatívne procesy len málokedy prebiehajú na zelenej lúke. Sú prevažne lokalizované v určitých časopriestorových kontextoch a súradniciach.

⁶ Pozri Skřejpek, M., *Prameny římskeho práva*. Praha, Lexis Nexis Cz, s.r.o., 2. Vydání, 2004, s. 27 a n.

Porovnaj tiež Hattenhauer, H., *Evropské dějiny práva*. 1. Vydání. Praha, C.H.Beck, 1998, s. 72 a n.

⁷ Porovnaj BEDNAŘÍKOVÁ, J.: *Stěhování národů*, Praha, Vyšehrad, 2007, s. 323, 372 a n. ISBN 978-80-7021-705-4.

Vychádzajúc z histórie kodifikačných pohybov a procesov, ktoré v minulosti, hoci aj vzdialenejšej, prebiehali na našich územiach možno dospieť k zisteniu, že fenomén „kodifikácie“ ako takej, všeobecne chápanej, vykazuje viac-menej spoločné znaky (črty) a dôsledky, ktoré sa akoby zákonite opakujú pri konkrétnych (tých - ktorých) kodifikáciách. Možno to povedať aj tak, že sa postupne vygenerovala akási teória tvorby kódexov, ako species teórie (disciplíny) tvorby práva, a to bez zreteľa na to, či ide o tvorbu kódexov súkromného práva alebo kódexov práva verejného (napr. procesných kódexov).

V tejto súvislosti prichodí si všimnúť napríklad niektoré kodifikačné postupy, ktoré sa na našich územiach uplatňovali pri príprave súkromnoprávných kódexov v 19.storočí, ba už o niečo skôr.

Východiskom každej kodifikácie je rozhodnutie o potrebe vydať nový kódex. V určitom slova zmysle sa to vzťahuje aj na rekodifikáciu. Tomu samozrejme predchádzajú určité úvahy (napr. iniciatívy pochádzajúce z akademických kruhov) a konkrétne **návrhy de kodifikacione ferenda**. Vždy sa totiž môže vynoriť otázka, či treba vydať kódex alebo obyčajný zákon. V minulosti sa totiž neraz stávalo, že potreba kódexu vznikla v dôsledku roztrieštenosti legislatívnych úprav a prebujnej legislatívy (legislatívnej inflácie). Tak tomu bolo u nás napr. v prípade Hospodárskeho zákonníka v roku 1964. Chcem pritom zdôrazniť, že hovorím o histórii a nie o ideológii.

V 18.storočí za vlády Márie Terézie bolo rozhodnuté pripraviť a vydať **Codex Theresianus**, ktorý mal kodifikovať, v určitom slova zmysle tiež unifikovať – súkromné právo v jednotlivých krajinách (skupinách krajín – zemí) rakúsko-uhorského mocnárstva. V tejto súvislosti panovníčka v roku 1753 ustanovila tzv. kompilačnú komisiu, ktorá mala pripraviť kodifikáciu a unifikáciu občianskeho práva v krajinách („zemích“) českých a rakúskych.

Po zložitých legislatívnych peripetiách bol v roku 1766 Codex Theresianus po 13 rokoch činnosti kompilačnej komisie dokončený a predložený panovníčke s cieľom vydania vyhlasovacieho patentu.⁸

Návrh Codexu, keďže bol veľmi rozvláchny a kauzistický (pôsobil skôr ako učený traktát než zákonník), bol panovníčkou vrátený na prepracovanie s tým, že cisárovná v súlade s odporúčaním Jana Bernarda Hortena a Štátnej rady sankcionovala Zásady ako sa má v ďalších prácach postupovať.⁹

⁸ Pozri Krčmář, J., Právo občanské I. Výklady úvodní a část všeobecná. III. Doplněné vydání. Praha, Nákladem Spolku čs. právníků „VŠEHRD“, 1936, s. 12

„Po stránce obsahové kompiluje Codex Theresianus právo, jak se bylo vyvinulo v zemích, pro které měl platit, ale převahu má právo české, což je důsledkem převahy Azzonihova a Zenckerovy (to je právo rozdílné podle stavů), doplněné zdravým rozumem a všeobecným právem přirozeným a právem národů (míní se tím ius naturale a ius gentium podle definice institucí Justiniánových.“

⁹ Porovnaj Kadlecová, M.-Schelle, K.-Veselá, R.-Vlček, E.: Vývoj českého soukromého práva. Praha: Eurolex Bohemia s.r.o. 2004, s. 78 a n. ISBN 80-86432-83-1
Zásady majú nadčasovú platnosť. Požaduje sa v nich:

Kodifikácia rakúskeho občianskeho práva bola dovŕšená až vydaním **Všeobecného zákonníka občianskeho** (ABGB) v roku 1811.¹⁰

Idea kodifikácie našla svoj odraz aj v dejinách uhorského práva, a to napriek tomu, že nebola zavŕšená a korunovaná vydaním Všeobecného kódexu súkromného práva. V prvom období vývoja uhorskej štátnosti v jej právnom systéme bolo možné vystopovať výrazné stopy slovanského práva (predovšetkým obyčajového) z obdobia Veľkej Moravy.¹¹

Vzhľadom na právny partikularizmus, ktorý sa v stredoveku udomácňuje v európskom priestore, aj v Uhorsku sa postupne vygenerovala sústava tzv. krajiniského (zemského) práva ako celoštátneho práva (práva uhorskej šľachty), cirkevného práva, poddanského práva (t.j. roľníckeho alebo sedliackeho práva), mestského práva, cechového práva, banského práva, práva Židov etc.¹² V uhorských stredovekých pomeroch sa kodifikácia začala uplatňovať v oblasti mestského práva, napr. v **roku 1378**.¹³ Dôkazom snahy po kodifikácii ďalších zložiek partikulárneho uhorského práva, najmä krajiniského práva, spočívajúceho prevažne na obyčajovom práve, bolo vyda-

-
- zo Zákonníka vypustiť všetko, čo patrí do učebnice;
 - je nutné sa vyjadrovať krátko, stručne, zbytočné podrobnosti vynechať;
 - je nutné vystríhať sa dvojzmyselnosti, nejasnosti, zbytočného opakovania a rozvlácnosti v nariadeniach, o ktorých žiadny rozumný človek nepochybuje;
 - nie je treba sa viazať na rímske právo, ale naopak sa oprieť o prirodzenú slušnosť;
 - nie je nutné sa púšťať do subtilnosti, ale naopak treba usilovať o jednoduchosť.
- Pozri tiež Krčmář, J.: c.d. v predch. poznámke, s. 13

¹⁰ Podľa hodnotenia autorov Kadlecová, M. et al. (c.d. v poznámke č. 4, s. 85): „Všeobecný zákoník občanský byl bezesporu nejvýznamnějším právním kodexem na našem území. Patřil ve své době ke třem stěžejním evropským civilním zákoníkům, vedle francouzského a německého. Jeho dokonalost prokázala především jeho doba platnosti. S drobnými změnami u nás platil až do roku 1950.“

Porovnaj Luby, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku. Bratislava: Nákladom Knižnice Právnickej Jednoty v Bratislave, 1946, s. 81 a n. Autor uvádza, že na základe patentu z 29.11.1852 po porážke maďarskej revolúcie (v období od 1.05.1853 do vydania Dočasných pravidiel tzv. Judexkuriálnej konferencie (záväzné sa stali dňom 23.07.1861)) bolo aj v Uhorsku naoktrojované rakúske právo, teda aj ABGB.

Pozri tiež Rouček, F.: Občanské právo platné na Slovensku a v Pokarpatské Rusi. Všeobecná časť I. Praha – Kroměříž: Nakladatel J.Gusek v Kroměříži, 1927, s. 22 a n. Porovnaj ďalej Beňa, J.-Gábriš, T.: Dejiny práva na území Slovenska I. (do roku 1918). Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave. Právnická fakulta. Vydavateľské oddelenie, 2008, s.

¹¹ Porovnaj SATURNÍK, T.: Příspěvky k šíření byzantského práva u Slovanů. Praha, Nákladem České akademie věd a umění, 1922, s. 129.

podobne SATURNÍK, T.: Poznámky k dějinám práva soukromého u Slovanů v dobách starších. Praha, Nákladem vlastním, 1935, s. 16 a nasl.

¹² Porovnaj LUBY, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku. Bratislava, Nákladom Knižnice Právnickej Jednoty v Bratislave, 1946, s. 69 a nasl.

¹³ CHALOPECKÝ, V.: Kniha Žilinská, Bratislava, Nákladom Učenej spoločnosti Šafárikovej, 1934.

nie Zbierky obyčajového práva, v skratke označované ako **OPUS TRIPARTITUM z roku 1514**.¹⁴

V dejinách európskeho práva (čiastočne aj kontinentálneho, ale predovšetkým práva anglosaského) sa vedľa písaného práva uplatňuje viac alebo menej právo obyčajové, pričom všeobecnú právnu silu nadobúdajú tiež súdne rozhodnutia, ktoré v určitom zmysle slova dotvárajú písané právo (právo zákonné). Na báze záväzných súdnych precedentov sa vytvára tzv. právo sudcovské (**judge – made law, case law**).¹⁵

Vo všeobecnosti možno povedať, že obyčajové právo v dejinách práva preniká do písaného práva štátov, pričom najmä v oblasti súkromného práva naďalej vyplňa jeho medzery. Tvorba zákonov (kódexov) je ovplyvňovaná vedeckými doktrínami (nielen právnymi, ale aj filozofickými), v dôsledku ktorých sú postupne eliminované vulgarizmy a barbarizmy obyčajového práva. V tejto súvislosti chcem poukázať na mimoriadny vplyv a význam uhorského Tripartita na kultiváciu právneho myslenia a súdnej praxe v Uhorsku.¹⁶

III. Záverečné poznámky

Vráťme sa k otázke rekodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike. Aj napriek novým podnetom a návrhom, napr. Rekodifikačnej konferencie v Trenčianskych Tepliciach dodnes nie sú sformulované teoretické východiská rekodifikácie. V súčasnom období už ide o reformu súkromného práva. Rekodifikáciu, či novú kodifikáciu nemožno riešiť ukvapene. Nie je to len problém vzťahu dvoch kódexov, t.j. Občianskeho zákonníka a Obchodného zákonníka, aj keď je tento vzťah ako historicky (aspoň v podmienkach stredoeurópskych kodifikácií) podmienený a neustále reprodukováný, dnes sa ocitá v novej konfrontácii, konkrétne pokiaľ ide o dotyk tohto vzťahu s právom Európskej únie a vytváranie európskeho súkromného práva. Niekedy mi to pripadá, ako by sme mali začať celkom odznova. Naproti tomu bránim sa myšlienke negácie tých vedeckých, legislatívnych a interpretačných úvah a myšlienok, ktoré u nás, t.j. v slovenskej a českej civilistike a komercialistike boli od roku 1990, možno aj o niečo skôr, prezentované. Pravda dnes už nie je všetko použiteľné.

¹⁴ LUBY, Š.: c.d. v pozn. č. 12, s. 89 nasl.

¹⁵ Vo vývoji anglického práva už v stredoveku možno zaznamenať proces vytvárania všeobecného práva (Common Law a equity). Porovnaj KNAPP, V.: Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy). 1. vydání. Praha, C. H. BECK, 1996, s. 165 a nasl. ISBN 80-7179-089-3.

¹⁶ Porovnaj BEŇA, J. – GÁBRIŠ, T.: Dejiny práva na území Slovenska I. (do roku 1918). Bratislava, Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave, 2008, s. 45 a nasl. ISBN 978-80-7160-257-6.

Pozri tiež ROUČEK, F.: Občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Kroměříž, Nakladatel J. Gusek, 1927, s. 19 a nasl.

Permanentný proces rekodifikácie súkromného práva prechádza do stavu akejsi novej kodifikácie (a to nie len občianskeho práva). Dodnes nie je vyriešená s tým spojená otázka, t.j. dekodifikácia (uvolnenie spojiva platnej kodifikácie, či skôr platných kodifikácií) práva (časti práva, odvetvia), čo napokon (dôsledne vzaté) veci posúva do stavu pred kodifikáciou, pričom vonkoncom nemám na zreteli vecné (meritórne) obsahové normatívne riešenie určitého, právom regulovaného vzťahu. Vychádzam z toho, že každý kódex (ako komplexný zákon) treba považovať za vonkajší rámec vecne (obsahovo) súvisiacich právnych noriem, teda v určitom slova zmysle kódex je legislatívnou konštrukciou, síce historicky podmienenou, no predsa je to len akýsi model, ktorý v sebe (v dôsledku svojej vnútornej súdržnosti) integruje dynamickú materiu právo – normatívnych vzťahov. Napokon každá kodifikácia (týka sa to rovnako historicky prvých, ale aj ďalších) je v určitom slova zmysle produktom racionalizácie legislatívneho procesu.

Ak skúmame doterajší priebeh kodifikačných procesov v oblasti súkromného práva v Slovenskej republike, prinajmenej od roku 1991. zistíme, že kodifikačné kroky, keďže zapadajú do širších legislatívnych projektov (programov) vlády toho – ktorého obdobia, nesú v sebe viac alebo menej prvky (stopy) politických postupov a riešení, najmä pokiaľ ide o formulácie účelu príslušného zákona (kódexu)

Keďže zákony (kódexy) prijíma na princípe politického pluralizmu zvolený parlament, a to formou demokratického prerokovania, schvaľovania a publikovania, je otázne, do akej miery v legislatívnych programoch vlády majú byť vyjadrené politické predstavy vlády, ktoré by pre legislatívny proces boli priamo záväzné, a to aj pokiaľ ide o také otázky, či požadované (zadané) právo – normatívne riešenie sa má realizovať formou jedného alebo viacerých zákonov, prípadne kódexov.

Problém kodifikácie (rekodifikácie) súkromného práva naráža na širšie aspekty teórie kodifikácie¹⁷, príp. teórie legislatívy. Ide vlastne o rešpektovanie metodológie kodifikácie.

Za prvoradú úlohu považujem určenie šírky a hĺbky pripravovanej rekodifikácie. Kto je však kompetentný vymedziť také určenie? Tu nemožno stanoviť nejaký osobitný orgán, ktorý by legislatívne riešil základné parametre kodifikácie.

Prenikanie európskeho práva do nášho právneho priestoru od 1. mája 2004 vytvára u nás v zásade novú situáciu a nastoľuje špecifický problém vzťahu vnútroštátneho obchodného práva a európskeho práva (napr. v oblasti práva obchodných spoločností etc.) So zreteľom na to proces rekodifikácie súkromného, vrátane obchodného práva sa u nás obohacuje o novú dimenziu, dalo by sa povedať európsku, dokonca celosvetovú (napr. zásady UNIDROIT). Vyplýva

¹⁷ Porovnaj MALÝ, V. K. – CARONI, P.: Kodifikace a rekodifikace soukromého práva v dnešním právním vývoji (sborník), KAROLINIUM, Praha, 1998, s. 31 a nasl.

aj z toho, že sa už zrodili prvé projekty a princípy možných európskych kodifikácií, príp. globálnych unifikácií súkromného, predovšetkým zmluvného práva (viď komisia prof. O. Lando, príp. akademické aktivity, ktoré iniciovali G. Gandolfi, CH. von Bar etc.) Rekodifikačný proces, ktorý síce v SR už dávnejšie odštartoval, avšak sa momentálne ocitol v stave, jemne povedané „prešľapovania“, môže byť úspešne obnovený len, ak dôjde k jeho novej dynamizácii a otvorenosti so zreteľom na najnovšie impulzy a trendy, predovšetkým európskej civilistiky a komercialistiky.

Nároky zmluvných strán po odstúpení od zmluvy v obchodnom práve

prof. JUDr. Mária Patakyová, PhD.

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

Úvod

Príspevok analyzuje nároky zmluvných strán po odstúpení od zmluvy, ktorá sa spravuje režimom Obchodného zákonníka. Odstúpenie od zmluvy ako jeden zo spôsobov zániku nesplneného záväzku je v Obchodnom zákonníku dispozitívne upravené komplexne a autonómne od úpravy v Občianskom zákonníku. Napriek tomu, že účinky odstúpenia od zmluvy sú ustanovené odchyľne od Občianskeho zákonníka, záväzky *ex lege*, ktoré vznikajú stranám sa svojim obsahom zhodujú s úpravou v Občianskom zákonníku. Interpretácia ustanovení Obchodného zákonníka *de lege lata* sa v príspevku rozširuje o návrhy *de lege ferenda* v kontexte s europeizáciou úpravy záväzkového práva (PECL a DCFR) a ich vplyvu na slovenské právo.

I. Je zánik zmluvy v dôsledku odstúpenia od zmluvy subsumovateľný pod niektorú zo skutkových podstát plnenia bez právneho dôvodu?

Odstúpenie od zmluvy je inštitútom záväzkového práva, ktoré je v obchodnom práve principiálne spojené s porušením povinnosti dlžníka splniť svoj záväzok riadne a včas¹, s výnimkami v zákone uvedenými². Ako spôsob zániku nesplneného záväzku sa odlišuje³ od zániku zmluvy výpoveďou, práve tým diferenciačným znakom, ktorým je sankcia za porušenie záväzku.⁴

Obchodný zákonník ustanovuje, v zhode so Zákonníkom medzinárodného obchodu⁵, PECL⁶ i DFCR⁷ zánik zmluvy s účinkami *ex nunc*. Uvedený dôsledok

¹ Porovnaj ustanovenie § 918 Všeobecného (čs.) občianskeho zákonníka, k sankčnej povahe tohto inštitútu porovnaj Pelikánová, I.: Obchodní právo 4: obligační právo - komparatívni rozbor. Praha, ASPI 2009, s. 343

² Vid' dispozitívne ustanovenie § 356, § 547, § 552 OBZ, resp. odstúpenie pre následnú nemožnosť plnenia

³ Odlišenie v praxi nie je dôsledné, a to aj v dôsledku nejednotnej legislatívnej úpravy, porovnaj Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákonníku. 3. díl, Linde Praha, 1998, s. 319 an.

⁴ Časové hľadisko tiež napomáha odlíšiť od seba odstúpenie od zmluvy a výpoveď zo zmluvy, aj keď napr. pri mandátnej zmluve takého odlišenie nie je relevantné

⁵ ZMO ako zákon č. 101/1963 Zb. zrušený Obchodným zákonníkom:

§ 243 (1) *Vyhlásením o odstúpení od zmluvy, pokiaľ bolo urobené v zhode s týmto zákonom, zanikajú všetky práva a povinnosti strán zo zmluvy.*

je určujúci pre subsumpciu následne vznikajúcich záväzkov pod záväzky z bezdôvodného obohatenia.

Právna úprava všeobecnej skutkovej podstaty bezdôvodného obohatenia, ako aj jednotlivé osobitné skutkové podstaty tohto osobitného záväzkového vzťahu sú upravené v Občianskom zákonníku⁸. Zodpovedá to systematickému usporiadaniu a štruktúre právnych noriem všeobecného práva súkromného, ktoré má mať svoje premietnutie v základnom kódexe. Generálna klauzula bezdôvodného obohatenia vyjadrená v ustanovení § 451 ods. 1 Občianskeho zákonníka ustanovuje zákaz získať majetkový prospech bez právom uznaného dôvodu a zároveň príkaz vrátiť takto získaný prospech. Osobitné klauzuly bezdôvodného obohatenia generujú najtypickejšie prípady vzniku majetkového prospechu bez aprobovaného právneho dôvodu.⁹

Plnenie bez právneho dôvodu (*condictio indebiti*) vzniká v situáciách, kedy právny dôvod plnenia vôbec neexistoval, neexistoval ani na začiatku, pri vzniku plnenia (napr. poskytnutie plnenia – zálohy - v procese kontraktácie, ale pred dohodou o celom obsahu zmluvy, pričom dohoda o obsahu zmluvy nakoniec nebola dosiahnutá a zmluva nebola uzavretá).

Plnenie z neplatného právneho úkonu (*condictio ob iniustam causam*) vzniká v prípade, kedy sa plnenie založilo na formálne existujúcom právnom základe, ktorý mal nedostatky spôsobujúce jeho neplatnosť *ex tunc*, a to bez ohľadu na absolútnu alebo relatívnu neplatnosť právneho úkonu.

Plnenie z právneho dôvodu, ktorý odpadol (*condictio causa data causa non secuta*) predstavujú viaceré situácie, napr. plnenie sa poskytne už v čase preklúzie práva oprávneného subjektu, resp. plnenie sa poskytne v čase, kedy záväzok zanikol v dôsledku neplnenia fixnej zmluvy alebo v dôsledku uplatnenia rozvázovacej podmienky, resp. v režime Občianskeho zákonníka pri odstúpení od zmluvy a zrušenia zmluvy v dôsledku zaplatenia odstúpeného podľa Obchodného zákonníka.

Osobitnými prípadmi bezdôvodného obohatenia je aj majetkový prospech získaný z nepoctivých zdrojov (*condictio ob turpem causam*). Bezodvodne sa obohacuje aj ten, za koho sa plnilo, čo podľa práva mal plniť sám (§454 OZ).

(2) Odstúpenie od zmluvy sa nedotýka nároku na náhradu škody, ani dohody strán o spôsobe riešenia sporov zo zmluvy.

§ 244 (1) Ak zo zmluvy, ktorá zanikla odstúpením, plnila len jedna strana, je oprávnená svoje plnenie požadovať späť.

(2) Ak plnili obidve strany, je každá z nich oprávnená požadovať vrátenie toho, čo sama plnila, len ak súčasne vráti to, čo sa jej plnilo.

⁶ PECL I., II.: Článok 9:305

⁷ DFCR III.-3:509 (1)

⁸ Pri delení skutkových podstatí bezdôvodného obohatenia na všeobecnú skutkovú podstatu a osobitné skutkové podstaty vychádzame z členenia prof. J. Švestku uvedeného v diele Občianské právo hmotné. II. Díl, Codex Praha, 1995, s. 402 an.

⁹ Ustanovenie § 451 ods. 2 OZ

Názory v odbornej právnickej spisbe nie sú jednotné v otázke, či nároky vznikajúce pri odstúpení od zmluvy sú nárokmi z titulu bezdôvodného obohatenia, ako z plnenia, ktorého právny dôvod odpadol.¹⁰

Sme toho názoru, že Obchodný zákonník kreuje osobitné práva a povinnosti pre prípad zániku zmluvy odstúpením. Ohľadne čiastkových záväzkov zmluvných strán, ich práv a povinností, ktoré vznikli na základe platnej zmluvy platí, že tie z nich, ktoré nezanikli pred odstúpením od zmluvy napr. splnením, zanikajú spolu so samotnou zmluvou. Záväzky, ktoré zanikli splnením pred zánikom zmluvy odstúpením od zmluvy – napr. povinnosť zaplatiť prvú splátku kúpnej ceny – sa odstúpením od zmluvy neobnovujú, nestávajú sa plnením z právneho dôvodu, ktorý odpadol (ako je tomu v prípade účinkov *ex tunc* podľa OZ)¹¹. Uvedený názor je prezentovaný aj v rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, č.k. 1M Obdo V 2/2007.¹²

II. Rozsah nárokov vo vzťahu k civilným plodom poskytnutého plnenia

Vyššie uvedený záver je určujúci pre skúmanie rozsahu vzniknutých nárokov pri odstúpení od zmluvy. Pre nároky z bezdôvodného obohatenia platí, že ohľadne rozsahu plnenia je povinný subjekt zaviazaný vydať všetko, čo na úkor druhého oprávneného subjektu bezdôvodne získal, vrátane súčastí i príslušenstva vecí¹³. Rozhodujúce je to, o čo sa povinný subjekt obohatil v dobe získania bezdôvodného obohatenia. Dobrá viera obohateného je pri vydaní bezdôvodného obohatenia bez právneho významu, čím dochádza k obnoveniu porušenej hospodárskej rovnováhy. Nie je tomu tak pri vydávaní užitočných plnení, ktoré tvoria bezdôvodné obohatenie. V tomto prípade je dobrá viera toho, kto bezdôvodné obohatenie získal, rozhodujúca. Za dobrú vieru sa považuje taký subjektívny stav obohateného subjektu, ktorý vzhľadom ku všetkým okolnostiam a povahe konkrétneho prípadu, t.j. objektívne zhodnotené, mohol opodstatnene usudzovať, že plnenie, ktorú tvorí bezdôvodné obo-

¹⁰ K tomuto záveru sa prikláňa kolektív autorov v diele *Obchodní právo*, Praha: ASPI 2005, s. 667, Pelikánová, I.: *Komentář k obchodnímu zákoníku*. 3. díl, Linde Praha, 1998, s. 343, opačne v diele *Ovečková, O.: Základy obchodného práva 2*, Bratislava: Iura edition, 2010, s. 135, *Ovečková, O.: Zmluvná pokuta*. Bratislava: Iura Edition, 2011, s. 272,

¹¹ Švestka, J. In: *Občanské právo hmotné*. Svazek II. Druhé aktualizované a doplnené vydání. Codex Bohemia, Praha, 1998, s. 447

¹² V odôvodnení rozsudku na s. 9 sa uvádza: „Na rozdiel od právnej úpravy dôsledkov odstúpenia od zmluvy podľa Občianskeho zákonníka, kde účinným odstúpením sa zrušuje zmluva od začiatku (§48 ods. 2) sa odstúpením od zmluvy v obchodných vzťahoch zmluva podľa § 351 ods. 1 Obch. zák. zrušuje a účinky odstúpenia nastávajú až momentom odstúpenia (*ex nunc*). Plnenie poskytnuté pred zrušením zmluvy nie je plnením z neplatnej zmluvy, preto usporiadanie vzájomných nárokov nemožno použiť právnou úpravou bezdôvodného obohatenia podľa § 451 a nasl. Obč. zák.

¹³ Ustanovenia § 457, § 458 OZ

hatenie, mu prináleží. Ohľadne úžitkov „dobromyseľný obohatený“ zostáva ich vlastníkom, a to na základe originálneho nadobudnutia *ex lege*,¹⁴ napriek zrušeniu zmluvy s účinkami *ex tunc*.

Obchodný zákonník dispozitívne ustanovuje, a to v záujme zachovania zásady súkromného práva – obnovenia hospodárskej ekvivalencie, že prijaté plnenie sa vráti.¹⁵ Táto dispozitívna úprava sa odlišuje od ustanovení Zákonníka medzinárodného obchodu, ktorý explicitne ustanovoval vrátenie plnenia len v prípade jednostranného plnenia počas platnosti zmluvy.

Vo vzťahu k „civilným plodom“ plnenia, ktoré má byť vrátené nie je v odbornej literatúre výslovná zmienka¹⁶. Ak v Občianskom zákonníku je ustanovený účinok *ex tunc* pri odstúpení od zmluvy a pri civilných plodoch sa hľadá na dobromyseľnosť povinného, potom v obchodnom práve vzniká otázka interpretácie ustanovenia § 351 ods. 2. Ustanovuje právna norma povinnosť vrátiť plnenie aj s „komerčnými“ úrokmi alebo je dané ustanovenie *lex specialis* pre porušenie povinnosti vrátiť prijaté plnenia?

Zastávame záver, vychádzajúci zo systematiky právnej úpravy, že úrok, ktorý ustanovuje §351 ods. 2 OBZ je úrokom z omeškania, ktorý je osobitne ustanovený pre záväzok vzniknutý *ex lege*, teda pre záväzok vrátiť prijaté (peňažné) plnenie. Právna úprava úrokov z omeškania ustanovená v § 369 OBZ je relevantná pre porušenie zmluvných povinností, a preto nie je aplikovateľná pre prípad omeškania s plnením záväzku, ktorý vznikol *ex lege*. Na podporu uvedeného záveru je možné použiť aj argument *a simili* z právnej úpravy náhrady škody.¹⁷

Zo zvoleného spôsobu právnej úpravy dôsledkov odstúpenia od zmluvy *de lege lata* vykonanej v Obchodnom zákonníku podľa nášho názoru vzniká strane, ktorá prijala peňažné plnenie, povinnosť vrátiť toto prijaté peňažné plnenie vo výške, v akej jej bolo toto peňažné plnenie poskytnuté. Na úroky povahy sankčnej, ktoré sa platia popri vlastnom peňažnom plnení stanoveným percentom z tej čiastky, s ktorou je dlžník v omeškaní, vzniká nárok v deň

¹⁴ Podrobne Švestka, J.: In: Občianské právo hmotné. Svazek II. Druhé aktualizované a doplnené vydání. Codex Bohemia, Praha, 1998, s. 444

¹⁵ Uvedená úprava vedie k odlíšeniú dôvodov zániku zmluvy medzi odstúpením od zmluvy (ako sankčného zodpovednostného dôsledku nesplnenia záväzku riadne a včas) a výpoveďou zo zmluvy.

¹⁶ Výnimku predstavuje dielo kolektívu autorov Obchodní právo, Praha: ASPI 2005, s. 668 „Ide-li o peněžité plnění, je povinnost je vrátit je s úroky. Nejde o úroky z prodlení, ale o úroky komerčního charakteru.“ Opačne Milan Ďurica : In: Patakyová, M. a kol.: Obchodný zákonník. Komentár. 3. vydanie, C. H. Beck Praha, 2010, výklad k § 351

¹⁷ Diel X., oddiel 3 „Porušenie zmluvných povinností“ obsahuje úpravu náhrady škody (§§373 - 386). Zákonodarca pre porušenie povinností ustanovených Obchodným zákonníkom v osobitnom ustanovení § 757 prikázal aplikáciu § 373 a nasl. aj pre porušenie povinností ustanovených Obchodným zákonníkom:

nasledujúcom po dni doručenia oznámenia o odstúpení od zmluvy. Výška týchto úrokov môže byť dohodnutá zmluvnými stranami pre prípad odstúpenia do zmluvy, ak nie je dohodnutá, výška týchto úrokov sa určuje podľa § 502 OBZ.

Právna úprava úrokov v § 351 ods. 2 Obchodného zákonníka teda neustanovuje vznik práva na úroky s povahou civilných plodov peňazí (*fructus civiles*), ktoré majú prirastať k istine v určitej pomernej výške od poskytnutia peňažného plnenia.¹⁸

Ex lege kreovaný záväzok vrátiť prijaté plnenie, vzniká ku dňu doručenia oznámenia o odstúpení od zmluvy (§ 351 ods.2 v spojení s § 349 ods.1). Je na zvážení oprávneného, či tento nárok voči povinnému uplatní v premlčacej dobe štyri roky (§ 391 OBZ). Uplatnením nároku na vrátenie plnenia vzniká aj nárok na plnenie sankčných úrokov z omeškania, a to vo výške úrokov dohodnutých v zmluve pre prípad odstúpenia od zmluvy, resp. vo výške úrokov požadovaných bankami za poskytované úvery (odkaz na §502), ak sa uvedená povinnosť nespĺní zo strany povinného riadne a včas.

K objasneniu odkazu na ustanovenie § 502 OBZ ohľadne výšky úrokov je

potrebné poznamenať, že právna úprava účinná do 31. 1. 2004 odkazovala aj pri porušení zmluvných povinností (§ 369 ods. 1) na úpravu úrokov v § 502. V súvislosti s harmonizáciou slovenskej právnej úpravy so smernicou EP a Rady 2000/35/EHS o boji proti oneskorených platbám v obchodných transakciách sa úprava úrokov z omeškania so splnením zmluvných povinností

¹⁸ **Rozsudok Najvyššieho súdu SR č. k. 3 Obo 172/2007 (ASPI CT447)**, ktorý Rozsudok súdu prvého stupňa v znení opravného uznesenia zo dňa 28. mája 2007 v napadnutej časti potvrdzuje. Z odôvodnenia rozsudku:

Na základe vykonaného dokazovania súd dospel k záveru, že žaloba v časti úrokov vo výške 15% je dôvodná za obdobie od 9. októbra 1998 do 24. októbra 2005.

V danom prípade bol žalovaný povinný po odstúpení od zmluvy o odplatnom prevoze akcií vrátiť žalobcovi sumu 2 500 000 Sk ako plnenie poskytnuté žalobcom. Na splnenie tejto povinnosti bol žalovaný zaviazaný právoplatným rozsudkom, zostala však nedoriešená otázka úrokov v zmysle § 351 ods. 1 Obchodného zákonníka. Úroky pre prípad vrátenia plnenia po odstúpení od zmluvy medzi žalobcom a žalovaným dohodnuté neboli, preto bolo na výšku úrokov potrebné aplikovať ustanovenia § 502 ods. 1 Obchodného zákonníka.

Súd na základe uvedeného ustanovenia zaviazal žalovaného na zaplatenie úrokov vo výške 15% z istiny 2 500 000 Sk odo dňa nasledujúceho po odstúpení od zmluvy až do 24. októbra 2005, kedy došlo zo strany žalovaného k zaplateniu sumy 2 500 000 Sk v prospech žalobcu.

Pokiaľ ide o začiatok doby, za ktorú vznikol žalobcovi nárok, súd dospel k záveru, že tento nemohol nastať, skôr ako po dni odstúpenia od zmluvy. V danom prípade bolo žalovanému doručené odstúpenie od zmluvy dňa 8. októbra 1998. Žalobcovi nebolo možné priznať požadované úroky za obdobie, kedy zmluva trvala.

zmenila. Úprava úrokov pri omeškaní s plnením zákonnej povinnosti vrátiť plnenie podľa § 351 ods. 2 ostala nezmenená a naďalej odkazuje na ustanovenie § 502. Aplikácia ustanovení § 502 je v kontexte § 351 ods. 2 relevantná len ohľadne výšky úrokov z omeškania.

Z uvedených argumentov vyplýva, že právnym následkom odstúpenia od zmluvy *de lege lata* v Obchodnom zákonníku je vznik práva na úroky povahy sankčnej, ktoré sa platia popri vlastnom plnení stanoveným percentom z tej čiastky, s ktorou je dlžník v omeškaní a nie vznik práva na úroky s povahou civilných plodov peňazí (*fructus civiles*), ktoré majú prirastať k istine v určitej pomernej výške od ich poskytnutia.

Otázku obnovenia hospodárskej rovnováhy riešia aj Princípy európskeho zmluvného práva, resp. Návrh spoločného referenčného rámca¹⁹, ktorý je v problematike reštitúcie plnení prijatých na základe zmluvy zrušenej odstúpením explicitnejší. V tretej kapitole tretej knihy v časti 3:510 (5) sa ustanovuje, že povinnosť vrátiť prijaté plnenie sa vzťahuje na všetky naturálne alebo právne plody získané z plnenia. Na uvedené súvislosti by sa malo prihliadať v procese rekodifikácie občianskeho zákonníka ako procesu vedúceho k zjednocovaniu slovenského záväzkového práva v podmienkach kreujúceho sa európskeho súkromného práva.²⁰

¹⁹ K tejto problematike pozri aj Uhliarová, M.: Odstúpenie od zmluvy vo svetle relevantných ustanovení národného a európskeho práva. In: Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica VI/2009, s. 311 an., Pelikánová, I.: dielo cit. v pozn. 1, s. 345 an.

²⁰ Tento príspevok vznikol s podporou grantu APVV-0540-07

Zmluvná pokuta *de lege lata* a *de lege ferenda*

prof. JUDr. Oľga Ovečková, DrSc.

Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied

I.

Zmluvná pokuta (*poena conventionalis*) je zmluvnou sankciou, ktorá má zabezpečiť plnenie zmluvných povinností. V praxi je najviac využívaná a dnes sa bez dohody o zmluvnej pokute nezaobíde takmer ani jedna zmluva. Navyše ide o tradičný prostriedok ochrany záväzkov, ktorý má korene v rímskom práve. Pretrvala cez stredovek (*Opus Tripartitum iuris*), upravovali ju kodifikácie v 18. storočí (Všeobecný občiansky zákonník z roku 1811, Všeobecný obchodný zákonník 1863, Uhorský obchodný zákonník z roku 1875). Novodobé kodifikácie z obdobia socializmu zmluvnú pokutu spočiatku ešte upravovali (Občiansky zákonník z roku 1950, Zákonník medzinárodného obchodu z roku 1963). Hospodársky zákonník z roku 1964 už pojem „zmluvná pokuta“ nepoznal. Upravoval majetkové sankcie zmluvné, zákonné, ako aj zmiešané. Tieto boli širším pojmom ako zmluvná pokuta, ale možno povedať, že určitým spôsobom zahŕňali aj zmluvnú pokutu v podobe zmluvných majetkových sankcií. Napokon Občiansky zákonník z roku 1964 zmluvnú pokutu v žiadnej podobe neobsahoval. Tak sa stalo, že zmluvná pokuta od roku 1964 na niekoľko desiatok rokov vymizla z nášho právneho poriadku a zostala zachovaná len v zákonníku práce.

Do nášho právneho poriadku bola zmluvná pokuta v plnom rozsahu včlenená až novelou Občianskeho zákonníka z roku 1991. Na túto úpravu nadviazala úprava v Obchodnom zákonníku z roku 1991.

Vzhľadom na mimoriadnu frekvenciu využívania tohto právneho inštitútu je potrebné mu venovať náležitú pozornosť aj z hľadiska *de lege ferenda*. Na niektoré poznatky a súvislosti v nasledujúcom upozorníme.

II.

V súvislosti s úvahami *de lege ferenda* je potrebné sa sústrediť na niekoľko otázok, ku ktorým sa postupne vyjadríme.

1. Pre dohodu o zmluvnej pokute predpisuje zákon písomnú formu (§ 544 ods. 2 OZ). Písomnú formu zmluvnej pokuty zaviedol do nášho právneho poriadku Občiansky zákonník z roku 1950. Písomná forma zmluvnej pokuty je obligatórna, a to bez ohľadu na to, akú formu má zmluva, ktorej súčasťou je zabezpečená povinnosť. Je nepochybné, že dodržanie zákonom predpísanej

formy dohody o zmluvnej pokute je dôležité. Zmluvnú pokutu nemožno platne dojednať inak ako písomne. Na základe ústne dojednanej zmluvnej pokuty sa na súde nemožno účinne domáhať jej zaplatenia, lebo takáto dohoda platne nevznikla. Písomná forma je teda podmienkou platnosti dohody o zmluvnej pokute a jej nedodržanie spôsobuje neplatnosť tohto úkonu (§ 40 ods. 1 OZ).

Zákon spravidla požaduje písomnú formu zmluvy vtedy, keď to vyžaduje verejný záujem z hľadiska možnej kontroly niektorých vzťahov, prípadne to vyžaduje ochrana záujmov tretích osôb. V prípade zmluvnej pokuty ide o súkromnoprávnu úpravu, ktorá rešpektuje princíp zmluvnej slobody, a preto vychádza zo zásady neformálnosti zmlúv. Domnievame sa, že problematiku formy dohody o zmluvnej pokute nemožno spájať ani s verejným záujmom a ani ochranou záujmu tretích osôb. Bolo by možné hovoriť o právnej istote zmluvných strán.

Právnu istotu, prípadne predchádzanie dôkaznej núdzy možno spájať s písomnou formou zmluvnej pokuty. Ide však výlučne o vzťah, ktorý má nielen súkromnoprávny, ale aj zmluvný charakter, čo znamená, že sa týka výlučne len zmluvných strán. Je preto možné ponechať zabezpečenie právnej istoty, prípadne dôkaznej núdzy výlučne na vôľu zmluvných strán. To znamená, je ich vecou, či si chcú zmluvnú pokutu dojednať v písomnej forme, alebo nie. To isté sa týka zmeny dohody o zmluvnej pokute. Aj tu treba preferovať, či zmluvné strany chcú formalizovať prejav vôle vedúci k zmene dohody o zmluvnej pokute.

Napokon za súčasne platnej právnej úpravy, kedy je uzákonená obligatornosť písomnej formy dohody o zmluvnej pokute, a platí relatívne zložitá a nejednotne chápaná právna úprava zmeny písomne uzavretej dohody (§ 272 ods. 2 OBZ), sa nezriedka stáva, že absentuje písomná forma či už samotnej dohody, alebo zmeny tejto dohody tam, kde sa takáto zmena vyžaduje v písomnej forme, čo spôsobuje neplatnosť dohody alebo jej zmeny.

Preto sa domnievame, že ***de lege ferenda* nie je potrebné viazať dohodu o zmluvnej pokute na obligatornú požiadavku písomnej formy**. Zmluvné strany sami posúdia, či v danom prípade je písomná forma potrebná a ak áno, dohodnú si ju ako podmienku platnosti takejto dohody pre konkrétny prípad.

2. Predmet zmluvnej pokuty, t. j. či zmluvnú pokutu možno dohodnúť aj vo forme iného plnenia ako v peniazoch, nie je v platnej právnej úprave jednoznačne riešené. V minulosti zákonníky túto otázku výslovne upravovali, aj keď obsahovo rôzne. Občiansky zákonník z roku 1950 výslovne ustanovil, že na zmluvnú pokutu sa možno zaviazat' len v peniazoch (§ 284 ods. 2), tým zúžil zmluvnú pokutu oproti dovtedy platnej právnej úprave len na peňažné plnenie. Zákonník medzinárodného obchodu z roku 1963 ustanovil, že zmluvná pokuta môže byť dohodnutá aj v inom plnení ako v peniazoch (§ 191 ods. 3).

Právna úprava v Občianskom zákonníku, ako aj v Obchodnom zákonníku dojednanie zmluvnej pokuty v inej ako peňažnej forme výslovne nerieši.

Z použitej terminológie v Občianskom zákonníku – *zaplatiť* (§ 544 ods. 1), *po jej zaplatení* (§545 ods. 1), ako aj v Obchodnom zákonníku – *platiť* (§ 300), *na zaplatenie* (§ 302), možno na prvý pohľad usudzovať, že oba zákonníky upravujú len peňažnú formu zmluvnej pokuty. I napriek uvedenému sa v súčasnosti dosť všeobecne uznáva, že niet dôvodu, aby strany nemohli platne dohodnúť zmluvnú pokutu aj v inej ako peňažnej forme (naturálne plnenie). Vyplýva to z poznatku, že právna úprava zmluvnej pokuty neobsahuje výslovný zákaz dohodnúť zmluvnú pokutu v iných hodnotách ako v peniazoch.¹ Napokon, ako logicky dôvodí K. Eliáš, „ak je dohoda o zmluvnej pokute vecou zmluvnej autonómie strán, ťažko možno nájsť dôvody, prečo by musel byť predmet konvenčnej pokuty reprezentovaný len peňažnou sumou“.²

Pokiaľ ide o formu zmluvnej pokuty, možno dospieť k spohľadlivému záveru, že hoci platná právna úprava, vzhľadom na použitú dikciu, akoby predpokladala, že zmluvná pokuta bude mať peňažnú formu, a v praxi takúto formu zmluvná pokuta aj spravidla má, nemožno vylúčiť, aby predmet zmluvnej pokuty bol dohodnutý aj v inej ako v peňažnej forme. Išlo by zväčša o plnenie v naturálnej forme (napr. poskytnutie nejakej veci, resp. tovaru).

Z uvedeného vyplýva, že predmet zmluvnej pokuty môže mať tak formu peňažného plnenia, ako aj formu nepeňažného plnenia. Niet žiadneho akceptovateľného dôvodu vyvodzovať z platnej právnej úpravy zmluvnej pokuty výlučnosť jej peňažnej formy. Závisí teda od konkrétneho prípadu a vôle zmluvných strán, či je vhodné zmluvnú pokutu v danom prípade dojednať v peňažnej alebo nepeňažnej forme.

Otázku formy zmluvnej pokuty bude však vhodné *de lege ferenda* upraviť, a to s výslovným pripustením tak peňažnej, ako aj nepeňažnej formy.

Aj návrh Občianskeho zákonníka v Českej republike pochybnosť ohľadne predmetu zmluvnej pokuty odstránil tým, že výslovne ustanovuje, že „zmluvná pokuta môže byť dojednaná aj v inom ako v peňažnom plnení (§ 1892).

3. Vzťah zmluvnej pokuty k zabezpečenej povinnosti sa sústreďuje na otázku, či tento vzťah je kumulatívny alebo alternatívny.

Súčasná právna úprava vychádza pri úprave vzťahu zmluvnej pokuty a zabezpečenej povinnosti z nasledujúceho. Povinnosť splniť povinnosť, splnenie ktorej je zabezpečené zmluvnou pokutou, trvá aj po zaplatení zmluvnej pokuty. V prípade porušenia zabezpečenej povinnosti je teda veriteľ oprávnený požadovať popri sebe tak zaplatenie zmluvnej pokuty, ako aj splnenie zabezpečenej povinnosti, to znamená, že v prípade, ak zmluvná pokuta zabezpe-

¹ KOPÁČ, L. Obchodní kontrakty. I. díl. Praha: Prospertrum, 1993, s. 187; BEJČEK, J, ELIÁŠ, K., RABAN, P. a kol. Kurz obchodního práva. Obchodní závazky. 4. vyd. 2007, s. 153 a nasl.; KOVAŘÍK, Z. Smluvní pokuta. In Právní rozhledy, 1999, č. 9, s. 459.; PA-TĚK, D. Smluvní pokuta v obchodních vztazích. Praha: C. H. Beck 2006, s. 33 a nasl.

² ELIÁŠ, K. Smluvní pokuta z pohledu teorie, právní úpravy a judikatury. In Podnikatel a právo, 2000, č. 2, s. 7.

čovala povinnosť poskytnúť zmluvné plnenie včas, veriteľ v prípade jej porušenia môže požadovať zaplatenie zmluvnej pokuty, ale nezaniká ani jeho právo požadovať dohodnuté plnenie. Ide tu o **kumulatívny vzťah zmluvnej pokuty k zabezpečenej povinnosti**.

Ustanovenie § 545 ods. 1 Občianskeho zákonníka, ktoré zaväzuje dlžníka plniť povinnosť, ktorej splnenie bolo zabezpečené zmluvnou pokutou aj po jej zaplatení, má dispozitívnu povahu, t. j. pripúšťa odlišnú dohodu strán. Strany sa teda môžu dohodnúť, že zaplatením zmluvnej pokuty zaniká záväzok dlžníka splniť povinnosť, ktorej splnenie bolo zabezpečené zmluvnou pokutou. Tu ide o **alternatívnu formu vzťahu zmluvnej pokuty a zabezpečenej povinnosti**. V tejto súvislosti sa niekedy hovorí o nepravnej zmluvnej pokute. V prípade takéhoto dojednanja sa zmluvná pokuta svojimi účinkami približuje inštitútu odstupného.

Spravidla sa v právnych úpravách stretávame so zásadou kumulácie v prípadoch, ak zmluvná pokuta má zabezpečiť včasnosť plnenia a miesto plnenia, a so zásadou alternatívnu v prípadoch úplného nesplnenia záväzku, prípadne plnenia vadného.

Tak Občiansky zákonník z roku 1950 rozlišoval dojednanie zmluvnej pokuty „pre prípad nesplnenia zmluvy“, kedy mal veriteľ právo voľby, teda mohol požadovať buď splnenie zmluvných povinností, alebo zmluvnú pokutu. Právo voľby mal veriteľ. V prípade dojednanja zmluvnej pokuty „pre prípad nedodržania času alebo miesta splnenia“ bolo možné zmluvnú pokutu požadovať kumulatívne, t. j. popri dodržaní ostatných zmluvných povinností „okrem ak veriteľ prijme splnenie bez výhrad“ (§ 284). Občiansky zákonník zachoval koncepciu Rakúskeho všeobecného občianskeho zákonníka, ktorý tiež rozlišoval, keď zmluvná pokuta bola dohodnutá pre prípad, že dlžník nesplní zabezpečenú povinnosť vôbec a keď zmluvná pokuta bola dohodnutá pre prípad vadného alebo oneskoreného plnenia alebo, že bude plnené na inom mieste.

Zákonník medzinárodného obchodu z roku 1963 v tomto smere právnu úpravu celkom zjednodušil a zakotvil vzťah zmluvnej pokuty a zabezpečenej povinnosti ako kumulatívny s tým, že vôbec neumožnil ani vo vybraných prípadoch právo voľby (§ 192).

V tejto súvislosti vzniká *de lege ferenda* otázka, či je potrebné diferencovať medzi prípadmi, keď sa plnenie už poskytlo alebo sa ešte vôbec neplnilo. S tým je spojená aj otázka, či zachovať všeobecnú kumuláciu práva na zmluvnú pokutu a práva na splnenie zabezpečenej povinnosti v súčasnej právnej úprave (§ 545 ods. 1 OZ). Táto úprava je zmiernená tým, že ide o ustanovenie dispozitívne, ktoré umožňuje zmluvným stranám podľa potreby kombinovať tak zásadu kumulatívnu, ako aj alternatívnu. Zdá sa, že uvedená úprava v praxi nespôsobuje väčšie problémy. Zrejme preto aj český návrh Občianskeho zákonníka túto úpravu zachoval.

Napriek tomu možno však odporučiť *de lege ferenda* pracovať aj s možnosťou diferencovať medzi prípadom nesplnenia záväzku vôbec a jeho nesplnením náležitým spôsobom (napr. nemecký Občiansky zákonník, švajčiarsky obligčný kódex).

4. Pokiaľ ide o vzťah zmluvnej pokuty k iným právnym inštitútom z hľadiska *de lege ferenda*, je potrebné upozorniť na vzťah k náhrade škody a k inštitútu odstupného (§ 355 OBZ).

a) **Vzťah zmluvnej pokuty a náhrady škody** je spravidla v právnych úpravách chápaný v tom zmysle, že zmluvná pokuta má funkciu paušalizovanej náhrady škody.

Tak je to aj v našej právnej úprave, ktorá má napospol dispozitívny charakter (§ 544 ods. 1 OZ). Základným východiskom oboch inštitútov, ktorý vyplýva z dispozitívnej právnej úpravy, je, že povinnosť zaplatiť zmluvnú pokutu vzniká aj vtedy, keď oprávnenému účastníkovi porušením povinnosti zabezpečenej zmluvnou pokutou nevznikne škoda. Tu sa akcentuje zabezpečovacia funkcia zmluvnej pokuty.

Druhé významné východisko vzťahu zmluvnej pokuty a náhrady škody, z ktorého dispozitívna právna úprava vychádza, je vyjadrené v § 545 ods. 2 Občianskeho zákonníka a má dva aspekty. Prvý aspekt spočíva v tom, že veriteľ nie je oprávnený požadovať náhradu škody spôsobenej porušením povinnosti, na ktorú sa vzťahuje zmluvná pokuta, ak z dojednania účastníkov o zmluvnej pokute nevyplýva niečo iné. Tu sa akcentuje zmluvná pokuta ako spôsob paušalizácie (vopred odhadnutej a dohodnutej) náhrady škody. Zákon teda dispozitívne preferuje zmluvnú pokutu ako paušalizovanú náhradu škody. Druhý aspekt je vyjadrený v zákone tým, že veriteľ je oprávnený domáhať sa náhrady škody presahujúcej zmluvnú pokutu len vtedy, keď je to medzi účastníkmi dohodnuté. Dispozitívna právna úprava tu vyjadruje zákonnú limitáciu náhrady škody, lebo ak si strany nedohodnú niečo iné, zákonná úprava automaticky limituje rozsah náhrady škody, ktorá vznikne v dôsledku porušenia povinnosti zabezpečenej zmluvnou pokutou, a to výškou dohodnutej zmluvnej pokuty.³

Podstata právnej úpravy vzťahu zmluvnej pokuty a náhrady škody je, podľa nášho názoru, vyhovujúca a vzhľadom na dispozitívny charakter dostatočne flexibilná. Strany si môžu dohodnúť podľa potreby pestrú paletu vzťahu zmluvnej pokuty a náhrady škody tak, ako im to vyhovuje v jednotlivých konkrétnych prípadoch.

b) **Vzťah zmluvnej pokuty a inštitútu odstupného** si vyžaduje *de lege ferenda* určitú korekciu.

³ Bližšie o vzťahu zmluvnej pokuty a náhrady škody OVEČKOVÁ, O. Zmluvná pokuta. Druhé vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2011.

Odstupné je samostatný právny inštitút, pri ktorom ide o zmluvnú formu zániku záväzku. Spočíva v tom, že jedna zmluvná strana sa zaväzuje zaplatiť druhej zmluvnej strane určitú sumu s úmyslom zrušiť zmluvu (§ 355 OBZ). K zrušeniu zmluvy zaplatením odstupného dochádza v dôsledku výkonu práva, t. j. tým, že oprávnená strana využije svoje právo vyplývajúce zo zmluvy zrušiť zmluvu zaplatením odstupného. Význam dohody o zaplatení odstupného spočíva predovšetkým v tom, že zmluvná strana môže kedykoľvek na základe svojho rozhodnutia zaplatením odstupného dosiahnuť zrušenie zmluvy.

Vo vzťahu zmluvnej pokuty a odstupného nastáva problém, ak ešte pred zrušením zmluvy zaplatením odstupného dôjde k porušeniu zmluvnej povinnosti zabezpečenej zmluvnou pokutou a k vzniku nároku na zaplatenie zmluvnej pokuty. Vzniká otázka, či nárok na zaplatenie zmluvnej pokuty, ktorý vznikol pred zrušením zmluvy, zaplatením odstupného zaniká so zánikom zmluvy, alebo zostáva zachovaný aj po zániku hlavného záväzku. Riešenie tejto otázky nie je jednoduché, a preto aj názory na jej riešenie nie sú jednotné. Nejednotnosť názorov vychádza jednak z toho, že zákon túto otázku výslovne neupravuje (§ 302 OBZ hovorí o odstúpení od zmluvy), jednak z toho, že v prípade odstúpenia od zmluvy zmluva zaniká s účinnosťou *ex nunc*, zatiaľ čo pri zaplatení odstupného sa zmluva zrušuje *ex tunc*.

Treba pripomenúť, že pri odstúpení od zmluvy Obchodný zákonník vylučuje spätnú účinnosť odstúpenia, to znamená, že do odstúpenia od zmluvy bola zmluva platná a účinná. Z takéhoto riešenia potom logicky vyplýva aj to, že práva, ktoré vznikli pred odstúpením od zmluvy, zostávajú zachované. Pri odstupnom je situácia iná práve preto, lebo zaplatenie odstupného má účinky *ex tunc*, zmluva sa ruší od počiatku a na zmluvu sa hľadí, akoby nebola uzavretá. Logika, ktorú možno použiť pri odstúpení od zmluvy, tu nemá opodstatnenie.

Obchodný zákonník výslovnou úpravou (§ 355 ods. 1 posledná veta) umožňuje zachovať určité povinnosti tým, že upravuje primeranú platnosť § 351 ods. 1 Obchodného zákonníka, týkajúceho sa odstúpenia od zmluvy. V zmysle tejto úpravy odstúpenie od zmluvy sa však nedotýka nároku na náhradu škody vzniknutej porušením zmluvy, ani zmluvných ustanovení týkajúcich sa voľby práva alebo voľby tohto zákona podľa § 262, riešenia sporov medzi zmluvnými stranami a iných ustanovení, ktoré podľa prejavenej vôle strán alebo vzhľadom na svoju povahu majú trvať aj po uzavretí zmluvy.

Z primeranej platnosti ustanovenia § 351 ods. 1 Obchodného zákonníka však nevyplýva odpoveď na otázku, aký osud po zaplatení odstupného a po následnom zániku zmluvy *ex tunc* postihne nárok na zmluvnú pokutu. Vzniká otázka, či v tomto prípade na základe *analogie legis* možno aplikovať ustanovenie § 302 Obchodného zákonníka, podľa ktorého v prípade odstúpenia od zmluvy nárok na zaplatenie zmluvnej pokuty zostáva zachovaný. Základným problémom pri tejto úvahe je rozdiel v účinnosti oboch inštitútov.

Z tohto hľadiska je situácia obdobná ako pri odstúpení od zmluvy v zmysle § 48 Občianskeho zákonníka. Aj tu zaniká zmluva so spätnou účinnosťou a hľadá sa na ňu, akoby nebola uzavretá. Takisto je to aj pri zrušení zmluvy zaplatením odstupného. V minulosti sa aj v tejto súvislosti presadzoval názor, že ak zmluva v dôsledku odstupného zaniká *ex tunc*, tak zaniká aj dohoda o zmluvnej pokute a aj na túto dohodu sa hľadá, akoby nikdy nevznikla. Tak ako v občianskom práve aj tu sa názory postupne vyvíjali. Vzhľadom na to, že v občianskom práve pri odstúpení od zmluvy s účinnosťou *ex tunc* sa tak v náuče, ako aj v judikatúre⁴ presadil názor, že ak nárok na zmluvnú pokutu vznikol pred odstúpením od zmluvy, nárok na zmluvnú pokutu nezaniká, a preto niet dôvodu, aby sme nárok na zaplatenie zmluvnej pokuty pri zániku zmluvy *ex tunc* pri zaplatení odstupného posudzovali odlišne.

Aj tu však platí, že ak je zrušenie zmluvy konštruované na zásade, že v dôsledku zaplatenia odstupného sa zmluva od začiatku zrušuje, treba *de lege ferenda* výslovne upraviť, že zrušenie zmluvy zaplatením odstupného sa netýka nároku na zmluvnú pokutu.

5. Moderačné právo súdu (*ius moderandi*) pôvodne upravoval len Obchodný zákonník (§ 301), a to v tom zmysle, že ak je zmluvná pokuta neprimerane vysoká, môže ju súd znížiť s prihliadnutím na hodnotu a význam zabezpečenej povinnosti, a to až do výšky škody, ktorá vznikla do doby súdneho rozhodnutia. Na náhradu škody, ktorá vznikla neskôr, je poškodený oprávnený do výšky zmluvnej pokuty (pred moderáciou) podľa § 373 a nasl.

Absencia moderačného práva v Občianskom zákonníku predstavovala neracionálne riešenie spočívajúce v tom, že sa poskytovala väčšia ochrana účastníkov obchodnoprávných vzťahov ako účastníkom občianskoprávných vzťahov. Tento stav bol trvalo kritizovaný. Požadovalo sa, aby moderačné právo bolo prípustné predovšetkým v občianskoprávných záväzkových vzťahoch, čím by sa ich subjektom, ako laickému prvku, poskytla adekvátna ochrana. Týmto požiadavkám sa vyhovel až novelou Občianskeho zákonníka (zákon č. 568/2007 Z. z.). S účinnosťou od 1. januára 2008 bola právna úprava zmluvnej pokuty v Občianskom zákonníku doplnená o moderačné právo súdu (§ 545a OZ).⁵

De lege ferenda však treba uvážiť nevyhnutnosť moderačného práva v obchodných vzťahoch, a to vzhľadom na široké uplatnenie zásady zmluvnej voľnosti, ale najmä na predpokladaný odborný, profesionálny prístup

⁴ „Platným odstúpením od zmluvy zanikajú aj všetky vedľajšie záväzky vrátane záväzku na zmluvnú pokutu, ktoré boli od existencie hlavného záväzku závislé.

Ak však nárok na zmluvnú pokutu vznikol ešte pred odstúpením od zmluvy z dôvodu jej staršieho porušenia, nárok na zmluvnú pokutu nezaniká, ale je obmedzený len do doby platného odstúpenia od zmluvy.“ (Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 1. marca 2004, sp. zn. M Cdo 264/2002. In Zo súdnej praxe, č. 2/2004).

⁵ Do českého Občianskeho zákonníka úprava moderačného práva dosiaľ nebola doplnená.

subjektov obchodných vzťahov k tvorbe záväzkových vzťahov v tejto oblasti a z toho vyplývajúcu možnosť aj profesionálneho posúdenia rizika vyplývajúceho zo vzťahov, do ktorých podnikatelia vstupujú. Napokon, v minulosti moderačné právo súdu zakotvoval len Všeobecný občiansky zákonník z roku 1811, ale Obchodný zákonník z roku 1863 moderačné právo súdu neupravoval a všeobecne sa pokladalo moderačné právo súdu v obchodných vzťahoch za neprípustné.

V súčasnosti je uplatnenie moderačného práva súdu v právnych úpravách jednotlivých krajín rôzne. Napríklad rakúska a nemecká právna úprava síce pozná moderačné právo súdu, ale nepripúšťa možnosť moderácie v obchodných vzťahoch.

Pokiaľ ide o obsah moderačného práva súdu, je možné uvažovať o výslovnej úprave v tom zmysle, že ak bola zmluvná pokuta už zaplatená, zníženie zmluvnej pokuty už nie je možné.

6. Systematické začlenenie zmluvnej pokuty býva v právnych úpravách rôzne. Spája sa tak s výškou náhrady škody, ako aj s problematikou nesplnenia záväzku ako platby dohodnutej pre prípad nesplnenia. U nás sa právna úprava zmluvnej pokuty od prijatia Občianskeho zákonníka z roku 1950 začleňuje do časti upravujúcej zabezpečenie záväzkov, čím sa chcel zvýrazniť zabezpečovací charakter zmluvnej pokuty, i keď spätosť s náhradou škody, a teda aj funkcia paušalizovanej náhrady škody zostala zachovaná. Tento zabezpečovací charakter sa v súčasnej právnej úprave zvýrazňuje aj výslovnou úpravou povinnosti platiť zmluvnú pokutu, aj keď žiadna škoda nevznikla (§ 544 ods. 1 OZ).

Zabezpečovací charakter zmluvnej pokuty všeobecne vyplýva z toho, že toho, kto sa zaviazal splniť zabezpečenú povinnosť, núti, aby sa správal tak, aby sa na splnenie tejto povinnosti nielen pripravil, ale aby ju aj v súlade s právom splnil. Zabezpečenie však pôsobí aj v prípade porušenia zabezpečenej povinnosti, čo možno vidieť v tom, že zmluvná pokuta potom vystupuje buď ako sankcia za porušenie zabezpečenej povinnosti, alebo reparuje vzniknutú škodu, prípadne môže v sebe kumulovať obe funkcie.

K zabezpečovaciemu charakteru zmluvnej pokuty sa pristupuje rôzne. Niekedy sa tento zabezpečovací charakter preceňuje a zabezpečenie záväzku zmluvnou pokutou sa považuje za „silnejšie“ ako pri iných spôsoboch zabezpečenia.⁶ Stretávame sa však aj s názorom, ktorý relativizuje poňatie zmluvnej pokuty ako zabezpečovacieho inštitútu.⁷ Pritom sa dôvodí, že „dojednanie o konvenčnej pokute síce zmierňuje veriteľovo riziko pre prípad dlžníkovej neochoty plniť, pretože hrozba dodatočného sankčného plnenia dlžníka donucuje k tomu, aby splnil to, na čo sa zmluvne zaviazal, avšak nijako neodstraňuje

⁶ PIKNA, P. Smluvní pokuta. In Daňová a hospodárska kartotéka, č. 21/1994, s. 174.

⁷ ELIÁŠ, K. Smluvní pokuta s pohľadu teorie, právní úpravy a judikatury. In Podnikatel a právo, č. 2/2000, s. 3.

je riziko prípadnej dlžníkovej neschopnosti plniť.“⁸ Na tomto základe sa potom vyvodzuje záver, že dohoda o zmluvnej pokute dlžníkov záväzok nezabezpečuje, ale iba upevňuje.⁹

V návrhu českého Občianskeho zákonníka nie je zmluvná pokuta začlenená medzi inštitúty zabezpečujúce splnenie dlhu, ale spolu s uznaním dlhu je upravená pod marginálnou rubrikou „Utvrdenie dlhu“. Uvedeným dvom inštitútom sa nepriznáva zabezpečovací charakter, ale len charakter upevňujúci, resp. posilňujúci pozíciu veriteľ'a. V navrhovanom znení § 1813 ods. 1 sa uvádza: „Dlh možno zabezpečiť, ak sa tretia osoba zaviazá veriteľ'ovi za dlžníkovo plnenie, alebo ak dá niekto veriteľ'ovi majetkovú istotu, že dlžník svoj dlh splní. Dlh možno utvrdiť dojednaním zmluvnej pokuty alebo uznaním dlhu.“. V dôvodovej správe sa ako prostriedky zabezpečenia uvádzajú ručenie, záložné právo, banková záruka, dohoda o zrážkach zo mzdy a zabezpečovací prevod práva. Dôvodová správa zmluvnú pokutu a uznanie dlhu označuje ako prostriedky utvrdenia záväzku s odôvodnením, že tieto inštitúty hospodársky nezabezpečujú pohľadávku veriteľ'a, hoci mu poskytujú iné výhody.¹⁰

Návrh českého Občianskeho zákonníka sa tým terminologicky vracia k všeobecnému Občianskemu zákonníku roku 1811. Uvedené riešenie sa nestretlo so všeobecným pochopením. Ako uvádza I. Pelikánová „nenachádzame žiadne čisté rozlíšenie medzi utvrdením a zabezpečením, aké prináša návrh novej kodifikácie. Nezdá sa byť odôvodnené zavádzať podobný rozdiel, význam ktorého je nanajvýš akademický a ktorý prinesie problémy pri prekladoch do cudzích jazykov, a teda sťaží komunikáciu v našom geografickom prostredí.“¹¹

V každom prípade zmluvná pokuta poskytuje oprávnenému určitý spôsob zabezpečenia, a tým aj určitú istotu, že to, na čo sa povinný zaviazal, bude splnené. Na strane povinného to reprezentuje tlak na povinného, aby svoj záväzok splnil, a to pod hrozbou sankcie. Z tohto možno hovoriť o zabezpečovacom význame zmluvnej pokuty, ktorý sa potom premieta aj do jednotlivých funkcií, ktoré zmluvná pokuta plní, a to bez toho, aby sme zabezpečovací význam zmluvnej pokuty preceňovali alebo bagatelizovali. Preto ani nevidíme žiadny relevantný dôvod vyčleňovania zmluvnej pokuty zo systému zabezpečovacích prostriedkov.

⁸ Tamže.

⁹ Tamže.

¹⁰ ELIÁŠ, K., HAVEL, B. Osnova občianskeho zákonníka. Osnova zákona o obchodných korporáciách. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.

¹¹ PELIKÁNOVÁ, I.: Obchodné právo. Obligační právo – kóparatívni rozbor. 4. díl. Praha ASPI 2009, s. 259.

Smlouva o dílo (podle obchodního zákoníku)¹

prof. JUDr. Karel Marek, CSc.

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Úvod

Smlouva o dílo je upravena v obchodním zákoníku v § 536 až 565.² **Radíme ji mezi "obchody relativní"**, tzn., že při jejím obecném užití půjde o závazkový vztah mezi podnikateli a že při jeho vzniku je zřejmé s přihlédnutím ke všem okolnostem, že se týká jejich podnikatelské činnosti. Tak, jak to stanoví § 261 odst. 1 obchodního zákoníku.

Obecně se bude využívat této smlouvy i v závazkových vztazích podle ustanovení § 261 odst. 2 o tom, že se III. částí obchodního zákoníku řídí rovněž závazkové vztahy mezi státem nebo samosprávnou územní jednotkou a podnikateli při jejich podnikatelské činnosti, jestliže se týkají zabezpečování veřejných potřeb (např. při výstavbě a rekonstrukci stavebních objektů). K tomuto účelu se za stát považují i státní organizace, jež nejsou podnikateli při uzavírání smluv, z jejichž obsahu vyplývá, že jejich obsahem je uspokojování veřejných potřeb.

Je zde přitom možná dohoda stran, že jejich závazkový vztah, který by se bez jejich dohody obchodním zákoníkem neřídil, se tímto zákonem řídit bude. Takovou dohodu umožňuje ustanovení § 262 obchodního zákoníku. Tato dohoda nemusela být po účinnosti tzv. harmonizační novely (provedené zákonem č. 370/2000 Sb.) obchodního zákoníku písemná. To jsme nepovažovali za správné³ a vítáme, že se účinností tzv. technické (korekční) novely požadavek písemnosti do zákona vrátí.

¹ Vycházíme ze Marek, K.: Smluvní obchodní právo, Kontrakty, MU, Brno 2008 a navazujeme též na Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P. a kol.: Kurz obchodního práva, Obchodní závazky, 5. vydání, C. H. Beck 2010; Husár, J.: Obchodné závazky a obchody, sborník č. 32, Vzájemné ovlivňování komunit. úpravy a čes. a slov. obchod. práva, UK Praha 2007; Suchoža, J., Husár, J. a kol.: Obchodné právo, IURA EDITION, Bratislava 2010; Suchoža, J., Husár, J.: Obchodný zákoník, Komentár, Eurounion Bratislava 2007. Uvedenou vybranou judikaturu uvádíme podle Štenglová, I.: Přehled judikatury ve věcech obchodních závazkových vztahů, ASPI Publishing Praha, 2003, podle Štenglová, I.; Plíva, S., Tomsa, M.: Obchodní zákoník, komentář, C. H. Beck, 13. vydání 2010 a podle Marek, K.: Smlouva o dílo in Obchodní zákoník, komentář, Wolters Kluwer, 2009.

² Z právní historie smlouvy o dílo viz mj. Effenberger, K.: O právu obligačním, Právní rádce 4/1999, s. 40.

³ K otázce ustanovení § 262 obchodního zákoníku viz mj. též Eliáš, K.: Sporné otázky novely českého obchodního zákoníku (Pár příkladů z mnoha možných), Sborník XI. Karlovarských právnických dnů, Linde 2001, s. 70.

Pokud se týká formy smlouvy, smlouva o dílo **nemá předepsanou písemnou formu**. Jde však o smluvní typ, u něhož lze písemnou formu začasté doporučit, zejména ve výstavbě. Vzhledem ke znění § 272 obchodního zákoníku doporučujeme sjednat, že i změny smlouvy budou prováděny písemně. Jinak by zřejmě bylo možné měnit písemnou smlouvu i jinak než písemně, což doporučujeme de lege ferenda zvážit.

Zákonná úprava má kromě kogentního základního ustanovení, tj. kromě § 536 u vlastního textu smlouvy o dílo zásadně dispozitivní charakter. (Strany se přitom nemohou podle § 263 odst. 2 odchýlit od ustanovení, která předepisují písemnou formu právního úkonu.) Jde tedy o určitou předlohu chování smluvních stran, která je pro strany závazná, jen pokud si ve smlouvě nedohodnou jinak. Vlastní úprava v obchodním zákoníku je přitom rámcová a lze doporučit **větší bohatost obsahu konkrétní smlouvy**.

To zákonodárce zřejmě předpokládal, současně však účastníkům smlouvy v ustanoveních § 536 až 565 obchodního zákoníku pomáhá odkazy k použití úpravy věnované kupní smlouvě. Nelze přitom přehlédnout, že tyto odvolávky jsou i na kogentní ustanovení obchodněprávní úpravy kupní smlouvy. Odkazy na kupní smlouvu vytvářejí jistou "unifikaci" mezi smlouvou kupní a smlouvou o dílo.

I. Základní ustanovení a používané pojmy

Základní ustanovení (§ 536 obchodního zákoníku) **určuje, že se smlouvou o dílo zavazuje zhotovitel k provedení určitého díla a objednatel se zavazuje k zaplacení ceny za jeho provedení.** Tyto závazky - kromě určení smluvních stran - tvoří podstatné části smlouvy (ve smyslu § 269 odst. 1 obchodního zákoníku) spolu s vymezením předmětu díla a cenou.

Na platnost smlouvy o dílo nemá vliv, že byla uzavřena v době, kdy již byly některé práce provedeny (viz Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.3.2001, sp. zn. 29 Cdo 2173/99).

Cena totiž musí být ve smlouvě dohodnuta nebo v ní musí být alespoň stanoven způsob jejího určení, ledaže z jednání o uzavření smlouvy vyplývá vůle stran uzavřít smlouvu i bez tohoto určení.⁴

Předmětem plnění podle smlouvy je:

- **zhotovení určité věci** (pokud nespadá pod kupní smlouvu) - např. obrobění plochy na tělese odlitku ventilu předaném objednatelem a kompletace ostatních komponentů ventilu,

⁴ Tzv. harmonizační novelou zde došlo k úpravě textu zákona; ke shodné změně došlo i u kupní smlouvy.

- **montáž určité věci** - např. montáž (montáží rozumíme podle obchodních zvyklostí uložení, uchycení a sestavení včetně seřízení a propojení i zkoušek kvality montáže) ocelových nosníků střešní konstrukce,
- **údržba určité věci** - např. údržba topných těles,
- **dohodnutá oprava určité věci** - např. oprava osobního automobilu nebo zvedacího zařízení,
- **dohodnutá úprava určité věci** - např. úprava filtrů na olej pro filtraci nafty,
- **výsledek jiné činnosti, který je hmotně zachycen** - např. projekt pro výstavbu "šitý na míru" (nikoliv např. typové projektové podklady - výkresová dokumentace), individuálně zhotovené programové vybavení informačního systému na příslušném nosiči apod.,
- **Dílem se rozumí vždy zhotovení, montáž, úprava, oprava, údržba stavby nebo její části.**

Stavbou ve smyslu obchodního zákoníku přitom můžeme rozumět úpravy pozemků, budovy, inženýrské sítě, stavební objekty, technologická zařízení spojená svými základy se zemí apod.

Na dodávky pro výstavbu, vzhledem k jejich složitosti, bude do značné míry orientováno naše pojednání.

Pro zásadní třídění mezi smlouvou kupní a smlouvou o dílo je kritériem, zda jde o zhotovení věci nebo o činnost.

Půjde-li o činnost (ovšem jen o činnost, kterou uvádí § 536, nikoli jakoukoli činnost), použijeme smlouvy o dílo.

Bude-li se jednat o zhotovení věci, rozlišujeme zásadně, kdo přitom opatřil podstatnou část věci (případně vstupů ke zhotovení věci). Pokud podstatnou část opatřil objednatel, jedná se o smlouvu o dílo (vzhledem k tomu, že příslušné ustanovení, které se této otázce věnuje, tj. § 410 obchodního zákoníku, je dispozitivní a tato situace není v kogentním § 536 obchodního zákoníku zmíněna, je možno se v této otázce dohodnout jinak). Je-li podstatná část věci opatřena prodávajícím, jde o smlouvu kupní.

Smlouva o dílo **má velice široký okruh použití**.⁵ Bude použita v případech, které byly podle dřívější právní úpravy obsažené v hospodářském zákoníku řešeny širším okruhem smluv (i když naopak některá plnění, která by dříve probíhala podle těchto smluv, mohou dnes probíhat podle jiných smluvních typů obchodního zákoníku než podle smlouvy o dílo; například dodávka stroje, který je výsledkem nového vývoje, by se dříve prováděla podle právní úpravy vědeckotechnických prací, dnes může být též koncipována podle kupní

⁵ K otázkám smlouvy o dílo, jejímu pojetí v jiných zemích Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M.: Obchodní zákoník, komentář, 13. vydání, C. H. Beck 2010.

smlouvy), konkrétně smlouvou na dodávku stavební části a stavebních prací, na dodávku souboru strojů a zařízení, na dodávku smontovaných strojů, zařízení nebo konstrukcí, na dodávku montáže, pro rekonstrukce nebo modernizace, dodávku stavby, o vědeckotechnických pracích, o provedení oprav, o průzkumných a projektových pracích, o tzv. jiných pracích a výkonech (u činnostech musí však jít podle obchodního zákoníku o činnosti, jejichž výsledek je hmotně zachycený; dílem je totiž tento výsledek).

Obchodní zákoník v úvodních ustanoveních (§ 1 odst. 1 obchodního zákoníku) určuje, že upravuje postavení podnikatelů, obchodní závazkové vztahy, jakož i některé vztahy s podnikáním související. Tyto právní vztahy (viz § 1 odst. 2 obchodního zákoníku) se řídí ustanoveními obchodního zákoníku.

Nelze-li některé otázky řešit podle těchto ustanovení, řeší se podle předpisů práva občanského. Nelze-li je řešit ani podle těchto předpisů, posoudí se podle obchodních zvyklostí, a není-li jich, podle zásad, na kterých spočívá obchodní zákoník. Dané případy lze tedy posoudit i podle obchodních zvyklostí.⁶

Smluvním stranám nic nebrání, aby si pojmy, které nejsou stanoveny obchodním zákoníkem, definovaly (pro účely smlouvy) ve smlouvě. To považujeme za velmi vhodné. Stanovení obsahu pojmu přitom může být pochopitelně různé. Z vymezení obsahu pojmu pak může vyplývat i povinnost smluvní strany (např. zhotovitele, provádí-li definovaný zkušební provoz). Ze smluvní praxe (i mezinárodní) se pak ukazuje, že by normování pojmů měla být věnována značná část smlouvy.

Pokud ovšem obsah použitých pojmů nebude stanoven smlouvou, pak tam, kde se tento pojem vytvořil a kde jde o obchodní zvyklost, bude použita obchodní zvyklost. Obchodní zvyklosti se přitom vytvářejí a vytvářejí postupně.

Obsah některých pojmů se vytvořil ještě před jeho pozdějším uvedením v příslušném právním předpisu (např. obsah pojmu finální dodávka se ustálil ještě před vydáním pozdějších vyhlášek č. 147/1959 Sb., č. 44/1977 Sb. a č. 13/1985 Sb.). Obsah jiných pojmů byl nejprve konstituován právním předpisem (např. finální poddodávka) a i po zrušení příslušného předpisu se dále používá jako obchodní zvyklost (příčemž se vyskytují i případy, kdy se definice obsahu těchto pojmů stává opět součástí právního předpisu (např. u pojmů rekonstrukce a modernizace) a další stále vznikají bez přímého vztahu k právním předpisům.

Níže uvádíme jen některé (základní) obchodní zvyklosti z tzv. pojmové oblasti. Uvědomění si obsahu pojmů může totiž přispět k lepšímu provádění zakázek těch, kteří nemají s procesem výstavby větší zkušenosti. Na povaze těchto obchodních zvyklostí přitom nemění nic skutečnost, že jejich původ lze začas-

⁶ Blíže viz Marek, K.: v kapitole Prameny a pravidla ve Smluvní obchodní právo, Kontrakty, 4. aktualizované a rozšířené vydání, MU Brno, 2008, 480 s., www.law.muni.cz.

té spatřovat v dřívějších (zrušených) právních předpisech. K dalšímu svému vývoji totiž tyto zvyklosti nebudou již potřebovat permanentní novely právních předpisů.

Ať již půjde o obsah pojmů při členění stavby, dokumentaci, dodavatelském systému, zkouškách apod., zdůrazněme, že je **na obchodní zvyklosti možné odkázat ve smlouvě podle § 264 odst. 2 obchodního zákoníku**; v případě absence takového odkazu bude možnost vycházet z ustanovení § 264 odst. 1 obchodního zákoníku. Přednost však dáváme jednoznačnému odkazu.⁷ Z obchodních zvyklostí pak vycházejí i některé používané obchodní podmínky, které tyto pojmy uvádějí s obdobným obsahem.

Zejména ve výstavbě je počet pojmů, jejichž obsah je dán obchodními zvyklostmi, dosti široký. Můžeme proto uvést jen některé z nich a odkázat na slovníky, kde bývají pojmy, které nejsou stanoveny právními předpisy, definovány.⁸

I. 1. Obecné pojmy a členění stavby

Stavbou se rozumí stavební dílo bez zřetele na jeho stavebně technické provedení, účel a dobu trvání. **Jedná se o souhrn stavebních prací, včetně dodávek stavebních hmot, dílců, popřípadě dodávek strojů a technologického zařízení s montáží**, prováděných zpravidla na souvislém místě a v souvislém čase (např. novostavby, nástavby, přístavby a stavební úpravy).

Kromě jednoduchých či liniových staveb, a to zvláště u staveb průmyslových, se **stavba pravidelně člení na:**

a. **stavební část stavby** (která však zahrnuje i jiné než stavební dodávky, a to ty, které do stavební části přísluší, např. světelné elektroinstalace, zdravotní techniku, rozvody ústředního vytápění apod.)

b. **a technologickou část stavby** (zahrnuje strojní dodávky, elektrotechnické dodávky, měření a regulaci, řídicí systémy apod.).

Stavební část stavby členíme na stavební objekty. Stavební objekt je definován jako prostorově ucelená část stavby, která je její základní částí.

⁷ K obchodním zvyklostem viz Suchoža, J.; Husár, J.: Obchodné zvyklosti a zásady obchodného zákonníka, Právnik č. 11/2007, s. 1189 – 1210.

⁸ Např. Vích, J.: Slovník rozhodujících pojmů obchodních závazkových vztahů, Knihovna právního poradce podnikatele, 1994, 134 s.; Vích, J.: K problematice vyšších dodávek technologických zařízení pro investiční výstavbu, ICB Brno, 1995, 84 s. Matějka, V.; Mokřý, J. a kol.: Slovník pojmů ve výstavbě, Informační centrum České komory autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, Praha, 2000, 236 s.; Husár, J. Ve Suchoža, J. a kol.: Obchodný zákonník, komentár, EUROUNION Bratislava, 2007, s. 804 a násl.; Kol.: Slovník pojmů ve výstavbě, doporučený standard, metodická řada DOS M 01.01, ČKAIT Praha, 2000.

Provozní celek (PC) je souhrn vzájemně funkčně navazujících provozních souborů, vykonávající úplný technologický proces, popř. úplný technologický proces speciální jednoho druhu, určený dokumentací stavby a uváděný do provozu zpravidla v souvislém čase. Provozní celek je v hlavních rysech charakterizován druhem procesu, pro který je pořízován.

Provozní celek se člení na provozní soubory, a to obvykle na několik provozních souborů strojního, elektrotechnického a dalšího zařízení (u technologických staveb) pro základní technologický proces (resp. technologický proces speciální) a z dalších provozních souborů pro doplňkově technologické procesy.

Za provozní celek se považují úplná technologická zařízení např. pro úpravnu nerostů, válcovnu, slévárnu, strojírenský závod, teplárnu, rafinérii, pneumatikárnu, závod pro výrobu polyamidového vlákna, textilní závod, tiskárnu, lakovnu, spalovnu odpadů, úpravnu odpadních vod, cementárnu, panelárnu, výrobu dřevotřískových desek, pivovar, cukrovar, pekárnu, dálkovou pásovou dopravu, automatizovaný sklad apod.

U složitých výrobních staveb je možno provozní celek členit na dílčí provozní celky. Provozní celek těchto staveb je charakterizován kompletností technologie od vstupu surovin, polotovarů a jiných materiálů určených ke zpracování až po výstup finálních výrobků, případně včetně balení a expedice.

Dílčí provozní celek (DPC) je souhrn vzájemně funkčně navazujících provozních souborů, vykonávající dílčí část úplného technologického procesu, popř. dílčí část úplného technologického procesu speciálního, určený dokumentací stavby a uváděný do provozu zpravidla v souvislém čase. Dílčí provozní celek je v hlavních rysech charakterizován druhem procesu, pro který je pořízován.

Dílčí provozní celek se člení na provozní soubory, a to obvykle na několik provozních souborů strojního, elektrotechnického a dalšího zařízení (u výrobních staveb) pro základní technologický proces (resp. technologický proces speciální) a z dalších provozních souborů pro doplňkově technologické procesy zajišťující jeho funkci. Má obvykle i vlastní provozní soubory silnoproudu (např. rozvodnu, napájecí rozvody atd.) a slaboproudu (telefonní ústředny, datové sítě, elektrické zabezpečovací systémy, požární signalizaci, uzavřený okruh měření a regulace atd.).

Dílčí provozní celek u výrobních staveb je charakterizován uzavřeným technologickým procesem, který je na vstupu a výstupu obvykle ukončen jeho částečným přerušením (mezisklad, silo, skládka atd.).

Při návrhu členění je třeba vycházet ze zajištění komplexnosti funkce příslušného dílčího provozního celku tak, aby bylo možno zajistit provádění samostatných komplexních vyzkoušení dílčích provozních celků a jejich postupné předávání a přípravu pro následný zkušební provoz (garanční zkoušky).

Provozní soubor (PS) je funkčně ucelená část provozního celku, dílčího provozního celku nebo technologické části stavby (soubor strojů a zařízení tvořící samostatný funkční celek), tvořená souhrnem technologických zařízení, vykonávající ucelený dílčí technologický, tj. samostatný proces, popř. technologický speciální proces, nebo úplný technologický proces doplňkový, určená dokumentací stavby a uváděná do provozu zpravidla v souvislém čase.

Provozní soubor se zpravidla člení na provozní jednotky nebo na provozní jednotky a základní jednotky anebo přímo na základní jednotky. Pokud je to účelné (např. pro dodavatelské zajištění stavby), člení se provozní soubor na dílčí provozní soubory, nebo na dílčí provozní soubory a provozní jednotky, popř. přímo na základní jednotky.

Dílčí provozní soubor (DPS) je funkčně ucelená část provozního souboru, tvořená souhrnem technologických zařízení a vykonávající samostatný dílčí technologický proces (popř. technologický proces speciální nebo doplňkový), určená dokumentací stavby a uváděná do provozu zpravidla v souvislém čase. Používá se jen výjimečně u velmi členitých a složitých zařízení, kdy mezi provozní soubor a provozní jednotku je účelné nebo potřebné vložit další mezistupeň. Člení se na provozní jednotky nebo na provozní jednotky a základní jednotky anebo přímo na základní jednotky.

Provozní jednotka (PJ) je funkčně ucelená část provozního souboru nebo dílčího provozního souboru, tvořená souhrnem technologických zařízení a vykonávající ucelenou část dílčího technologického procesu určeného dokumentací stavby.

Provozní jednotka se může členit na základní jednotky. Funkční skladba provozní jednotky se stanoví v dokumentaci stavby a její funkci lze ověřit jen současným vyzkoušením všech základních jednotek ji tvořících.

Základní jednotka (ZJ) je výrobek dodávaný jedním výrobcem, který má jako celek samostatné určení, plní určitou vymezenou a trvalou provozně-technickou funkci hlavní nebo pomocnou a tvoří konstrukčně uzavřenou jednotku, kterou nelze beze zbytku rozdělit na dvě nebo více funkčních jednotek. Základní jednotka se v dokumentaci stavby dále nečlení.

Pojem základní jednotka má v podstatě charakter kusové dodávky, jde o označení samostatného stroje nebo zařízení.

I. 2. Dodavatelský systém

Způsob realizace výstavby lze lišit podle toho, jakou měrou přispívají účastníci k realizaci stavby.

Dodatelský systém určuje, které subjekty jsou v přímém vztahu k investoři či ve vztahu k jiným subjektům a jakým způsobem dodávají.

Generální dodávka vychází z rozsahu celé stavební části stavby či technologické části stavby. U technologické části stavby vychází z úrovně provozního celku.

Finální dodávka je dodávka na úrovni provozního souboru a finální poddodávka na úrovni dílčího provozního souboru.

Pro generální dodavatele, finální dodavatele a finální poddodavatele se používá pojem vyšší dodavatelé.

Pokud se jedná o stroj (stroje), zařízení, které jsou současně dodávány, montovány a odzkoušeny, funkci (technologického či netechnologického) procesu nezajišťující, jde o **tzv. dodávku smontovaných strojů.**

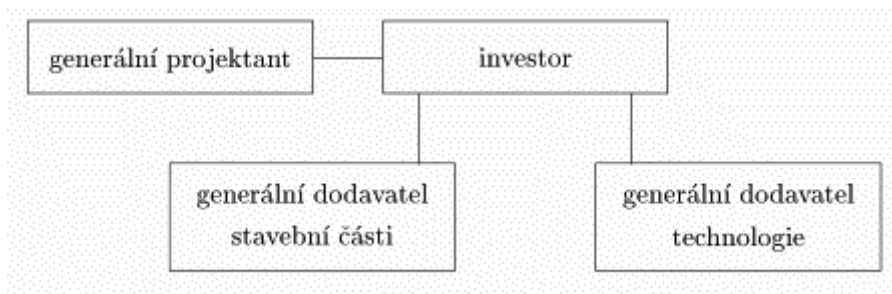
Zvláště z hlediska praxe má pochopitelně význam označení a definování provozně nevyzkoušených strojů a zařízení.

Provozně nevyzkoušené stroje a zařízení jsou specifické tím, že jsou **dodávány na stavbu, aniž bylo možno předtím plně ověřit jejich funkceschopnost v podmínkách, které odpovídají konkrétním provozním podmínkám dané stavby.**

Dodávkami na klíč se pak rozumí dodávky celé stavby (tj. stavební části a technologické části).

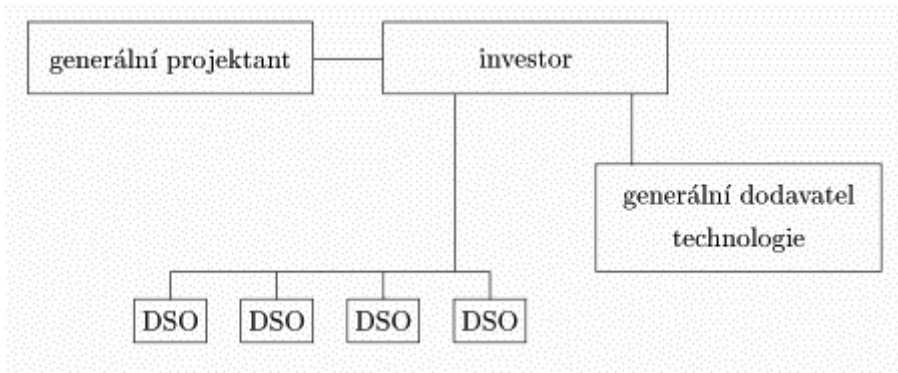
Některé příklady dodavatelských systémů

Dodávka stavby při dodavatelském systému s generálními dodavateli



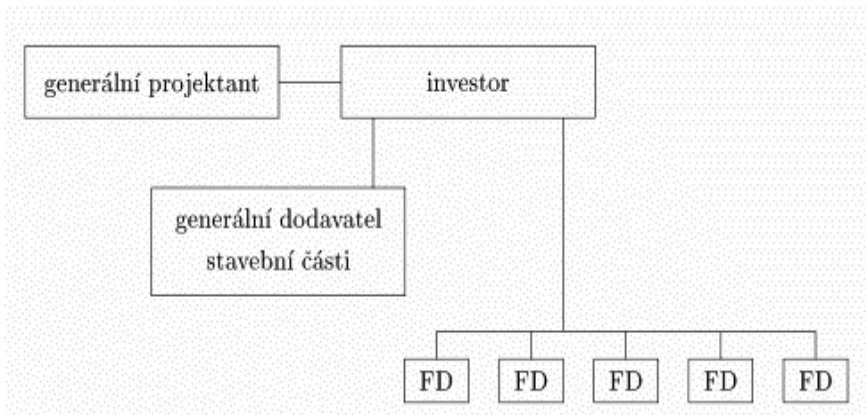
Legenda: Generální dodavatelé bývají běžně zkráceně označováni GP, GDS, GDT

Dodávka stavby dodavatelským systémem bez generálního dodavatele stavební části



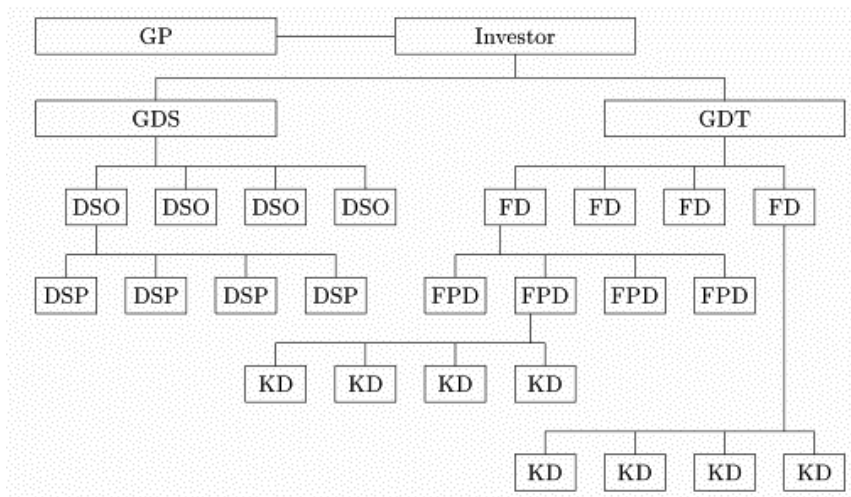
Legenda: DSO - dodavatelé stavebních objektů

Dodávka stavby systémem bez generálního dodavatele technologické části



Legenda: FD - finální dodavatelé

Dodávka stavby vč. znázornění nižších dodavatelských stupňů

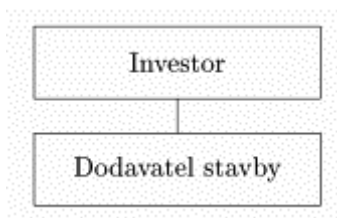


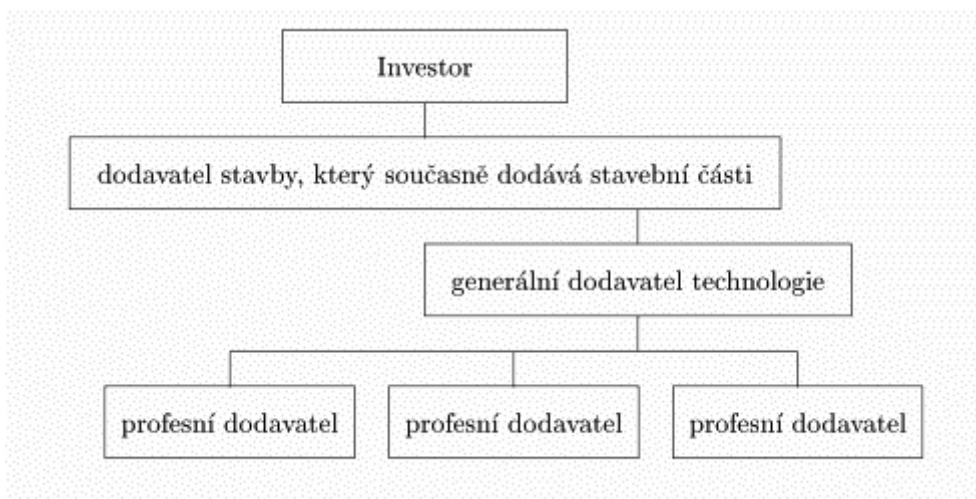
Legenda: DSP -- dodavatelé stavebních prací

FPD -- finální poddodavatelé (jde o výjimečný dodavatelský stupeň pro dílčí provozní soubor)

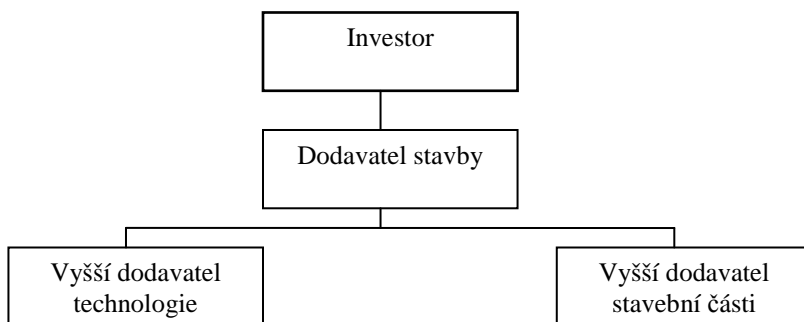
KD -- kusoví dodavatelé (dodávají jen jednotlivé stroje)

Dodávky stavby "na klíč"





Legenda: Profesní dodavatel pak dodává profesní dodávku, např. silnoproduu či měření a regulace zásadně pro všechny provozní soubory, na které se technologická část člení.



I. 3. Účastníci výstavby

Investorem je osoba, která stavbu pro sebe nebo pro jiného připravuje a zajišťuje. Jde o subjekt uzavírající pro přípravu a realizaci stavby smlouvy s dalšími účastníky výstavby.

Pokud není investor vhodně procesně vybaven (nemá vnitřní kvalifikovaný útvar či pracovníky potřebných odborností), může pro něj investorské činnosti vykonávat specializovaný (např. tzv. inženýrské nebo projektově - inženýrské organizace) subjekt např. na základě mandátní smlouvy či nepojmenované smlouvy (uzavírané podle § 269 odst. 2 obchodního zákoníku) o investorské činnosti.

Generální projektant je osoba, která plní pro stavbu projekty odpovídající zásadně rozsahu stavební i technologické části stavby (smluvně však bude předmět plnění, tak jako u plnění jiných, přesně vymezen).

Pod pojmem **dodavatelé** pak rozumíme osoby, které zabezpečují (provádějí) dodávky pro stavbu, ať již na základě smlouvy o dílo či jiných smluv.

V tomto rámci jsou i vyšší dodávky a jim odpovídající **vyšší dodavatelé, tj. generální dodavatelé** (na úrovni provozního celku a stavební části stavby), **finální dodavatelé** (na úrovni provozního souboru), **finální poddodavatelé** (na úrovni dílčího provozního souboru).

Kusové dodávky jsou dodávky zboží podle smluv kupních nebo dílčích montáží podle smlouvy o dílo, jejichž dodavatelé (prodávající, zhotovitelé) nesou označení **kusoví dodavatelé**.

I. 4. Dokumentace, projekty

Dokumentace stavby je takový souhrn dokladů, které se pro stavbu zpracovávají v souladu s funkcemi, které budou plnit.

V prvé etapě (fázi) jde o dokumentaci při přípravě investice, tj. před fází zpracování jednotlivých stupňů "projektové dokumentace" (**tzv. předinvestiční fáze**).

Jde zpravidla o zpracování **technicko - ekonomické studie** nebo **studie souboru staveb**. Studie především definuje cíle projektu (ve věcném i ekonomickém a časovém vyjádření) a prokazuje na koncepční úrovni vhodnost (ve variantách řešení zohledňujících i umístění stavby v území a krajině), že navržených a doporučených cílů investičního záměru - projektu lze dosáhnout. Slouží rozhodnutí orgánů investora, zda projekt k dosažení navržených cílů záměru - projektu bude (či nebude) realizován, a pokud ano, pak ve které z koncepčních variant navržených ve studii (z nichž jedna byla osobou zpracovatele studie doporučena).

Ve druhé etapě (fázi) se pravidelně **zpracovávají jednotlivé stupně potřebné projektové dokumentace:**

- Dokumentace přikládaná k návrhu na vydání rozhodnutí o umístění stavby (DÚR)
- Dokumentace přikládaná k žádosti o vydání stavebního povolení (DSP)
- Dokumentace pro provedení stavby (DPS); zpracovává se projektantem nebo vybraným zhotovitelem

Mimo tyto stupně projektové dokumentace bývají zpracovány:

- Realizační dokumentace stavby (RP); zpracovává se se zhotovitelem nebo projektantem, je-li to třeba
- Dokumentace (výkresy) skutečného provedení stavby; zpracovává se vždy
- Dokumentace pro výběr zhotovitele (DVZS); zpracovává se podle potřeby
- Koncepční projekt pro technologickou část stavby (KP) je zpracován jen v případě potřeby, tj. pro podrobnější vyjasnění navrhovaných technologických procesů v etapě, kdy je dopracována DSP (která podle zvyklostí a podle požadavků neobsahuje podrobnější řešení technologické části stavby), tedy před zahájením prací na DPS tak, aby toto vyjasnění bylo pro zpracovatele DPS již závazné. Tento případ je žádoucí tehdy, když projekt pro provedení stavby (DPS) zpracovává přímo vybraný zhotovitel.

Pokud pro stavbu není třeba stavební povolení, ale stačí jen její ohlášení, zpracovává se dokumentace k ohlášení stavby (DOS).

U jednodušších staveb pochopitelně nemusí být vždy zpracovány všechny druhy a stupně dokumentace a některý druh dokumentace může plnit více funkcí.

I. 5. Zkoušky

Ve smlouvě bychom neměli opomenout ani ujednání o zkouškách a splnění závazku.

Zkouškami se ověřují vlastnosti zkoušených plnění a jejich způsobilost. Existují různé druhy zkoušek, od technicky poměrně jednoduchých až po zkoušky složité.

Stanovené zkoušky jsou zkoušky zpravidla stanovené právními předpisy, technickými předpisy či technickými normami.

Individuální vyzkoušení je v praxi používaný pojem pro smluvní povinnost zhotovitele, resp. dodavatele buď dodávky smontovaného výrobku, nebo montáže, popř. montážních prací. Rozumí se jím **vyzkoušení stroje, zařízení nebo technického systému v rozsahu nutném pro prověření jeho úplnosti a jeho funkcí a současně ověření řádného provedení montáže**, popř. jen ověření řádného provedení montáže (jedná-li se jen o montáže nebo montážní práce). Pokud má být individuální vyzkoušení smluvní povinností zhotovitele, musí být jako takové ve smlouvě sjednáno.

Komplexním vyzkoušením jsou zkoušky díla, které zásadně tvoří soubor strojů a zařízení. Dodavatel - zhotovitel - jím prokazuje, že **dílo je kvalitní a že je schopno zkušebního provozu** (pokud je sjednán). Pojem komplexní vyzkoušení určuje, že se komplexně zkouší všechny části předmětu plnění. Zkouší se i funkční vazby jednotlivých provozních souborů.

Výše uvedené druhy zkoušek obecně zajišťuje zhotovitel, předání díla bývá začasťe sjednáno po komplexním vyzkoušení.

Zkušební provoz navazuje na komplexní vyzkoušení (doporučujeme přesně sjednat, kdo ho bude provádět, bez výslovného sjednání bychom při interpretaci podle ostatních ustanovení smlouvy mohli docházet k různým závěrům; obecně přitom je tendence vývoje od zajišťování zkušebního provozu objednatelem k povinnosti zhotovitele) a ověřuje, zda **zařízení bude za předpokládaných provozních podmínek schopno provozu v rozsahu stanoveném pro zkušební provoz v dokumentaci**. Pokud zajišťuje zkušební provoz objednatel, pak bývá sjednáno, že ho zhotovitel odborně a technicky řídí.

Zkušební provoz je počáteční fáze užívání (provozu) stavby. Během zkušebního provozu se obvykle realizuje náběhová křivka, tj. trajektorie (dráha), po níž se postupně naplňují cíle projektu. Lze pak navázat (i s určitým časovým odstupem) garančními zkouškami nebo jiným způsobem prokázání a zhodnocení splnění cílů projektu.

Garanční zkoušky prokazují, zda zařízení dosahuje ve smlouvě výslovně sjednaných hodnot a ukazatelů.

Zda bude provedeno individuální vyzkoušení, komplexní vyzkoušení, zkušební provoz a garanční zkoušky, popř. zda budou provedeny některé či všechny tyto zkoušky postupně, je věcí smluvního ujednání a vyplývá to z charakteru díla.

Mohou být přitom sjednány i zkoušky jednotlivých strojů a zařízení, které se provádí v závodě výrobce za účasti objednatele. Již v poptávce objednatele obvykle bývá za nutnou část nabídky prohlášen i **plán jakosti**, který musí zahrnovat i **plán kontrol a zkoušek**.

Jestliže podle smlouvy má být řádné provedení díla prokázáno provedením zkoušek, považuje se provedení díla za dokončené až poté, co byly tyto zkoušky úspěšně provedeny.

II. Význam a účel smlouvy

Při uzavírání smlouvy by podle našeho názoru měli zejména objednatelé (podobně jako u kupní smlouvy kupující) **zvážit zařazení** (a jeho zařazení doporučujeme) článku "**Význam a účel smlouvy**". Obsah tohoto článku není totiž jen proklamací, ale mohou s ním být spojeny závažné právní důsledky (uve-

dení článku "Význam a účel smlouvy" má např. vztah k právní úpravě zmaření účelu smlouvy, smluvní pokuty i náhrady škody).

Pokud by např. eventuálně došlo k nesplnění závazku zhotovit dílo, mohlo by dojít k uplatňování odpovědnosti za škodu vůči zhotoviteli. V těchto případech může dojít i k realizaci dispozitivního ustanovení § 379 obchodního zákoníku, které určuje, že nestanoví-li tento zákon jinak, nahrazuje se skutečná škoda a ušlý zisk.

Současně však ustanovení § 379 obchodního zákoníku ve druhé větě stanoví, jaká škoda se nenahrazuje. **Nenahrazuje se škoda, jež převyšuje škodu, kterou v době vzniku závazkového vztahu povinná strana jako možný důsledek porušení své povinnosti předvíдалa nebo kterou bylo možno předvídat** s přihlédnutím ke skutečnostem, jež v uvedené době povinná strana znala nebo měla znát při obvyklé péči.

Sjednání smluvního ujednání "Význam a účel smlouvy" pro jinak standardní předmět plnění (obdobný význam by měl článek "Důležitost smlouvy"), v němž objednatel - kupující charakterizuje význam plnění (např. slovy: "toto plnění je součástí velína při zhotovení elektrárny"), bude ztěžovat subdodavateli možnost uvádět při event. uplatňování náhrady škody v případě porušení povinnosti, že vzniklou škodu nemohl předvídat (subdodavatel by totiž mohl jinak tvrdit, že se jedná o běžnou dodávku zboží malé hodnoty bez přesného určení pro jakou dodávku bude realizována, a že nemohl vůbec předvídat, že nesplnění bude mít značné důsledky).

Uvedení článku nadepsaného "Význam a účel smlouvy" lze využít i při posuzování smluvní pokuty podle kogentního ustanovení § 301 obchodního zákoníku.

Podle ustanovení § 301⁹ obchodního zákoníku může soud snížit nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu s přihlédnutím k hodnotě a významu zajišťované povinnosti, a to až do výše škody vzniklé do doby vydání soudního rozhodnutí porušením smluvní povinnosti, na kterou se vztahuje smluvní pokuta. K náhradě škody vzniklé později je poškozený oprávněn do výše smluvní pokuty podle ustanovení § 373 a násl. obchodního zákoníku.

Pokud se soud rozhodne smluvní pokutu snížit, byl by zřejmě rozsah snížení vyšší u méně významných povinností než u povinností významnějších.

Ujednání o významu a účelu smlouvy může být v některých situacích vhodné i pro zhotovitele. Je tomu tak zejména tehdy, pokud např. vzhledem k dodávce provozně nevyzkoušeného souboru strojů je sjednána nízká smluvní pokuta, popř. je sjednána limitace náhrady škody a v článku "Účel smlouvy" je formulována dohoda subjektů, že účelem smlouvy je např. ověřit nově vyvinuté zařízení v provozních podmínkách.

⁹ Ustanovení § 301 obchodního zákoníku bylo do výčtu kogentních ustanovení v § 263 obchodního zákoníku doplněno tzv. harmonizační novelou (zák. č. 370/2000 Sb.).

Souhlasíme s názorem, že předpoklad předvídatelnosti u odpovědnosti za škodu se nevztahuje k vlastnostem a schopnostem konkrétního subjektu a odvozuje se od objektivního měřítka předpokládané pravděpodobnosti určitého důsledku s přihlédnutím ke skutečnostem, které při obvyklé péči měla povinná strana znát (byť třeba ve skutečnosti neznala).

Protože však např. při sjednávání a plnění "sériových" subdodávek by nebylo možno ani podle objektivních měřítek předvídatelnost dovodit, domníváme se, že naznačené smluvní ujednání o významu a účelu smlouvy může být za-
časté velmi vhodné.

III. Údaje o účastnících výstavby a o stavbě

Ve smlouvě o dílo ve výstavbě by neměly chybět ani základní údaje o stavbě.

Domníváme se, že je vhodné uvádět prohlášení objednatele (stavebníka), že stavba je řádně povolena (příp. sankce, resp. zastavení nepovolené stavby totiž nepostihnou jen objednatele, ale připraví řadu problémů i zhotoviteli) a sjednat jak toto prohlášení bude dokladováno.

Ve smlouvě můžeme zejména doporučit uvedení názvu a místa stavby a její charakteristiky (např. že se jedná o stavbu trvalou, dočasnou apod.). Pokud by neměly úplnou vypovídací schopnost údaje o významu a účelu stavby, lze ve smlouvě uvést i článek o důležitosti stavby.

Kromě přesné identifikace smluvních stran a údajů stanovených v § 13a obchodního zákoníku (zákon v § 13a sice výslovně hovoří jen o objednávkách, obchodních dopisech a fakturách, doporučujeme však tyto údaje uvádět i ve smlouvách) **lze doporučit:**

- **uvedení dalších účastníků výstavby,**
- **údaje o investoro**vi (příp. údaje o budoucím uživateli),
- **alespoň základní řešení dodavatelského systému** (tj. které subjekty a jakým způsobem dodávají investorovi) **a kde je v dodavatelském systému kontrahované plnění, kdo plní funkci generálního projektanta, generálního dodavatele** (zhotovitele) **technologické části stavby a generálního dodavatele stavební části stavby.**
- Kromě přesného označení subjektů sjednávané smlouvy, tj. zhotovitele a objednatele, lze uvést - a je to i velmi praktické - **jejich statutární orgány a osoby** (funkcionáře, zaměstnance), **které jsou oprávněny ke sjednávání možných smluvních dodatků.**
- Pro snadnější plnění povinností vyplývajících z daňových předpisů (zejména ze zákona o dani z přidané hodnoty) **se uvádí DIČ** (tzv. daňové identifikační číslo).

- Pokud se zasílá zboží, z něhož je dílo vytvořeno, před zahájením prací např. do skladu (skladů) objednatele, neměly by ve smlouvě chybět ani **přep-
ravní dispozice**, tj. adresa příjemce, dohodnutý způsob dopravy a místo určené (je možno též dohodnout i způsob balení, event. jaké zařízení je určeno pro kryté temperované sklady). Zařízení dodávané v obalech i volně je vhodné signovat (označovat dohodnutým kódem), aby bylo zřejmé, pro který objekt či provozní soubor je určeno. To by mělo být vyjádřeno v příslušném smluvním ujednání.

- Vhodné je též sjednat, **kdo bude působit jako vedoucí prací** (stavby-vedoucí) zhotovitele a **kdo bude vykonávat funkci technického dozoru** (technického dozorce) investora a koncipovat ujednání o tom, kdo je na dané stavbě oprávněn k zápisům a potvrzování stavebního (montážního) deníku a ke kontrole provedených prací.

- **U složitějších staveb mohou být ve smlouvě uvedeny i další osoby**, např. zástupci pro věci technické (k řešení technických otázek, příp. k předkládání technických podkladů pro návrhy dodatků smluv vyplývajících z navrhovaných technických změn), vedoucí "najížděcí skupiny" (pro řízení jednotlivých druhů zkoušek), koordinátor (pověřený koordinací prací subdodavatelů, event. i jiných dodavatelů dodávajících přímo investorovi), osoby odpovídající za bezpečnost práce na stavbě apod. Tito funkcionáři však nejsou obecně oprávněni sjednávat změny smluv (techničtí zástupci mohou však např. být oprávněni dohodnout drobné změny projektu a v projektu je shodně vyznačit; např. může jít o změnu v údajích kóty stanovící vzdálenost jednotlivých strojů od sebe).

- U rozsáhlejších staveb může být též sjednáno, **kdo je jménem smluvních stran oprávněn provést odevzdání a převzetí díla**, příp. kdo je tzv. odpovědným geodetem zhotovitele a objednatele.

- Ve smlouvách bude pak zpravidla uvedena i **osoba vykonávající tzv. autorský dozor projektanta** (nebude tam naopak zejména při subdodávce na nižším dodavatelském stupni).

IV. K odpovědnosti za škodu

Otázky možné limitace náhrady škody jsou aktuální. Věnuje se jim průběžně odborná knižní i časopisecká literatura.¹⁰

¹⁰ Viz např. Bejček, J.: Nad interpretačními úskalími odpovědnosti za škodu v obchodních vztazích, Právní rozhledy, 2000, č. 9, s. 375; Marek, K.: Limitace náhrady škody, Ekonom, 1995, č. 51, s. 63; Vích, J.: Limitace škody v mezinárodním obchodu, Ekonom, 1996, č. 18, s. 63; Hándl, J.: Omezení nároku na náhradu škody dohodou stran, Právní rádce, 1995, č. 6, s. 13; Horáček, V.: Omezení odpovědnosti za škodu v obchodních vztazích, Právo a podnikání, 1997, č. 10, s. 13; Salačová, M.: Vzdání se práva, které může v budoucnu teprve vzniknout, Právo a podnikání, 1996, č. 12, s. 25;

Nadepsané otázky se v praxi posuzují např. když dochází k uzavírání smluv na dodávku provozně nevyzkoušených strojů a zařízení a zejména také smluv na dodávky ("ušité na míru") složitějšího strojního zařízení pro výstavbu.

Tyto smlouvy jsou uzavírány jednak v případech, kdy všemi účastníky jsou tuzemské subjekty (v souladu s ustanovením § 261 odst. 1 a odst. 2 obchodního zákoníku), jednak mezi tuzemskými subjekty na jedné straně a osobami, které nemají sídlo nebo místo podnikání na území České republiky na straně druhé, když je dohodnuto, že se vztah bude řídit českým (slovenským) obchodním zákoníkem.

Při sjednávání jednotlivých ustanovení smlouvy je často diskutována právě otázka rozsahu náhrady škody. Dřívější názory na tuto problematiku publikované v odborném tisku nebyly jednotné.

Dnes již můžeme říci, a to při respektování, že pro praxi jsou rozhodující stanoviska soudů, že soud se v několika rozhodnutích přiklonil k tomu, že limitace náhrady škody je možná.¹¹

Příslušnou právní úpravu (která upravuje rozsah náhrady škody, vynaložené náklady a náhradu průměrného zisku) v obchodním zákoníku obsahují ustanovení § § 379 až 381. Tato ustanovení nejsou uvedena v § 263 obchodního zákoníku a jsou dispozitivní (přestože harmonizační novela zařadila mezi kogentní ustanovení dvě ustanovení týkající se náhrady škody, ustanovení § § 379 až 381 se to nedotklo). U dispozitivních ustanovení obecně platí, že strany si mohou ujednat znění odchylné, které má přednost před zněním zákona.

V dalším budeme postupovat tak, že nejprve uvedeme text těchto dispozitivních ustanovení (ovšem jen tu jejich část, která upravuje rozsah náhrady škody) a posléze bude třeba zvážit, zda využití jejich dispozitivnosti nebrání některé z kogentních ustanovení. Další řádky se budou věnovat faktickým i právním argumentům.

Ustanovení § 379 obchodního zákoníku uvádí: **"Nestanoví-li tento zákon jinak, nahrazuje se skutečná škoda a ušlý zisk."**

Skutečnou škodu představuje zmenšení hodnoty majetku, snížení nebo ztráta majetkového práva a dále pak vynaložené náklady, které by jinak nebylo třeba vynaložit.

Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P. a kol.: Kurs obchodního práva, Obchodní závazky, 3. vydání, C. H. Beck, 2003, s. 122; Tobeš, Z.: Limitace náhrady škody, Právní rádce, č. 1/2006; Marek, K.: Smluvní obchodní právo, Kontrakty, MU Brno, 2006, a další vydání, s. 221-7; Šilhán, J.: Formy smluvní limitace náhrady škody v obchodních vztazích, Bulletin advokacie, č. 7 - 8/2006, s. 41-45.

¹¹ Tomsa, M. ve Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M.: Obchodní zákoník, komentář, 13. vydání, C. H. Beck 2010

Navazující ustanovení § 380 obchodního zákoníku určuje: "Za škodu se považuje též újma, která poškozené straně vznikla tím, že musela vynaložit náklady v důsledku porušení povinnosti druhé strany." Tato složka náhrady škody bývá označována jako tzv. náklady souvisící. Musí jít ovšem jen o náklady, které jsou přímým důsledkem porušení povinnosti.

Další text zákona v ustanovení § 381 stanoví, že "místo ušlého zisku může poškozená strana požadovat náhradu zisku dosahovaného zpravidla v poctivém obchodním styku za podmínek obdobných podmínkám porušené smlouvy v okruhu podnikání, v němž podniká" (viz též § 737 obchodního zákoníku).

V souvislosti s těmito dispozitivními ustanoveními uvedme ještě, že **povinnost k náhradě škody může být vyloučena sjednáním smluvní pokuty** (viz § 545 odst. 2 občanského zákoníku). Vhodné jsou takové situace, kdy sjednaná smluvní pokuta je v dané konkrétní výši sjednána jako přiměřená.

V souvislosti s uvedenými ustanoveními nemůžeme pominout příslušný souvisící normativní text obchodního zákoníku, konkrétně kogentní ustanovení § 386, které nelze změnit ani vyloučit ujednáním stran. Toto ustanovení stanoví, že **nároku na náhradu škody se nelze vzdát před porušením povinnosti, z něhož může škoda vzniknout. Náhradu škody nemůže snížit ani soud.**

Rovněž nelze opomenout kogentní ustanovení § 265 obchodního zákoníku upravující, že výkon práva, který je v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku, nepožívá právní ochrany.

Navážeme nyní na výše uvedenou právní úpravu a pokusíme se formulovat faktické požadavky na limitaci náhrady škody. Praktická **potřeba limitovat rozsah náhrady škody je dána vysokou rizikovostí některých plnění.**

Jako příklad takových plnění uvedme výzkumné práce, dodávky nových technologií, dodávky rozsáhlých investičních celků apod.

Je velmi pravděpodobné, že pokud by u takových plnění nebyl rozsah náhrady škody vymezen, mohli bychom se setkávat se situacemi, kdy by pokračovala obava z kontraktace takových plnění, popř. by snaha všechna možná rizika pojistit (pokud se to vůbec může podařit) ústila do výrazného zvyšování cen těchto plnění.

Argumentem pro umožnění limitace může být i ta skutečnost, že se limitace náhrady škody obecně provádí u mezinárodních operací. Chceme-li, aby se u těchto operací používalo českého obchodního zákoníku, mělo by naše právo limitaci rozsahu náhrady škody umožnit.

Po vyjádření věcné potřebnosti limitace náhrady škody bychom chtěli vyjádřit i přesvědčení, že naše dosavadní právní úprava limitaci umožňuje. Ostatně sjednání vhodné výše smluvní pokuty není fakticky ničím jiným. Není však, po našem soudu, nutno tento problém řešit jen sjednáváním smluvní pokuty.

Vzhledem k tomu, že ustanovení § 379 až 381 obchodního zákoníku jsou dispozitivní, domníváme se, že nic nebrání smluvní formulaci, která rozsah škody vymezuje.

Sjednání je ovšem třeba provést v konkrétním případě v takové výši, aby vzhledem ke specifickým dané smlouvy nedošlo k rozporu se zásadami poctivého obchodního styku (obvykle se uvádí jako markantní příklad, že by v rozporu bylo např. u standardního opakovaného plnění - např. běžného strojírenského zboží - dohodnutí rozsahu náhrady škody ve výši několika procent škody skutečné).

Jak vyplynulo z předchozího textu, jsme přesvědčeni, že sjednání vhodného limitu rozsahu náhrady škody je podle obchodního zákoníku možné. Nemyslíme si ani, že by limitace byla v rozporu s kogentním ustanovením § 386 obchodního zákoníku. Ustanovení § 386 obchodního zákoníku určuje, že nároku na náhradu škody se nelze vzdát před porušením povinnosti, z něhož může škoda vzniknout. To podle našeho mínění míří na ty případy, kdy by bylo sjednáno vyloučení nároku na náhradu škody vůbec.

Náš názor již dříve podpořil mj. J. Vích, který uvedl: "V praxi mezinárodního obchodu s investičními celky se uplatňuje poznatek, že pouhá aplikace obecných právních norem ohledně odpovědnosti za způsobenou škodu by v konkrétních případech znamenala pro dodavatele (zhotovitele) mnohdy neúnosný závazek, který svým rozsahem neodpovídá ekonomické motivaci připravovaného či už realizovaného smluvního vztahu."¹²

V mezinárodních dodacích podmínkách (např. Ženevské podmínky EHK-OSN) i v národních právních řádech se proto připouští, že smlouvou lze účelně a rozumně omezit a také vyloučit náhradu tzv. nepřímých škod (indirect damages), jako jsou třeba poškození nebo zničení hmotné podstaty, která nebyla předmětem dodávky investičního celku, následných škod (consequential damages) - např. škoda spočívající ve ztrátě zisku z kontraktu, který nemohl zahraniční zákazník uzavřít.

"Ve smluvní praxi dodávek investičních celků zpravidla dochází také ke **smluvnímu uplatnění limitace rozsahu náhrady některých druhů škod** (limitation of liability). Obvykle se limituje:

- rozsah náhrady škody z titulu opožděného plnění investičního celku,
- rozsah veškerých odškodnění (liquidated damages) z titulu vadnosti dodávky celku nebo jeho ucelených (provozně) částí, která spočívá v nedosažení sjednaných výkonových parametrů (např. limit 3% z ceny kontraktu),
- rozsah náhrady škody z titulu odpovědnosti za právní vady."¹³

¹² Vích, J.: Limitace škody v mezinárodním obchodu, Ekonom č. 18/1996.

¹³ Tamtéž.

Zahraniční praxe připouští smluvní limitaci náhrady škody, která by vůbec v příčinné souvislosti s dodávkou investičního celku mohla vzniknout (např. do výše 8% z ceny).

O praxi v mezinárodním obchodu hovoří i M. Tomsa.¹⁴ Uvádí, že praxe v mezinárodním obchodu omezení nároku na náhradu škody připouští. To mluví podle M. Tomsy též pro naše přijetí této možnosti při kontraktaci podle obchodního zákoníku.

Danou problematikou se aktuálně zabývá i S. Plíva.¹⁵ Zkoumá vztah kogentního § 386 odst. 1 obchodního zákoníku ve vztahu k dispozitivní povaze § 379: "Problém záleží v řešení otázky, zda zákaz vzdát se nároku na náhradu škody brání uzavřít před porušením povinnosti dohodu, která by vymezovala rozsah náhrady škody menší, než stanoví § 379 obchodního zákoníku, takže by omezovala nárok poškozeného. Takové jednání je v rámci dispozitivní povahy zákonné úpravy náhrady škody. Obecně je nelze považovat za vzdání se nároku." Dohodu omezující rozsah náhrady škody uzavřenou před porušením povinnosti proto zásadně považuje za dovolenou.

Otázky limitace náhrady škody zkoumá z dalších autorů i J. Šilhán. Provádí mj. rozlišení, jakým způsobem je náhrada škody a dispozice s jejím rozsahem určena (druhově, fixní částkou, poměrně, nepřímým způsobem). Uvádí, že konkrétní rozsah limitace, vzhledem ke všem ostatním kritériím, nesmí znamenat takové omezení náhrady škody, které bude nepřiměřené nebo které bude ve svém důsledku znamenat vlastně vzdání se nároku na náhradu škody jako celku.¹⁶ I J. Šilhán však limitaci náhrady škody připouští.¹⁷

Otázky limitace náhrady škody posoudila pečlivým rozbořem (kde se též mj. uvádí, jakým způsobem lze limitaci náhrady škody provést) a argumentací i O. Ovečková, která uvádí, že je možno pozorovat, že praxe se celkem jednoznačně přiklání k názoru podporujícího možnost smluvního omezení rozsahu náhrady škody. Uvádí rozhodnutí Rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR a názor rozhodčího soudu uznávající oprávněnost smluvních stran omezit ex ante dohodou stran nárok na náhradu škody pokládá za správný.¹⁸

¹⁴ Tomsa, M. ve Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M.: Obchodní zákoník, komentář, 10. podstatně rozšířené vydání, C. H. Beck 2005, s. 1117, již v 11. vydání, C.H. Beck, 2006, s. 1118, také 12. vydání C.H.Beck 2009, s. 978 – 979 a v 13. vydání 2010.

¹⁵ Plíva, S.: Obchodní závazkové vztahy, ASPI, Praha 2006, s. 145, 146.

¹⁶ Šilhán, J.: Formy smluvní limitace náhrady škody v obchodních vztazích, Bulletin advokacie, č. 7 - 8/2006, s. 41-45.

¹⁷ Viz Šilhán, J.: Smluvní limitace náhrady škody v obchodním právu, Právní rozhledy, 2005, č. 23, s. 845-854.

¹⁸ Ovečková, O.: Limitovanie rozsahu náhrady škody v obchodných vzťahoch, ve Pocta Miloši Tomsovi, nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň, 2006, s. 300-309.

V posuzované otázce se tedy jeví, že jak autoři z odvětví obchodního práva (většinou), tak i rozhodovací praxe se přiklání pro řešení spočívající v možné limitaci náhrady škody. Takové řešení problematiky vítáme.

V. Jakostní podmínky

V. 1. Jakost

K nadepsané dílčí tématice (kterou ovšem můžeme zásadně vztáhnout i na jiná plnění podle obchodního zákoníku - např. na zboží dodané podle smlouvy kupní) uvedme nejprve ustanovení § 759 obchodního zákoníku.

Toto ustanovení stanoví, že **pokud ve smlouvě, jejímiž stranami jsou osoby mající sídlo nebo místo podnikání, popř. bydliště na území naší republiky, nebo jež mají na tomto území podnik nebo jeho organizační složku, je stanovena jakost věci v rozporu s ustanoveními právních předpisů, platí pro určení jakosti ustanovení těchto předpisů o jakosti přípustné k užívání**; to neplatí, pokud ze smlouvy nebo z prohlášení strany, jež má věc nabýt nebo z předmětu jejího podnikání vyplývá, že věc má být vyvezena.

Toto ustanovení se týká zásadně tuzemských vztahů (resp. i vztahů se subjekty, které mají na území České republiky organizační složku) **a určuje, že jakost nesmí být sjednána v rozporu s příslušnými právními předpisy.**

Jako příklad těchto předpisů lze uvést mj. právní úpravu o ochraně před nepříznivými účinky hluku a vibrací, předpis o podmínkách provozu na pozemních komunikacích, předpisy o požární ochraně, ochraně bezpečnosti a zdraví při práci, předpisy hygienické apod.

V těchto otázkách se podle našeho názoru mýlí řada podnikatelů (zejména fyzických osob oprávněných k podnikání), neboť se domnívají, že není třeba tyto předpisy respektovat, event. je nepovažuje za závazné. To má ovšem v praxi svoje negativní důsledky, zejména v závěrečných stadiích výstavby.

Text ustanovení § 759 obchodního zákoníku ovšem smluvním stranám nebrání dohodnout si jakost vyšší než stanoví příslušné právní předpisy. **Citované ustanovení § 759 obchodního zákoníku je pojistkou svého druhu a je vlastně dolním jakostním limitem.**

V. 2. Technické normy

Další aktuální otázkou je otázka závaznosti technických norem. **Obecně dnes není soustava technických norem závazná.**¹⁹

¹⁹ K technickým normám viz Jareš, J.: Technické normy, Právní rádce č. 7/1994, s. 45 a násl.

Protože technické normy zásadně závazné nejsou, **je třeba ve smlouvě uvést (konkrétně), kterými těmito normami se budou smluvní strany na základě dohody řídit.** Použití technických norem totiž usnadňuje uzavírání smluv. Ujednání o technických normách jsou vhodným způsobem určujícím vlastnosti předmětu plnění.²⁰ Konkrétní smluvní formulace může znít: Toto zařízení je provedeno v souladu s ČSN (a uvést konkrétní normu). Uplatnění konkrétních ČSN však může být uvedeno v příslušné projektové dokumentaci.

Současně je možné odkázat na příslušný stupeň (druh) dokumentace (projektu), podle něhož se dílo zhotovuje, a uvést, které ukazatele a v jakém okamžiku (např. v komplexním vyzkoušení, zkušebním provozu, garančních zkouškách) budou dosaženy.

Pokud jsou součástí díla zařízení z dovozu, je vhodné dohodnout, kdy zhotovitel předloží osvědčení vydaná příslušnými zkušebnami.

Rovněž je vhodné ujednat, zda a kdy (podle povahy plnění) budou např. předány návody k obsluze, atesty, revizní zprávy elektro, zápisy o tlakových zkouškách, tzv. prohlášení o shodě apod. (v některých případech jsou povinnosti k předání těchto dokumentů stanovené zvláštními předpisy).

Pro případ, že by smlouva odkazovala na použití většího počtu obchodních podmínek, např. všeobecných obchodních podmínek, zvláštních obchodních podmínek nebo dodatkových obchodních podmínek a vycházelo se současně z projektové dokumentace, je možno pro event. případ rozporů mezi těmito dokumenty sjednat, který z dokladů má přednost před jiným. Případně lze sjednat, kdyby snad byly údaje v jednotlivých částech projektu nesouhlasné, že má např. přednost výkresová dokumentace před technickou zprávou apod.

Pro techniky zhotovitele připravující podklady k uzavírání smluv je vhodné uvést následující doporučení: méně závazných údajů je někdy vhodnější před uvedením celé řady smluvených technických dat. Specifikaci základních údajů se však nevyhneme.

VI. Provedení díla

Pro smlouvu o dílo podle obchodního zákoníku je předepsáno, že **zhotovitel je povinen provést dílo na svůj náklad a na své nebezpečí ve sjednané době, jinak v době přiměřené s přihlédnutím k povaze díla. Nevyplývá-li ze smlouvy nebo z povahy díla něco jiného, může zhotovitel provést dílo ještě před sjednanou dobou.** Formulací "na svůj náklad a nebezpečí" je mj. vyjádřeno, že pokud by nebylo dohodnuto jinak, nese rizika zvýšení nákladů

²⁰ K těmto otázkám viz Kovařík, Z.: Jakost zboží a technická normalizace, Právo a podnikání, č. 3/1993, s. 21 a násl.

na zhotovení zhotovitel (to se týká např. zvýšení cen subdodávek oproti předpokladu).

Doba plnění je u smlouvy o dílo stanovena ve prospěch zhotovitele. I když bylo dílo provedeno před sjednanou dobou - platí to i pro provedení v době sjednané - je objednatel povinen provedené dílo převzít.

Doba plnění nebude mnohdy sjednávána jen jedna - celková, ale bude začasťe sjednávána doba pro dílčí plnění a protiplnění. Konkrétní smlouva by měla tyto otázky upravit určitým způsobem.

Podle dohodnutého rozsahu plnění může být u dodávek pro výstavbu sjednáno, jaké předá objednatel zhotoviteli podklady, pokud bude projekty zpracovávat zhotovitel (je-li to dohodnuto, může zhotovitel zajistit i vydání stavebního povolení).

Může však být také sjednáno, že příslušné projekty a zajistí a předá zhotoviteli objednatel.

Bude-li však jednotlivé stupně (druhy) dokumentace dodávat zhotovitel zajišťující i hmotné dodávky, lze dohodnout při **možnosti dílčího plnění**, jaké dokumentace předá objednateli a v jaké době.

Jednotlivé druhy dokumentace přitom mohou mít dílčí doby plnění, např. i pro jednotlivé stavební objekty a provozní soubory.

Vhodné je též dohodnout, v jakém místě dojde ke splnění jednotlivých projektových prací a jaká jednání mezi smluvními stranami budou před tím provedena.

Dohodnuta by měla být také doba "**předání staveniště**" objednatelem pro zhotovitele (tj. předání staveniště ve stavu umožňujícím provádění stavebních prací), která zejména u rozsáhlejších staveb může být též plněna ve sjednaných dílčích dobách postupně.

Rovněž je třeba dohodnout předání "**stavební připravenosti**", jíž se rozumí již pokročilý stav stavebních prací, který umožní zahájení a plynulé provádění dodávek a montážních prací dodavatelem technologické části stavby.

Sjednává se i tzv. "**montážní připravenost**", což je velmi pokročilý stav montážních prací spadajících do technologické části stavby, který umožní práce stavebních dodavatelů pro úplné dokončení stavebních prací jako jsou potěry podlah, obklady, malby a další dokončovací stavební práce.

Z jednotlivých protiplnění (plnění objednatele vůči zhotoviteli) může být sjednána zejména doba předání vytýčeného staveniště, určení mezideponií, deponií a skládek, určení zemníků, vytýčení a stabilizace základních směrůvých a výškových bodů stavby, užívání příjezdové cesty, umístění (přemístění) dopravních značek, předání připojovacích míst zdrojů energie, vody apod.

Pro plnění zhotovitele i objednatele může být zpracován **časový harmonogram činností** (včetně uvedení doby dopravy rozhodujících dodávek na stavbu), který buď celý nebo jen některé jeho části, popř. sumář rozhodujících činností, může tvořit i součást smlouvy.

Harmonogram prací bývá úsečkový. Úsečky zobrazují dané činnosti, zobrazují původní plán prací, aktualizovaný plán dohodnutý všemi účastníky a vyjádření reálné skutečnosti postupu činností, a to pro každý objekt a provozní soubor samostatně; obsahuje rozhodující milníky, jejichž plnění může být zajištěno smluvní pokutou. Určité činnosti se mohou provádět postupně, jiné relativně nezávisle na provedení jiných. Časový součet nezbytně navazujících činností vytváří tzv. kritickou cestu. Může se zpracovávat i harmonogram předávání stavenišť čerpání finančních prostředků apod.

Dohodou se určuje, kdy bude **dokončeno provedení díla** včetně dohodnutých podmínek a druhu zkoušek a podmínek sepsání zápisu o převzetí (včetně jeho obsahu).

Může být pochopitelně dohodnuto plnění po částech, např. po stavebních objektech a provozních souborech. Mohou být dohodnuty i odpovídající bonifikace a sankce (smluvní pokuty) ve vztahu k těmto dobám.

Při provádění díla **postupuje zhotovitel samostatně a není při určení způsobu provedení díla vázán pokyny objednatele, ledaže se k jejich plnění výslovně zavázal.**

Postupuje-li samostatně, nese si ovšem rizika s tím spojená. Pokud by postupoval podle pokynů objednatele, měl by je ovšem posoudit v rámci odborné péče, kterou lze na něm žádat.

Zhotovování díla zejména ve výstavbě bude činností značně složitou a včasné a řádné plnění bude mnohdy záviset i na spolupůsobení (vhodně sjednaném) ostatních osob, zejména objednatele (již zmíněné předání staveniště, případně dokumentace apod.).

V řadě případů nemůže přitom zhotovitel zabezpečit celé zhotovení díla vlastními zaměstnanci, ale bude kontrahovat subdodávky (zejména elektroinstalace, izolace, vzduchotechniku apod.). Tento postup mu zákon umožňuje. Zhotovitel díla totiž může pověřit jeho provedením jinou osobu, jestliže ze smlouvy nebo z povahy díla nevyplývá nic jiného. Při provádění díla jinou osobou má zhotovitel odpovědnost, jako by dílo prováděl sám. Objednatel přitom může žádat, aby ve smlouvě se zhotovitelem byli konkrétní subdodavatelé uvedeni (jde o to, aby to byli subdodavatelé s dostatečnými zkušenostmi).

Zhotovitel bude přitom se subdodavatelem uzavírat rovněž smlouvy o dílo, ale i smlouvy kupní a jiné, včetně smluv inominálních.

Pro tyto případy lze zhotoviteli doporučit "hru na dopravního strážníka", tj. **sjednat podmínky subdodávek (mimo jiné záruční) ve shodě s podmínkami kontraktu s objednatelem.**

Pro případ, že by objednateli poskytl "lepší plnění", tj. výhodnější podmínky než má smluvně zajištěny se subdodavatelem, měl by se rizika z toho plynoucí (např. rozdíly v zárukách) snažit řešit při sjednání ceny. Realizace tohoto doporučení však není jednoduchá, neboť mezi sjednáváním smlouvy mezi investorem a zhotovitelem a zhotovitelem a subdodavatelem bývá relativně dlouhá lhůta.

Složitost při plnění smlouvy o dílo, například ve výstavbě, vyplývá mimo jiné z delší doby plnění než je tomu u jiných smluv, vysokých finančních objemů a zpravidla většího počtu osob na výstavbě zúčastněných. Může ovšem vyplývat i z toho, že věci potřebné ke zhotovení díla, resp. část věcí, opatří objednatel.

Dispozitivní ustanovení § 328 obchodního zákoníku stanoví: "Je-li předmětem plnění závazku věc určena podle druhu, je dlužník povinen poskytnout věřiteli věc, jež se hodí pro účely, pro něž se věc téhož druhu zpravidla používá na základě obdobných smluv." Realizace tohoto ustanovení u smluv o dílo - zejména ve výstavbě - by po našem soudu neměla příliš přicházet v úvahu (zatímco u dodávek zboží podle kupních smluv tomu bude naopak).

Co se týká předmětu plnění a jeho sjednávání ve smlouvě, lze pak jen doporučit jeho přesné sjednání. V opačném případě (pokud smlouva vůbec vznikne) to vede minimálně k řadě rozporných jednání a operativních řešení a zpravidla i k prodloužení doby plnění a vznášení (mnohdy i oprávněných) požadavků na zvýšení ceny.

Dílo ve výstavbě bude zásadně individuální a musí být přesně vymezené. Obchodní zákoník v § 536 uvádí zhotovení určitého díla.

Předmět plnění, tedy dílo, které se zhotovitel zavazuje provést na svůj náklad a na své nebezpečí, může zahrnovat i zpracování dokumentace - projektů.

Protože objednateli zásadně nebude postačovat jen jedno vyhotovení projektu, mělo by být dohodnuto také v jakém počtu vyhotovení bude projekt předán.

Kromě "nehmotných činností zachycených na hmotných nosičích", tj. kromě dokumentace - projektu (projekt však může být dodáván na základě samostatné smlouvy o dílo), příp. i programového vybavení "šitého na míru", mohou předmět plnění tvořit hmotná plnění, tj. stavební práce i technologické dodávky (ty pak mohou být dodávány samostatně i dílčím způsobem; vše je rovněž záležitostí smluvního ujednání).

Pokud se kontrakt sjednává v době, kdy existuje dokumentace pro provedení stavby nebo realizační dokumentace, lze rozsah hmotných dodávek sjednávat podle této dokumentace.

Pokud by byly hmotné dodávky kontrahovány podle dokumentace, která neurčuje přesně předmět plnění, pak je nutno doplnit předmět plnění jeho podrobným popisem ve smlouvě (nebo v příloze smlouvy, která

bude její součástí), jinak by mohlo docházet ke sporům o rozsah plnění (pokud by smlouva vůbec vznikla; nešlo by totiž o určité dílo).

Půjde-li v daném případě o zhotovení projektu, popř. i dodávky části stavební a technologické, dohodne se i výkon a rozsah autorského (občasného autorského) dozoru.

Pokud se neprovádí zhotovení celé technologické a stavební části stavby, měla by smlouva určovat, které objekty, stavební práce, provozní soubory a provozní jednotky tvoří předmět plnění. Je vhodné dohodnout i rozsah zařízení staveniště.

Co se týká zpracování jednotlivých "stupňů" (druhů) projektové dokumentace, je vhodné dohodnout, **kdo a v jakých termínech projedná dokumentaci a se kterými veřejnoprávními orgány**. Zhotovitel např. může provádět jen taková ve smlouvě určená jednání, která využije pro účely dokončení projektu.

Pokud smlouva o dílo zpracování projektů zahrnuje, je třeba zpravidla dohodnout i termíny, v jakých zhotovitel a objednatel projednají dokumentaci v průběhu jejího zpracování (např. koncepci řešení; v realizační dokumentaci např. v závěru zpracování). Přitom je třeba dohodnout, jak (a jak dlouho předem) budou zasílány pozvánky k jednání.

Ve smlouvě je též ujednání o tom, **jaké podklady a v jakých lhůtách si je smluvní strany předávají v průběhu zpracování projektů**.

Je též vhodné sjednat, kdy předá (sdělí, že bylo vydáno) objednatel zhotoviteli stavební povolení (pokud nebylo vydáno již před uzavřením smlouvy). Předáno bude nejpozději při předání a převzetí staveniště.

Případně je možné se dohodnout i na předání specifikace náhradních dílů i na jejich dodávkách a na dodávkách servisních prací, a to pochopitelně nejen pro dobu, kdy po splnění zhotovitel odpovídá za vady, event. pro záruční dobu, ale i pro dobu "pozáruční".

VII. Věci určené k provedení díla

Obchodní zákoník určuje, že věci, které má objednatel podle smlouvy opatřit k provedení díla, je povinen předat zhotoviteli v době určené ve smlouvě, jinak bez zbytečného odkladu po uzavření smlouvy. V pochybnostech se má za to, že o cenu těchto věcí se nesnižuje cena za provedení díla.

Pokud věci, k jejichž opatření se objednatel zavázal, objednatel neopatří včas, je stanoveno, že mu pro to zhotovitel může poskytnout přiměřenou lhůtu a po jejím marném uplynutí může sám po předchozím upozornění opatřit věci na účet objednatele. Objednatel je pak povinen uhradit jejich cenu a účelné náklady s tím spojené bez zbytečného odkladu poté, kdy jej o to zhotovitel požádá. Věci, které jsou potřebné k provedení díla a k jejichž opatření není podle smlouvy zavázán objednatel, je povinen opatřit zhotovitel.

Smluvní strany si tedy mohou dohodnout, kdo opatří věci ke zhotovení díla. Pokud tak smluvní strany učiní, platí smluvní ujednání. Jestliže smlouva záležitost opatření věcí neřeší, pak platí, že věci opatří zhotovitel.

Bylo-li dohodnuto, že věci ke zhotovení díla opatří objednatel, nese tento nebezpečí škody na nich a zůstává jejich vlastníkem až do doby, kdy se zpracováním stanou součástí předmětu díla.

Pokud se bude jednat o věc převzatou od objednatele do opatrování za účelem její opravy nebo úpravy nebo za účelem jejího zpracování při provádění díla, odpovídá zhotovitel jako skladovatel.

Po dokončení díla nebo po zániku závazku dílo provést je zhotovitel povinen bez zbytečného odkladu vrátit objednateli věci od něho převzaté, jež nebyly zpracovány při provádění díla.

U věcí, které zhotovitel opatřil k provedení díla, má postavení prodávajícího, pokud z ustanovení upravujících smlouvu o dílo nevyplývá něco jiného. V pochybnostech se má za to, že kupní cena těchto věcí je zahrnuta v ceně za provedení díla.

Kromě povinnosti k opatření věcí pro zhotovení díla, **může mít objednatel ještě další sjednané povinnosti - protiplnění, na jejichž splnění závisí včasné a řádné plnění zhotovitele.** Pro případ, že by toto protiplnění (event. podstatné spolupůsobení) nebylo provedeno a objednatel byl v prodlení či neplnil vůbec, je třeba sjednat, jaký to bude mít vliv na dobu předání celého díla a sjednat povinnost úhrady smluvních pokut a škod způsobených případným odvoláním pracovníků ze stavby.

VIII. Vlastnické právo ke zhotovované věci

Mezi ustanovení, jimiž se smlouva o dílo podle obchodního zákoníku liší od předchozí úpravy "smluv v investiční výstavbě", patří úprava vlastnického práva ke zhotovované věci a nebezpečí škody na ní.²¹ **Obchodní zákoník určuje pro situaci, že zhotovitel zhotovuje věc u objednatele, na jeho pozemku nebo na pozemku, který objednatel opatřil, že objednatel nese nebezpečí škody na zhotovované věci a je jejím vlastníkem, jestliže smlouva nestanoví něco jiného.**

Podle ustanovení § 542 odst. 1 obchodního zákoníku je tedy objednatel vlastníkem zhotovované věci, jestliže smlouva nestanoví něco jiného. Účastníci se proto mohou dohodnout, že vlastníkem zhotovované věci je zhotovitel; takovou dohodu je nutno dohodnout dříve, než došlo ke vzniku vlastnického práva objednatele ke zhotovované věci (viz Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 6. 1998, sp. zn. 2 Odou 147/97).

²¹ K tomu viz např. Pomykalová, M.: Závazek k provedení díla podle obchodního zákoníku, Právní praxe v podnikání, č. 10/1998, s. 1 a násl.

Jestliže objednatel uzavře s vlastníkem pozemku smlouvu, která jej opravňuje provádět na tomto pozemku stavbu, „opatřil pozemek“ ve smyslu § 542 odst. 1 obch. zák. a je vlastníkem takto vybudované stavby. Na tom nic nemění to, že vlastník pozemku následně od smlouvy odstoupil (viz Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 7. 2000, sp. zn. 29 Cdo 221/2000).

V jiných situacích, než je uvedeno výše, nese zhotovitel nebezpečí škody na zhotovované věci a je jejím vlastníkem.²² Je však i zde možno dohodnout se jinak. Pro určení přechodu nebezpečí škody na zhotovované věci ze zhotovitele na objednatele se použije obdobně ustanovení o přechodu nebezpečí škody na zboží z prodávajícího na kupujícího. Na zhotovitele nepřechází nebezpečí škody na věci, jež je předmětem údržby, opravy nebo úpravy, ani vlastnické právo k ní.

Určení toho, kdo nese nebezpečí škody na věci a kdo k ní má vlastnické právo, má pochopitelně značný význam. To lze dokumentovat například u zhotovování díla ve výstavbě. Bude-li ve smlouvě dohodnuto, že vlastníkem je zhotovitel (pak lze ovšem doporučit zhotoviteli pojištění věci a s pojistným uvažovat při sjednávání ceny) a objednatel například naplnil podmínky zahájení konkursního řízení, nebude dílo zahrnuto do konkursní podstaty. Důsledkem této situace je ovšem právě ta skutečnost, že zhotovitel nese nebezpečí škody na zhotovované věci (není-li sjednáno jinak).

Naopak, bude-li vlastníkem díla objednatel, potom by se dílo do konkursní podstaty mělo zahrnout a pohledávku zhotovitele na zaplacení díla uplatnit při soupisu pohledávek všech věřitelů. Tato pohledávka tedy podle konkrétní situace může být případně uspokojena i v nepatrném rozsahu, event. vůbec. Zhotovitel ovšem nenese nebezpečí škody na věci. Nic však nebrání jedné z možných podob dohody, že k dodávkám nese nebezpečí rizik nahodilého poškození objednatel, ale až do úplného zaplacení díla je vlastníkem zhotovitel.

Je tedy možné, že vlastníkem bude jedna smluvní strana a nebezpečí nahodilého poškození ponese strana druhá.

Lze též smluvně sjednat určitým způsobem vlastnictví a nositelství nebezpečí ze škod pro pozemky, dosavadní stavby a porost předané zhotoviteli k užívání či péči (v průběhu výstavby) a jiným způsobem pro zhotovované dílo samé.

Konkrétní smluvní úprava musí vycházet z konkrétních podmínek týkajících se smluvních stran a charakteru díla. Zejména je třeba vzít do úvahy způsob a termíny placení, která strana byla příp. nucena vzít si úvěr, zda je dílo předmětem zástavního práva, zda se stává součástí jiného díla apod.

Nemělo by být opomenuto též ujednání o včasném zajištění proti škodám a o pojištění díla v době rozestavěnosti. Smluvně je vhodné řešit i otázky spojené s případným zánikem závazků provést dílo.²³

²² Viz tamtéž.

²³ Viz judikaturu uveřejněnou in Právo a podnikání č. 9/98 v příloze na s. 1.

Má-li ke zhotovené věci vlastnické právo zhotovitel a závazek provést dílo zanikne z důvodu, za který neodpovídá objednatel, je objednatel oprávněn požadovat zaplacení ceny věci zhotovitelem od něho převzatých, které zhotovitel zpracoval při provedení díla nebo které nelze vrátit. Nárok objednatele na náhradu škody tím není dotčen.

Zanikne-li však závazek provést dílo z důvodu, za který odpovídá objednatel, je objednatel oprávněn požadovat úhradu toho, o co se zhotovitel obohatil. Tato úprava obchodního zákoníku řeší v obou případech problematiku v situacích, kdy má vlastnické právo zhotovitel, a rozlišuje, kdy zanikne závazek z důvodů, za které objednatel neodpovídá či naopak z důvodů, kdy tomu tak není.

Navazující ustanovení (§ 544 obchodního zákoníku) je řešením počítajícím s případy, kdy má vlastnické právo objednatel.

Má-li ke zhotovované věci vlastnické právo objednatel a věc nelze vzhledem k její povaze vrátit nebo předat zhotoviteli, je objednatel povinen uhradit zhotoviteli to, o co se objednatel zhotovováním věci obohatil, jestliže závazek zanikl z důvodu, za který objednatel neodpovídá.

Zanikl-li pak ve stejných případech z důvodů, za něž objednatel odpovídá, může zhotovitel požadovat úhradu ceny věcí, které účelně opatřil a jež se zpracováním staly součástí zhotovované věci, pokud cena těchto věcí není zahrnuta v nároku zhotovitele podle speciálního ustanovení (níže viz § 548 odst. 2 obchodního zákoníku).

Objednatel může být vlastníkem zhotovované věci na základě zákona (např. vlastníkem stavby zhotovované na jeho pozemku) nebo na základě smluvního ujednání. Ustanovení počítající s případy vlastnického práva objednatele (§ 544 obchodního zákoníku) platí obdobně v případech, kdy předmětem díla je montáž, údržba, oprava nebo úprava věci. Je tomu tak proto, že zde bývá objednatel vlastníkem již před zahájením činnosti.

Při řešení otázek vlastnických vztahů v praxi se setkáváme i s tím, že pro vztahy mezi objednatelem a zhotovitelem na jedné straně a vztahy mezi zhotovitelem a jeho subdodavatelem na straně druhé nejsou volena kompatibilní řešení. Pro tentýž předmět plnění je v jedné smlouvě sjednáno (event. vyplývá ze zákona) vlastnické právo objednatele a v subdodavatelské smlouvě vlastnické právo subdodavatele. Takovým řešením je třeba se vyvarovat a **sjednat v celém dodavatelském systému shodný vlastnický režim.**

Při kolizích je zřejmě třeba dávat přednost ujednání mezi zhotovitelem a objednatelem před ujednáním zhotovitele se subdodavatelem. De lege ferenda by na to mohlo být pamatováno příslušným ustanovením.

IX. Cena za dílo, fakturace, placení

Zatímco náš právní řád pamatuje i takové doby, kdy cena zásadně nebývala podstatnou náležitostí dřívějších hospodářských smluv (posléze pak podstatnou náležitostí byla), **dnes je ujednání o ceně u smlouvy o dílo** (a u smlouvy kupní) **povinností, kterou stanoví obchodní zákoník. Cena může být dohodnuta nebo může být dohodnut způsob určení ceny, popř. může z jednání smluvních stran vyplývat vůle stran uzavřít smlouvu i bez určení kupní ceny.**

Podle obchodního zákoníku (§ 546) je objednatel povinen zhotoviteli zaplatit cenu dohodnutou ve smlouvě nebo určenou způsobem stanoveným ve smlouvě. Není-li cena takto dohodnutá nebo určitelná, a smlouva je přesto platná (tj. "když z jednání smluvních stran vyplývá vůle"), je objednatel povinen zaplatit cenu, která se obvykle platí za srovnatelné dílo v době uzavření smlouvy za obdobných obchodních podmínek. Při sjednávání cen se používá např. i cen paušálních, skupinových apod.

Pro případ úvah o vzniku smlouvy v souladu se zákonem bez dohody o ceně je nutné, aby smluvní strany předem zvážily důsledky tohoto postupu opravdu pečlivě.

Za situace, kdy by docházelo k pohybu cenových hladin směrem nahoru, ztrácí zásadně na ceně zhotovitel přímo úměrně s časem, který plyne mezi dobou uzavření smlouvy a dobou, kdy mu vznikne právo na úplatu, event. účtování (fakturování) ceny. **Cena se totiž v těchto situacích určuje podle doby uzavření smlouvy. Při takovém jejím určování pak není třeba vycházet jen z určení podle shodného díla** (to například u atypických staveb nemusí vůbec existovat), **ale stačí vycházet z ceny srovnatelného díla.** Musí jít ovšem o dílo zhotovené za obdobných obchodních podmínek (např. obdobného "spolupůsobení" objednatele, obdobné doby plnění, obdobné složitosti díla a jeho obdobného umístění, obdobných platebních podmínek a podobně). Takové určování ceny u díla ovšem nebude jednoduché a zřejmě může vést ke sporům.

Při uzavírání smlouvy při zhotovování díla je možno sjednat, respektive poskytnout zálohy. Sjednání a poskytnutí záloh k ceně za dílo se nedotýká účinků v obchodním zákoníku citovaných ustanovení (viz níže § 548 a § 549 obchodního zákoníku).

Je-li sjednána "pevná cena", pak se může stát, že zhotovitel případně nedosáhne (např. když dojde ke zvýšení ceny některých vstupních dodávek nad očekávanou hladinu cen) předpokládaného kladného hospodářského výsledku. Naopak při některých příznivých skutečnostech (např. se podaří kontrahovat kvalitní subdodávku s cenou nižší než bývá obvyklé) tomu může být naopak.

Přitom způsoby stanovení ceny tvoří široký vějíř řešení (např. odkazy na ceníky, kalkulační vzorce apod.).

Pro určení ceny je přitom také možné, aby byly zpracovávány rozpočty. U smlouvy o dílo bývá určována cena podle rozpočtu poměrně často. Typické to bude zejména ve výstavbě, ale může tomu tak být i ve vývoji a výzkumu (například ve vývoji nového strojné-technologického zařízení). Otázkám určení ceny podle rozpočtu se věnuje ustanovení § 547 obchodního zákoníku.

Na výši ceny nemá podle obchodního zákoníku vliv, že cena byla určena na základě rozpočtu, jenž je součástí smlouvy nebo byl objednateli sdělen zhotovitelem do uzavření smlouvy.

Jestliže však byla cena určena na základě rozpočtu, ohledně něhož ze smlouvy vyplývá, že se nezaručuje jeho úplnost, může se zhotovitel domáhat přiměřeného zvýšení ceny, objeví-li se při provádění díla potřeba činností do rozpočtu nezahrnutých, pokud tyto činnosti nebyly předvídatelné v době uzavření smlouvy.

Rozpočet s nezaručenou úplností lze při výstavbě použít například u rekonstrukcí a modernizací, kdy je v rozpočtu na základě výsledků průzkumů (s řádnou odbornou pečlivostí provedených) předaných objednatelem uvažováno s určitým počtem jednotek materiálu včetně prací. Při realizaci je pak možné při demontáži dosavadního zařízení zjistit zvýšenou potřebu těchto jednotek. Musí však být současně naplněna podmínka, že to nebylo možno předvídat při uzavření smlouvy.

Kromě rozpočtu s nezaručenou úplností zná obchodní zákoník i **rozpočet nezávazný**. Byla-li cena určena na základě rozpočtu, který se podle smlouvy považuje za nezávazný, může se zhotovitel domáhat, aby byla cena zvýšena o částku, o niž nevyhnutelně převyšší náklady účelně vynaložené zhotovitelem náklady zahrnuté do rozpočtu.

Označení rozpočtu za nezávazný se zejména bude využívat v období, v němž bude reálně předvídat pohyb cenových hladin. Zhotovitel bude muset nejen prokazovat, že došlo ke zvýšení cen, ale také bude muset prokazovat, že právě tyto vstupy musel použít, neboť to bylo nevyhnutelné. K označení rozpočtu za nezávazný je ovšem vhodné další podrobnější ustanovení ve smlouvě, např. o tom, od jakých subdodavatelů bude zhotovitel nakupovat a v jaké době.

Ustanovení § 547 odst. 3 obch. zák. se vztahuje pouze na nevyhnutelné zvýšení ceny jednotlivých složek plnění (tj. materiálu a prací, popřípadě režijních a dalších nákladů); nelze je vztáhnout na změnu rozsahu předmětu plnění (viz Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 4. 5. 1999, sp. zn. 29 Cdo 2206/98).

Aby nebyla ztížena otázka důkazů a komplikovaného výpočtu (rozpočty totiž obsahují desítky, mnohdy stovky položek), není vyloučeno sjednat nezávaznost rozpočtu jen u položek rozhodujících.

Nesouhlasí-li objednatel se zvýšením ceny, určí její zvýšení soud na návrh zhotovitele.

Zhotoviteli však zaniká nárok na určení zvýšení ceny podle ustanovení o rozpočtu s nezaručenou úplností (§ 547 odst. 2 obchodního zákoníku) a o rozpočtu nezávazném (§ 547 odst. 3 obchodního zákoníku), jestliže neoznámí nutnost překročení rozpočtové částky a výši požadovaného zvýšení ceny bez zbytečného odkladu poté, kdy se ukázalo (nikoli tedy kdy k tomu došlo, ale kdy se tak ukázalo), že je nevyhnutelné překročení ceny, jež byla určena na základě rozpočtu.

Ustanovení o rozpočtu s nezaručenou úplností a o rozpočtu nezávazném chrání zhotovitele. Obecně by nebylo možno vyloučit, že zvýšení by mohlo být řádově vyšší. Proto obchodní zákoník obsahuje i text, kterým chce prospívat objednateli.

Objednatel může bez zbytečného odkladu odstoupit od smlouvy, požaduje-li zhotovitel podle příslušných ustanovení obchodního zákoníku (§ 547 odst. 2 a § 547 odst. 3 obchodního zákoníku) zvýšení ceny, jež přesahuje o více než 10% cenu stanovenou na základě rozpočtu. V tomto případě je objednatel povinen nahradit zhotoviteli část ceny odpovídající rozsahu částečného provedení díla podle rozpočtu. Vzhledem k dispozitivnosti textu zákona je ovšem 10% limit možno sjednat v jiné výši.

Objednatel je povinen zaplatit zhotoviteli cenu v době sjednané ve smlouvě. Pokud ze smlouvy nebo obchodního zákoníku nevyplývá něco jiného, **vzniká nárok na zaplacení ceny provedením díla** (§ 548 odst. 1 obchodního zákoníku). Realizace tohoto ustanovení přichází v úvahu též v těch situacích, kdy objednatel neoprávněně odmítá dílo převzít.

V praxi je sjednáván platební režim tak, že placení zpravidla předchází odsohlasení "soupisu provedených prací", "zjišťovacích protokolů" a zápisu o převzetí (resp. protokolu o převzetí).

Odstoupí-li zhotovitel od smlouvy pro prodlení objednatele a nespočívá-li překážka pro splnění povinnosti objednatele v okolnostech vylučujících odpovědnost, náleží zhotoviteli cena, na kterou má nárok na základě smlouvy. Od této ceny se však odečte to, co zhotovitel ušetřil neprovedením díla v plném rozsahu (§ 548 odst. 2 obchodního zákoníku).

Pokud se strany dohodnou po uzavření smlouvy na omezení rozsahu díla a nesjednají-li jeho důsledky na výši ceny, je objednatel povinen zaplatit jen cenu přiměřeně sníženou. Naopak dohodnou-li se tímto způsobem na rozšíření díla, je objednatel povinen zaplatit cenu přiměřeně zvýšenou.

Objednatel je povinen zaplatit cenu zvýšenou nebo sníženou s přihlédnutím k rozdílu v rozsahu nutné činnosti a v účelných nákladech spojených se změněným prováděním díla, pokud se strany dohodnou po uzavření smlouvy na změně díla a nesjednají-li její důsledky na výši ceny (§ 549 obchodního zákoníku).

Při dohodě o ceně je kromě obchodního zákoníku určující i zákon o cenách a další předpisy. Obecně jsou však ceny, a to i ve výstavbě, volnými cenami. Je však třeba vycházet ze zásady poctivého obchodního styku. Zisk by přitom měl být přiměřený. Lze sjednávat i cenové doložky (tak jako u kupních smluv) i měnové doložky (tak jako u závazků v mezinárodním obchodu). Lze tak mj. limitovat inflační vlivy i kurzovní rozdíly.

V těch případech, na které se vztahuje zákon o zadávání veřejných zakázek, je třeba respektovat zákon o veřejných zakázkách.

Na rozdíl od dřívějšího hospodářského zákoníku neupravuje obchodní zákoník obecně otázky účtování (fakturování) a placení (s výjimkou § 13a a 369a). Lze však jen doporučit, aby si tyto otázky (což ostatně platí i pro jiné smlouvy) dohodly strany ve smlouvě.

V otázkách placení je možno široce využít smluvní volnosti, kterou III. část obchodního zákoníku umožňuje. Lze dohodnout placení záloh, vystavování dílčích faktur, příp. zda se bude vůbec fakturovat. Pokud by došlo k dohodě o provádění fakturace, je vhodné dohodnout lhůty pro vystavení faktury (faktur), náležitosti faktur, lhůty splatnosti, sankce (smluvní pokuty při nedodržení některého ujednání) a výši úroku pro případ pozdní úhrady (dohodnout výši úroku považujeme za vhodnější než zjišťovat úrok podle změněného ustanovení § 369 obchodního zákoníku).

Dílo, které je vadné, nelze považovat za dílo provedené, a to ani tehdy, když je objednatel převezme. Pokud mezi účastníky nebylo sjednáno jinak, zhotoviteli v takovém případě nevznikne právo na zaplacení ceny díla (viz Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 12. 3. 2002, sp. zn. 29 Odo 11/2001).

Je možno též dohodnout různé způsoby placení: převodem (na příkaz plátce), inkasem (na příkaz příjemce), placením směnkou (směnkami), za použití dokumentárního akreditivu atd.

Za místo splnění peněžitého závazku je podle obchodního zákoníku považováno sídlo nebo místo podnikání, případně bydliště věřitele (§ 337), respektive je splněno připsáním částky na účet věřitele (§ 339). Objednatelé se často pokusí dohodnout se zhotoviteli jinak (např. odepsáním částky z účtu dlužníka). Pokud se to nepodaří, lze předpokládat možná ujednání (zejména tam, kde půjde o značné částky) o tom, že po splnění peněžitého závazku bude tato skutečnost zhotovitelem písemně potvrzena.

X. Způsob provádění díla

X. 1. Kontrola díla

Na problematiku ceny za dílo v obchodním zákoníku navazují ustanovení o způsobu provádění díla. **Výslovně je uvedeno, že je objednatel oprávněn**

kontrolovat provádění díla. Zjistí-li objednatel, že zhotovitel provádí dílo v rozporu se svými povinnostmi, je objednatel oprávněn dožadovat se toho, aby zhotovitel odstranil vady vzniklé vadným prováděním a dílo prováděl řádným způsobem.

Jestliže tak zhotovitel díla neučiní ani v přiměřené lhůtě mu k tomu poskytnuté a postup zhotovitele by vedl nepochybně k podstatnému porušení smlouvy (§ 345 odst. 2), je objednatel oprávněn od smlouvy odstoupit.

Kontrola díla může být průběžná. Zejména ve výstavbě však může být praktické sjednat dobu provedení některých kontrol ve smlouvě, zejména u prací, které budou v dalším průběhu zakryty. Pokud by nebyla sjednána specifická ujednání ve smlouvě, nemá obecně vliv případné neprovedení kontroly na možnost uplatnit odpovědnost za vady.

Protože u smlouvy o dílo budou přicházet v úvahu věci nebo pokyny převzaté k provádění díla od objednatele a ty mohou být případně nevhodné, ukládá obchodní zákoník zhotoviteli zvláštní upozorňovací povinnost.

Zhotovitel je povinen upozornit objednatele bez zbytečného odkladu na nevhodnou povahu věcí převzatých od objednatele nebo pokynů daných mu objednatelem k provedení díla, jestliže zhotovitel mohl tuto nevhodnost zjistit při vynaložení odborné péče.

Jestliže nevhodné věci nebo pokyny překážejí v řádném provádění díla, je zhotovitel povinen jeho provádění v nezbytném rozsahu přerušit do doby výměny věcí nebo změny pokynů objednatele nebo písemného sdělení, že objednatel trvá na provádění díla s použitím předaných věcí a daných pokynů.

O dobu, po kterou bylo nutno provádění díla přerušit, se prodlužuje lhůta stanovená pro jeho dokončení. Zhotovitel má rovněž nárok na úhradu nákladů spojených s přerušением provádění díla nebo s použitím nevhodných věcí do doby, kdy jejich nevhodnost mohla být zjištěna.

Pokud přes splnění upozorňovací povinnosti objednatel na použití svých nevhodných věcí nebo pokynů (vstupů) písemně trval, neodpovídá zhotovitel za nemožnost dokončení díla nebo za vady dokončeného díla způsobené těmito vstupy. Při nedokončení díla má zhotovitel nárok na cenu sníženou o to, co ušetřil tím, že neprovedl dílo v plném rozsahu.

Zhotovitel, který nesplnil upozorňovací povinnost, odpovídá za vady díla způsobené použitím nevhodných věcí předaných objednatelem nebo pokynů daných mu objednatelem.

Kromě zvláštní upozorňovací povinnosti má zhotovitel i zvláštní povinnost oznamovací (kromě obecné oznamovací povinnosti vyjádřené v obecných ustanoveních obchodního zákoníku o náhradě škody).

Zjistí-li zhotovitel při provádění díla skryté překážky týkající se věci, na níž má být provedena oprava nebo úprava, nebo místa, kde má být dílo

provedeno, a tyto překážky znemožňují provedení díla dohodnutým způsobem, je zhotovitel povinen to oznámit bez zbytečného odkladu objednateli a navrhnout mu změnu díla. Plnění této povinnosti může být praktické i u rekonstrukcí a modernizací ve výstavbě.

Další text obchodního zákoníku (§ 552 odst. 1 věta druhá a třetí) zohledňuje rizika zhotovitele s takovým plněním - do dosažení dohody o změně díla je zhotovitel oprávněn provádění díla přerušit. Nedohodnou-li se strany v přiměřené lhůtě na změně smlouvy, může kterákoli ze stran od smlouvy odstoupit.

Jestliže zhotovitel postupuje s odbornou péčí a neporušil svou povinnost zjistit před započatím provádění díla výše uvedené skryté překážky, nemá žádná strana nárok na náhradu škody; zhotovitel má nárok na cenu za část díla, jež bylo provedeno do doby, než překážky mohl odhalit při vynaložení odborné péče.

Jak jsme již uvedli, je objednatel oprávněn kontrolovat provádění díla. Kromě kontroly uskutečňované průběžně bude přicházet v úvahu i kontrola předmětu díla na určitém stupni jeho provádění.

Stanoví-li smlouva, že objednatel je oprávněn zkontrolovat předmět díla na určitém stupni jeho provádění, je zhotovitel povinen včas objednatele pozvat k provedení kontroly. Nesplní-li zhotovitel tuto povinnost, je povinen umožnit objednateli provedení dodatečné kontroly a nést náklady s tím spojené (§ 553 odst. 1 a 2 obchodního zákoníku).

Nedostaví-li se objednatel ke kontrole, na kterou byl řádně pozván nebo která se měla konat podle dohodnutého časového rozvrhu, může zhotovitel pokračovat v provádění díla. Jestliže však účast na kontrole byla objednateli znemožněna překážkou, kterou nemohl odvrátit, může objednatel bez zbytečného odkladu požadovat provedení dodatečné kontroly, je však povinen zhotoviteli nahradit náklady způsobené opožděním kontroly (§ 553 odst. 3 obchodního zákoníku).

Při provádění díla může v jednotlivých etapách díla docházet k "**zakrývání prací**". "Zakrývání prací" je jedním z případů, kdy je třeba provést kontrolu na určitém stupni jeho provádění. Pozvání objednatele (výzva objednateli) a povinnost účasti objednatele při "zakrývání prací" obvykle mívá zvláštní smluvní ujednání.

Dřívější předpisy ve výstavbě (tzv. základní podmínky dodávek) rovněž počítaly s průběžnou kontrolou odběratelské strany. Funkcionář - zástupce investora, který plnil i tyto úkoly, vykonával předpisy stanovenou funkci tzv. technického dozorce (technického dozoru investora - viz zrušené vyhlášky č. 104/1973 Sb. a č. 13/1985 Sb.).

Podle rozsahu výstavby (u drobných staveb to nebude třeba) je podle našeho názoru vhodné dohodnout ve smlouvě výkon technického dozoru a rozsah

oprávnění konkrétních zástupců objednatele a zhotovitele k činnostem probíhajícím přímo na stavbě.

Rovněž považujeme za vhodné konkretizovat podrobnosti vedení stavebního (montážního) deníku. Připomeňme jen, že se deník vede zásadně ode dne zahájení prací na staveništi až do dne ukončení prací a odstranění všech vad.

Deník slouží k zaznamenávání všech důležitých (resp. dalších dohodnutých) skutečností a okolností týkajících se výstavby a může mimo jiné sloužit jako významný důkazní prostředek. Do deníku pak provádějí zápisy i orgány státního stavebního dohledu a orgány státní správy obecně. Deník slouží také jako běžný komunikační prostředek při zajištění spolupůsobení smluvních stran na stavbě. Základní otázky stavebního deníku upravuje dnes příloha vyhlášky o dokumentaci staveb.

U složitějších staveb může pak být dohodnuto i vedení tzv. knihy víceprací, která rovněž dokumentuje dohody smluvních stran o rozšíření prací a může napomáhat např. při provádění § 549 obchodního zákoníku.

X. 2. Spolupůsobení

Spolupůsobení, tj. plnění jednotlivých povinností, na nichž je závislé včasné plnění partnera, je pro výstavbu typické (např. při ukládání beztlakých zemních nádrží zajistí objednatel - je-li to dohodnuto - na příslušné místo přívod vody pro jejich těsnostní zkoušku, ve stanovených dobách umožní zhotoviteli na příslušných místech odběr elektrické energie pro svářečské práce na rozvodu potrubí apod.).

Pokud není prováděna dodávka "na klíč" a objednatel má ve výstavbě jako smluvní partnery více zhotovitelů, musí být přesně prováděno i postupné předávání pracoviště. Může být též dohodnuto dočasné využívání jednotlivých objektů objednatele jako zařízení staveniště.

Otázky zařízení staveniště, tj. otázky budování nových či využití dosavadních objektů a zařízení pro sociální, provozní a výrobní účely zhotovitele (zhotovitelů) je opět vhodné dohodnout ve smlouvě. (Jedná se např. o objekty pro stravování, ubytování pracovníků, kryté i otevřené sklady, a mj. přípojky inženýrských sítí.)

Dohodnout je případně třeba i otázky **přepravních dispozic a vykládky zási-
lek.** Dá se říci, že úměrně s rozsahem díla může růst i rozsah jednání o spolupůsobení.

U rozsáhlé výstavby je sjednána ve smlouvě řada vzájemných dílčích plnění (protiplnění). Některá mohou mít pro celkový výsledek zásadní význam, jiná mohou mít v daném případě jen okrajovou povahu (příkladem prvních může být nepředání stavební připravenosti, příkladem posléze uvedených jen nedo-

stavení se objednatel k dílčímu zakrývání prací, které se posléze stanou nepřístupnými).

Při sjednávání otázek spolupůsobení je proto možné dohodnout, které dílčí povinnosti objednatel jsou těmi, na jejichž včasné splnění závisí včasné plnění zhotovitele.

Smluvně je možno volit různá řešení při spolupůsobení objednatel od minimálního rozsahu až po rozsah velmi podstatný. To zřejmě najde i svoje vyjádření v ceně díla, kdy při minimu spolupůsobení bude cena zřejmě vyšší. Přitom žádné zvolené řešení nelze paušálně odsoudit. Komplexní plnění s minimem jeho spolupůsobení sice objednatel méně zatěžuje, v konkrétních případech se však může stát, že pak zhotovitel např. přesunuje na stavbu mechanismy, které objednatel vlastní a plně nevyužívá, což nemusí být pro obě strany ekonomicky výhodné.

Dohodnuté spolupůsobení a rozsah spolupráce by však měl být vyjádřením smluvní vůle obou stran o racionálním řešení, nikoli výsledkem zneužití faktického silnějšího postavení některé ze smluvních stran. (Rubem racionálního řešení by např. bylo, kdyby zhotovitel nutil objednatel, aby od třetí osoby zakoupil speciální zařízení, které jinak nevyužije, a to proto, aby si jej v době výstavby vypůjčoval, nebo kdyby např. objednatel trval na tom, že si vodu potřebnou pro zkoušky musí zhotovitel zajistit sám a měl k dispozici dostatečný vodní zdroj).

Pro dohodnuté spolupůsobení pro postupně probíhající práce nemusí být doba jejich provádění dohodnuta ve smlouvě (jejich druh však ano), ani uvedena v příp. harmonogramu prací, pokud jde o velmi dílčí otázky u rozsáhlé akce, kdy nelze jejich provádění stanovit s denní přesností a jedná se o spolupůsobení krátkodobé (např. přímá přítomnost hasičů z útvaru objednatel při provádění některých prací). U takové dohodnuté kategorie spolupůsobení může být sjednáno, že se vyžádání provede např. zápisem ve stavebním (montážním) deníku a dohodne se, kolik dní předem bude vyžádání provedeno.

Obecně by však v rámci spolupůsobení mělo být i na stanovení konkrétních lhůt těchto plnění pamatováno přímo ve smlouvě.

Mimo rozsah ujednání ovšem nemohou u spolupůsobení zůstat ani ujednání o jejich úplatě (ujednání o úplatě může vést k racionálnosti jejich rozsahu) či bezúplatnému poskytnutí (což může mít příp. další příznivý vliv na cenu díla).

Objednatel i zhotovitel přitom musí zvažovat, zda se pro případ porušení povinnosti smluvní strany bude vycházet ze zákonné úpravy odpovědnosti za škodu nebo zda se případně sjednají smluvní pokuty.

Povinnost k včasnému předání staveniště, event. zařízení staveniště, příp. předání montážního pracoviště patří mezi rozhodující povinnosti

objednatele. Případné prodlení je v tomto případě prodlením, které znemožňuje plnění zhotovitele. Aby se předešlo event. rozporovým jednáním či sporům, je možno pro tento případ ujednat řešení již ve smlouvě. Možná řešení jsou pochopitelně různá, např. lze sjednat (a modifikovat ustanovení § 365 obchodního zákoníku), že o prodlenu dobu se prodlouží i doba splnění (příp. i o delší sjednanou dobu), příp. že prodlení zakládá právo k prodloužení doby plnění (o sjednanou dobu), nebo lze sjednat, že doba plnění se neprodlouží, zvýší se však cena sjednaným způsobem apod.

Lze pochopitelně rovněž sjednat, jak bude včasné spolupůsobení dokumentováno (např. sepsáním zápisů či zápisem ve stavebním deníku), příp. jak bude dokumentováno, nepůjde-li o spolupůsobení řádné. Lze i dohodnout, zda je možno v daném případě spolupůsobení částečné nebo nikoli.

Konkrétně při předání staveniště je vhodné definovat, o jaké místo se jedná, jak je vymezeno a jaký je jeho stanovený rozsah. Může být dohodnuto, jak je staveniště vytyčeno s odkazem na příslušnou dokumentaci.

Začasté bude třeba v návaznosti na dohodnutý rozsah předmětu plnění sjednat předání podkladu, v němž budou uvedeny všechny rozvodné sítě, kanalizace a další zařízení, event. prohlášení, že takových není.

Jestliže se jedná o stavbu v místech, která vyžadují zvláštní opatření ochrany protipožární, hygienické, ochrany životního prostředí, je potřeba dohodnout mj. označení daných prostorů.

Ve smlouvě by se nemělo případně zapomenout - podle povahy plnění - i na eventuální spolupůsobení při odvodnění stavby.

Rovněž bude začasté vhodné sjednávat **zřízení či užívání cest** pro příchod a příjezd, jakož i zabezpečení osvětlení, zřízení přívodu elektrické energie, vody apod. Ujednávat by se mělo také to, **kdo obstará povolení k užívání veřejných ploch** a kdo bude hradit příslušné poplatky. Součástí smlouvy mohou být i ujednání ve spolupůsobení při přeložkách podzemních vedení a překopech veřejných komunikací.

Předmětem dohody budou i **tzv. vstupy na staveniště** (pracoviště). Dohodnuto přitom bude, kteří zástupci objednatele jsou oprávněni ke vstupu a pokud se staveniště nachází ve zvlášť střeženém prostoru, jak bude zajištěn vstup pro pracovníky zhotovitele.

V úvahu pak může přicházet i **spolupůsobení při odstraňování odpadů** a nečistot vzniklých zhotovováním díla.

Stranou zájmu účastníků smlouvy nezůstane začasté ani problematika **střežení a event. oplocení staveniště.**

Vhodné je též sjednat spolupůsobení **při přípravě a provádění zkoušek, při převzetí díla a vyklizení staveniště.**

Může být dohodnuto i spolupůsobení (např. podrobnosti zajištění vstupů) pro případ odstraňování vad díla zhotovitelem po splnění, např. v záruční lhůtě nebo při oznámení vad po splnění.

Může se jednat i o poskytnutí mechanismů, lešení, montážních plošin, pomoc při přepravě a skladování hmot, příp. provádění dalších činností.

Při sjednávání spolupůsobení ve smlouvách o dílo ve výstavbě **lze široce smluvně využít skutečnosti, že právní úprava je stručná a zásadně dispozitivní, smlouvu lze vhodně "tvořit" podle konkrétních podmínek;** někteří autoři - např. prof. Hajn - hovoří o uplatnění "umění kontrahovat".

X. 3. Zkoušky, předání a splnění

Ve smlouvě bychom neměli opomenout ani ujednání o zkouškách a splnění závazku.

Podle zákona (§ 554 obchodního zákoníku) **splní zhotovitel svou povinnost provést dílo jeho řádným ukončením a předáním předmětu díla objednateli v dohodnutém místě, jinak v místě stanoveném tímto zákonem.** Je-li místem předání jiné místo, než je uvedené v zákonu (§ 554 odst. 2 a 4 obchodního zákoníku), vyzve zhotovitel objednatele k převzetí díla.

Není-li toto místo dohodnuto a smlouva zahrnuje - v souladu s charakterem díla - povinnost zhotovitele odeslat předmět díla, uskutečňuje se předání předmětu díla jeho předáním prvnímu dopravci, který má uskutečnit přepravu do místa určení. Zhotovitel umožní objednateli uplatnění práv z přepravní smlouvy, pokud taková práva nemá objednatel již na základě této smlouvy.

Jestliže smlouva nestanoví místo předání ani povinnost zhotovitele odeslat předmět díla, uskutečňuje se předání v místě, v němž se podle smlouvy mělo dílo provádět. Není-li ve smlouvě toto místo určeno, uskutečňuje se předání v místě, o němž objednatel věděl nebo musel vědět v době uzavření smlouvy, že v něm bude zhotovitel dílo provádět.

V případech, které nejsou výše popsány (na něž se nevztahují ustanovení § 554 odst. 1 a 3 obchodního zákoníku), se uskutečňuje předání díla v místě, kde má zhotovitel sídlo nebo místo podnikání, popřípadě bydliště nebo organizační složku, jestliže její místo včas objednateli oznámí.

Předáním zhotovené věci k ní objednatel nabývá vlastnické právo, jestliže je do té doby měl zhotovitel, a na objednatele přechází nebezpečí škody na zhotovené věci, jestliže je do této doby nesl zhotovitel.

Ustanovení § 444 až 446, § 455 až 459 a § 461 obchodního zákoníku, tj. ustanovení o kupní smlouvě, zde platí obdobně. K tomu připomeňme, že ustanovení § 444, § 458 a § 459 obchodního zákoníku jsou kogentní (není se tedy od nich možné dohodou stran odchýlit).

Požádá-li o to kterákoli strana, sepíše se o předání předmětu díla zápis, který podepíší obě strany. Ujednání o zápisu a jeho obsahu ve smlouvě, zejména ve výstavbě, lze jen doporučit.

Rovněž můžeme doporučit ujednání o tom, co strany považují za řádné ukončení díla a o podrobnostech předání: jak bude přejímka probíhat, kdo přejímací řízení svolá, v jaké lhůtě předem a podobně. Otázky předání lze co do svého významu hodnotit stejně jako otázky uzavření smlouvy.

Podle charakteru díla a ujednání smluvních stran může smlouva zahrnout povinnost zhotovitele předmět odeslat. Nezahrnuje-li smlouva povinnost zhotovitele předmět díla odeslat, splní zhotovitel svou povinnost provést dílo, jestliže umožní objednateli nakládat s předmětem díla řádně provedeným v místě stanoveném zákonem (§ 554 obchodního zákoníku).

Zahrnuje-li závazek zhotovitele provést montáž jím zhotovené, opravené nebo upravené věci, je závazek splněn řádným provedením této montáže (§ 555 odst. 1 obchodního zákoníku).

Jestliže podle smlouvy má být řádné provedení díla prokázáno provedením dohodnutých zkoušek, považuje se provedení díla za dokončené až poté, co byly tyto zkoušky úspěšně provedeny. K účasti na zkouškách je zhotovitel povinen objednatele včas pozvat. Neúčast objednatele na zkouškách, k jejichž provedení byl včas pozván, nebrání provedení zkoušek.

Ustanovení § 553 odst. 3 obchodního zákoníku o opakování zkoušek platí obdobně. **Výsledek zkoušek se zachytí v zápisu podepsaném oběma stranami.** Není-li objednatel přítomen, podepíše zápis místo něho hodnověrná a nestranná osoba, která se zkoušek zúčastnila (§ 555 odst. 2 až 4 obchodního zákoníku).

Provádění zkoušek bude typické zejména ve výstavbě, ale např. i při vývoji a výzkumu. **Pokud budou zkoušky a jejich výstupy stanoveny předpisy nebo závaznými normami normalizační soustavy (ČSN), je třeba tuto skutečnost respektovat** (například předepsaná měření a výchozí revizní zprávy). Tam, kde druh zkoušek předepsán není, doporučujeme dohodnout jej ve smlouvě, respektive uvést jej v její příloze a přesně popsat.

Zkoušky se mimo jiné liší podle rozsahu provedení, který ověřují. Podle obchodních zvyklostí (viz výše) lze hovořit o zkouškách ověřujících provedení (individuální vyzkoušení, kdy dílem je zhotovené zařízení včetně montáže; zkoušet se může úplnost a funkce stroje a kvalita montáže), o zkouškách ověřujících funkci strojně-technologického zařízení ve vazbě na všechny složky plnění, tj. například ve vazbě na kvalitu projektu, zařízení i montáží (lze rozlišovat tyto zkoušky před přechodem zařízení k provozním podmínkám - komplexní vyzkoušení a za provozních podmínek - zkušební provoz).

Sjednat lze rovněž dosažení určitých parametrů ve stanovených dobách v průběhu zkoušek i v jejich závěru a ověření funkce zařízení na projektovaných

parametrech (ověřovaných například měřeními a výpočty) po stanovenou dobu - garanční zkoušky, sjednat lze i ukazatele spolehlivosti (viz výše).

Pro provádění některých zkoušek je vhodné dohodnout ve smlouvě zpracování zvláštní dokumentace (např. pro komplexní vyzkoušení, zkušební provoz a garanční zkoušky), doby zpracování návrhu a jejího odsouhlasení. V návrhu bude i způsob ověřování zkoušek a stanovení, kdy proběhly úspěšně a obsah zápisu (zápisů o nich).

Spočívá-li dílo v jiném výsledku činnosti než ve zhotovení věci, montáži, údržbě, opravě nebo úpravě věci, je zhotovitel povinen při této činnosti postupovat v rámci stanoveném smlouvou s odbornou péčí tak, aby se dosáhlo hmotně zachyceného výsledku činnosti určeného ve smlouvě. Zhotovitel je povinen hmotně zachycený výsledek předat objednateli (§ 556 obchodního zákoníku).

Toto ustanovení se bude vztahovat např. na programová vybavení a projektové dokumentace. Výsledek činnosti, jež je předmětem díla podle tohoto ustanovení (podle § 556 obchodního zákoníku), je zhotovitel oprávněn poskytnout i jiným osobám než objednateli, pokud to dovoluje smlouva. Neobsahuje-li smlouva zákaz tohoto poskytnutí, je k němu zhotovitel oprávněn, není-li to vzhledem k povaze díla v rozporu se zájmy objednatele.

Ve smlouvě doporučujeme uvést dovolení nebo zákaz. Pokud by tomu tak nebylo, bude se zkoumat, zda oprávnění zhotovitele není v rozporu se zájmy objednatele.

Je-li předmětem díla podle § 556 obchodního zákoníku výsledek činnosti, který je chráněn právem z průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví, je objednatel oprávněn použít jej pouze k účelu vyplývajícímu z uzavřené smlouvy o dílo. K jiným účelům je oprávněn jej použít jen se souhlasem zhotovitele. Je v zájmu objednatele, pokud by nechtěl žádat zhotovitele o souhlas, aby účel použití byl ve smlouvě sjednán.

Zhotovitel odpovídá za porušení práva jiné osoby z průmyslového vlastnictví nebo jiného duševního vlastnictví v důsledku použití předmětu díla, jestliže k tomuto porušení dojde podle českého právního řádu nebo podle právního řádu státu, kde má být předmět díla využit, a zhotovitel o tom věděl v době uzavření smlouvy. Pro právní vady díla platí přiměřeně příslušná ustanovení obchodního zákoníku o smlouvě kupní (§ 434 a § 435).

XI. Vady díla

Poslední speciální ustanovení věnovaná v obchodním zákoníku smlouvě o dílo jsou ustanovení nazvaná "Vady díla" (§ 560 až 565). Dílo má vady, jestliže provedení díla neodpovídá výsledku určenému ve smlouvě.

Zhotovitel odpovídá za vady, jež má dílo v době jeho předání. Jestliže však nebezpečí škody na zhotovené věci přechází na objednatele později, je rozhodující doba tohoto přechodu.

Zhotovitel odpovídá za vady díla vzniklé po této uvedené době (v § 560 odst. 2 obchodního zákoníku), jestliže byly způsobeny porušením jeho povinností.

Za vady díla, na něž se vztahuje záruka za jakost, odpovídá zhotovitel v rozsahu této záruky (§ 560 odst. 2 obchodního zákoníku).

Spočívá-li dílo ve zhotovení věci, platí obdobně příslušná ustanovení o smlouvě kupní (§ 420 až 422 a § 426 obchodního zákoníku).

Zhotovitel neodpovídá za vady díla, jestliže tyto vady byly způsobeny použitím věcí předaných mu k zpracování objednatelem v případě, že zhotovitel ani při vynaložení odborné péče nevhodnost těchto věcí nemohl zjistit nebo na ně objednatele upozornil a objednatel na jejich použití trval.

Zhotovitel rovněž neodpovídá za vady způsobené dodržením nevhodných pokynů daných mu objednatelem, jestliže zhotovitel na nevhodnost těchto pokynů upozornil a objednatel na jejich dodržení trval nebo jestliže zhotovitel tuto nevhodnost nemohl zjistit. Rozhodujícím pro posouzení konkrétních případů bude zjišťování, zda zhotovitel vynaložil odbornou péči.

Objednatel je povinen předmět díla prohlédnout nebo zařídit jeho prohlídku podle možnosti co nejdříve po předání předmětu díla (§ 562 odst. 1 obchodního zákoníku).

Soud nepřiznává objednateli právo z vad díla, jestliže objednatel neoznámí vady bez zbytečného odkladu poté, kdy je zjistí, bez zbytečného odkladu poté, kdy je měl zjistit při vynaložení odborné péče při prohlídce uskutečněné podle § 562 odst. 1 obchodního zákoníku, bez zbytečného odkladu poté, kdy mohly být zjištěny později při vynaložení odborné péče, nejpozději však do dvou let a u staveb do pěti let od předání předmětu díla.

U vad, na něž se vztahuje záruka, platí místo této lhůty dvou a pěti let záruční doba (§ 562 odst. 2 obchodního zákoníku).

Jedná se o obdobné ustanovení jako je tomu u smlouvy kupní (§ 428 odst. 1 obchodního zákoníku). Proto se také použijí ustanovení § 428 odst. 2 a 3 obchodního zákoníku obdobně na účinky uvedené v § 562 odst. 2 obchodního zákoníku. To znamená, že se k nim přihlédne, jen když zhotovitel namítne v soudním řízení, že objednatel nesplnil včas svou povinnost oznámit vady díla.

Odpovědnost za vady podle zákonné úpravy není pro objednatele zdaleka tak výhodná (viz formulaci o odpovědnosti při porušení zhotovitelovi povinnosti) jako v případě, sjedná-li záruku (mj. musí být dílo po určité době způsobilé sjednanému - jinak obvyklému účelu). Sjednání záruky se tedy jeví v zájmu objednatele.

Záruční doba týkající se díla, je-li sjednána, počíná běžet předáním díla. Pro záruku za jakost díla jinak platí přiměřeně ustanovení o kupní smlouvě (§ 429 až 431 obchodního zákoníku), tj. ustanovení o vzniku a rozsahu záruky, o běhu záruční doby a rozsahu odpovědnosti za vady vzniklé během záruční doby (viz § 563 obchodního zákoníku).

Nároky z vad jsou určeny v ustanoveních § 564 a § 565 obchodního zákoníku. Prvé z nich stanoví, že při vadách díla platí přiměřeně příslušná ustanovení kupní smlouvy (§ 436 až 441 obchodního zákoníku).

V případě vad díla se tedy podle § 564 obch. zák. přiměřeně aplikují ustanovení § 436 až 441 obch. zák. Podle § 440 odst. 2 obch. zák. pro nároky z vad díla platí, že uspokojení, kterého lze dosáhnout uplatněním některého z nároků z vad, nelze dosáhnout uplatněním nároku z jiného právního důvodu.

Objednatel se tedy nemůže domoci nahrazení újmy vzniklé z vadného plnění např. cestou institutu bezdůvodného obohacení, pokud ovšem nebyla stranami ve smlouvě o dílo vyloučena, popřípadě jinak modifikována aplikace ustanovení § 440 odst. 2 obch. zák., neboť jde o ustanovení, které má podle § 263 obch. zák. dispozitivní povahu (viz Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 4. 2001, sp. zn. 29 Cdo 1180/2000).

Objednatel pak není oprávněn požadovat provedení náhradního díla, jestliže předmět díla vzhledem k jeho povaze nelze vrátit nebo předat zhotoviteli (§ 564 obchodního zákoníku). To bude typické zejména ve výstavbě i jinde, kde je předmět plnění ve vlastnictví objednatele.

Využije-li objednatel podle ustanovení uvedených v § 564 obchodního zákoníku práva odstoupit od smlouvy týkající se předmětu díla, který nelze vrátit nebo předat zhotoviteli, neplatí § 441 obchodního zákoníku (upravující odstoupení u kupní smlouvy). Objednatel však není oprávněn odstoupit od smlouvy, jestliže vady díla neoznámil včas zhotoviteli.

Závěrem

Zrušením celé řady ustanovení právních předpisů obchodním zákoníkem došlo ke zcela nové situaci ve výstavbě.

Úprava smlouvy o dílo v obchodním zákoníku je značně stručnější v porovnání s úpravou dřívější. To by nás i zde mělo vést k nepovrchnímu řešení konkrétního obchodního případu ve smlouvě a k přesnému a poměrně podrobnému upravení jednotlivých otázek ve smlouvě (u průmyslové výstavby lze doporučit služby některé specializované právní kanceláře). Lze přitom využít obchodních zvyklostí, popř. vykládacích pravidel (§ 274 obchod. zák.) a obchodních podmínek.²⁴

²⁴ Csach, K.: Vztah odchýlných dojednaní a všeobecných obchodních podmínek, *Justičná revue* č. 2/2006, s. 274-281, II. část č. 6-7/2006, s. 921-927

Význam smluvního jednání je ostatně u všech smluv zřejmý právě ze široké smluvní volnosti, kterou obchodní zákoník umožňuje a ze skutečnosti, že dílčí okruhy problémů obchodní zákoník neřeší a ponechává je smluvním partnerům (např. dodávky náhradních dílů, servis, délky záruk, sankce, fakturace, placení, zkoušky, převzetí, spolupráci na stavbě, podrobnosti vedení stavebního deníku apod.). Při kontraktaci je přitom možno vycházet z publikovaných praktických poznatků.²⁵

Při úvahách de lege ferenda můžeme vycházet z našich dřívějších návrhů. U smluvního typu smlouvy o dílo navrhujeme odstranění drobnějšího legislativně - technického nedostatku - ustanovení § 537 i § 538 je totiž v obchodním zákoníku uvedeno pod názvem "Provedení díla". Přitom pod stejným názvem je též skupina ustanovení § 554 až 559 obchodního zákoníku. Záležitost by se mohla řešit např. novým názvem "Splnění díla" pro posléze uvedenou skupinu ustanovení.

Jak realizovat a aplikovat ve smlouvě o dílo ustanovení § 445 až 446, § 455 až 457 a § 461 obchodního zákoníku by zřejmě nemělo vyvolávat otázky. Jedná se o ustanovení dispozitivní; lze-li jejich použití vyloučit odchylnou dohodou u kupní smlouvy a jejich obdobné použití stanoví pro smlouvu o dílo ustanovení § 554 obchodního zákoníku, které je rovněž dispozitivní, nic nebrání odchylné dohodě stran ani u smlouvy o dílo.

Jak je to však s realizací a aplikací kogentních ustanovení § 444, 458, 459 obchodního zákoníku, když jejich obdobné použití je určeno dispozitivní úpravou obsaženou v ustanovení § 554 obchodního zákoníku? Lze jejich použití dohodou vyloučit nebo ne? Na to lze odpovědět dvěma způsoby:

Pro kladnou odpověď, tedy pro argumentaci vyloučení, svědčí, že ustanovení § 554 obchodního zákoníku je dispozitivní. Z toho lze vycházet a tvrdit, že při dispozitivnosti ustanovení § 554 obchodního zákoníku se není třeba zabývat otázkou, na jaká ustanovení odkazuje.

Při odpovědi, že použití ustanovení § 444, 458, 459 obchodního zákoníku vyloučit nelze, je naopak základem argumentace, že se jedná o ustanovení kogentní a jsou tedy kogentní i při obdobném použití (tedy na základě odkazu jiného ustanovení). K této argumentaci se spíše přikláníme a tazatelům z praxe raději doporučujeme tato ustanovení respektovat.

Řešení pak vidíme v takovém znění textu zákona, které by jej učinilo jednoznačným. Podle našeho názoru lze buď změnit § 444, 458, 459 obchodního zákoníku na dispozitivní (pak by o možnosti jejich vyloučení u smlouvy o dílo nebylo pochyb) nebo z ustanovení § 554 odst. 5 obchodního zákoníku vypustit tam uvedené § 444, 458, 459 a doplnit kogentní odst. 6 o jejich obdobném

²⁵ Viz Pohl, T.: Několik praktických poznatků advokáta z aplikace ustanovení obchodního zákoníku o smlouvě o dílo v oblasti budování staveb, Bulletin advokacie č. 8/1999, s. 21 a násl.; Pražák, Z.: Smlouva o dílo, 2. přepracované vydání, Linde Praha 2007, 224 s.

použití (pak by nebylo pochyb, že je z použití vyloučit nelze). Řešení uvedené jako poslední považujeme za vhodnější.

Při budoucích změnách právní úpravy tedy doporučujeme označit výslovně za kogentní ty části ustanovení smlouvy o dílo, které odkazují na kogentní ustanovení smlouvy kupní.

Současně doporučujeme zvážit, **zda kogentní ustanovení § 324 obchodního zákoníku, které ukládá plnění řádně a včas, tedy bez jakýchkoli vad, není vhodné modifikovat - zmírnit úpravu smlouvy o dílo pro výstavbu kogentním textem a např. stanovit, že za řádné a včasné splnění se považuje splnění s ojedinělými drobnými vadami a ojedinělými drobnými nedodělkami, které nebrání provozu užívání, ani tento provoz neztíží.** Takovým vadám a nedodělkům se totiž ve výstavbě prakticky nelze vyhnout.

Při úvahách de lege ferenda je po našem soudu vhodné zvážit, zda se smlouva o dílo bude vztahovat na jakoukoliv činnost obecně či zda se případně doplní smluvní typ "o provedení prací". Dílčích návrhů de lege ferenda je ovšem v odborných pracech uváděno mnohem více.²⁶

²⁶ Viz zejména v roce 2009 obhájenou habilitační práci Štenglová, I.: Smlouva o dílo, Právnická fakulta UK Praha a disertační práci obhájenou též v roce 2009 Cvrkalová, I.: Zmluva o dielo, Právnická fakulta TU Trnava, které se jistě brzy dočkají knižního vydání.

Obchodní společnost coby smlouva, návrh českého zákona o obchodních korporacích a úvahy o detoxikaci

doc. JUDr. Bohumil Havel, PhD.

Ústav státu a práva Akademie věd České republiky, v. v. i.

I. Proč?

Můžeme si o rekonstrukci českého soukromého práva myslet cokoliv. Můžeme ji kritizovat, chválit, nebo nás to může zcela míjet. To vše je možné, a každému co je libo, nic to ale nemění na tom, že práce jsou ve vrcholné fázi a další osud předloh se dostává do sféry politiky a náš věcný vliv na texty bude minimální, bude-li vůbec nějaký.

Právo je ale přeci jen varianta lidského kontrolního mechanismu, který nevzniká ve slovech, ale v myšlenkách, které slova sice zachycují, ale jejich výklad mu nedávají – ten dává opět myšlení a doktrína. Určitou sémantickou shodu nicméně mít musíme, stejně jako musíme mít shodu doktrinální – na konkrétní je jistě mnoho možných názorů, ale doktrína by měla umět najít bazální shodu. Myšlenka, že psané právo zachytí vše chtěné, zemřela s Justinianem a nepřežila ani krátké probuzení Napoleonem. Všichni dnes máme možnost psát dějiny soukromého práva, podílet se na rámci regulace, která bude možná bude ovlivňovat více než jen jednu lidskou generaci. Očekávejme totiž, že i nadále budeme ve společnosti zažívat *spory*¹ – tedy, že nezavládne absolutní řád, a právo bude svět ovlivňovat, tu k lepšímu, tu k horšímu.

Žijeme *dobu dekonstrukce* stávajícího soukromého práva, jedno jak ho máme zažité, prožité nebo indoktrinované. *Status quo* soukromého práva je špatný, nečitelný, neprediktibilní a svazující lidskou svobodu, aniž by proto byl dán jakýkoliv důvod. Máme sice možnosti odklonu od práva přes *lex contractus*, ale to pouze do té doby, než nám justice *ex post* recharakterizuje nějaké jednání jen proto, že se to tak soudcům zdá lepší.

Učit nové lze i na starém textu zákona, budeme-li vědět, že justice a praxe to nové uchopí a bude aplikovat. Tuto zkušenost bohužel nemáme, a neočekávatelnost jejího nastolení ukazují např. aplikace velké novely občanského zákoníku z roku 1991 nebo původního textu obchodního zákoníku – i na ten bylo možné aplikovat trendy moderního korporáčního práva², nicméně se tak většinou nestalo. Proto se musí právo přepsat, využít nových pojmů, nových ob-

¹ Někteří považují spor za jeden z možných judiciozních mechanismů, které mohly vést k vyšší kulturní jednotnosti – srov. teze Malinowského in *Pospíšil, L., Anthropology of Law. A Comparative Theory*, New Haven: HRAF Press, 1971, str. 8.

² V dalším činím úvahy většinou o korporacích kapitálového typu.

ratů, nových institutů, a to nezávisle na možných negativních externalitách pro elektronické zpracování výsledných zákonů do databází a informačních systémů.

Obchodní zákoník sice vznikl v roce 1991, tedy vlastně nedávno, ale neměl o moc lepší osud. Tvrdím sice, dnes, že jeho původní textace ve skutečnosti nebyla špatná, protože obsahovala, byť implicitně, mnohé z toho, co zná moderní korporální právo, to však není dnes již podstatné. Rychlý rozvoj podnikání a samozřejmě také významné až drastické případy morálního selhání ukázali, že i korporální právo se musí změnit. Potvrdil to také postupný názorový vývoj judikatury Evropského soudního dvora, která mnohdy nečekaně a jen vágně odůvodněně rozproudila *forum shopping* a přinutila tak národní legislativce měnit právo a otevírat regulace světu. Tento trend není vidět jen ve státech bývalého sovětského bloku (Polsko, Rumunsko, Lotyšsko, Estonsko apod.), ale byl po roce 2001 aktuální i v západní Evropě – nové regulace přijala Francie nebo Velká Británie, modernizací prošlo nebo prochází právo švýcarské, německé, dánské³, rakouské či nizozemské. Řada těchto změn má významný doktrinální rozsah a ukazuje, že stará dogmata nemohou platit.⁴

Chceme-li se pokusit najít něco, co mají zmíněné změny napříč Evropou společného, musíme zvážit také obecné úpravy občanských zákoníků. Právnícké osoby, což je uznávaná forma pro kapitálové společnosti, nejsou sice obecně definovány, nicméně právní řády je nepopírají – ba naopak, v posledních letech se řadě entit historicky bez právní subjektivity právní osobnost přiznává.⁵ Občanské zákoníky se také mnohdy pouštějí do specifikace toho, co v oblasti korporálního práva označuje jako *corporate governance* – mnohdy je to totiž občanský zákoník, kde se specifikují pravidla pro vznik orgánu, jejich jednání, povinnosti apod. Zkrátka, na rozdíl o naší stávající úpravy si řada jiným jurisdikcí mnohdy vystačí z obecnostmi, které pro potřeby korporací pouze upřesňuje či zpřísňuje.

Kromě poznatku o obecnostech také narážíme na to, že se jednotlivé evropské regulace amerikanizují/anglicizují. Národní modely korporálního práva se více a více přibližují modelům, které obsahuje regulace anglická nebo americká, resp. regulace korporálně úspěšných jurisdikcí (Delaware, New York, California apod.). Tento trend je sice v mnohém také výsledkem přenosu znalostí v USA nebo Velké Británii studujících právníků⁶, ale významný důvod lze spat-

³ Zde se jedná o jednu z nejnovějších změn účinnou od 1.3.2010 – srov. *Werlauff, E.*, *New Danish Company Act on Shareholders Agreements: A Critical Evaluation*, *European Company Law*, 2011. 8:4, str. 161 an.

⁴ Srovnejme třeba zavedení *business judgement rule* do německého akciové práva nebo významnou změnu německého regulace společnosti s ručením omezeným – srov. úvahy *Leistikowa, M.*, *Das neue GmbH Recht mit MoMiG*, München: C.H.Beck, 2009.

⁵ Srov. vývoj v chápání osobních společností v Německu, Rakousku či Švýcarsku.

⁶ *Hopt, K.*, in *Reimann, M., Zimmermann, R., (eds.)*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: OUP, 2006, str. 1170.

řovat v možnostech *opt-in* systémů – má-li kdokoliv možnost regulovat vnitřní poměry korporace volitelnou jurisdikcí, udělá to, pokud mu jeho národní nevyhovuje. *Via facti* se tak do národních regulací dostávají anglo-americké modely, a to proto, že vykazují nejvyšší úspěšnost a současně adaptibilitu s národním prostředím. Není proto dnes překvapivé, že české společnosti, jejichž akcie jsou obchodované na pražské burze a jsou ve SPADU, mnohdy sídlí v Nizozemí nebo Lucembursku.

Dalo by se jistě říci, že je-li národní regulace nevyhovující pro velké společnosti, neznamená to, že tomu je obdobně pro malé a střední podnikatele – ti ostatně v ČR i nadále operují podle českého práva. Bylo by také možné říci, že řadu zahraničních normativních modelů čeští podnikatelé nepotřebují, tedy na nutně měnit národní regulace? Bezesporu je to pravda, *path dependence* je také cesta. Ptejme se však současně, bylo-li by tomu tak, proč se mění tolik národních regulací? Proč tolik společnosti vysídluje mimo území ČR? Proč advokátní kanceláře mnohdy vytváří vnitřní regulaci společností podle zahraničního práva? Proč se na českém území nedělají IPO? Proč se většina nabídek převzetí dělá podle zahraničního práva? Lze říci, že odpověď je jednoznačná – české prostředí nabízí jen zlomek možného, a to rozvíjejícímu se podnikání již nestačí.

Navíc, přesídlování společností má také daňové a insolvenční konotace – zde zejména pro využitelnost COMI modelu ve vazbě na přeshraniční insolvenční řízení podle Nařízení č. 1346/2000. V neposlední řadě ovlivňují myšlení o korporacním právu také aktuální úvahy o *corporate (and environmental) social responsibility*, které se místy již protlačují i do psaného práva.⁷

Bud' tedy budeme moderní trendy korporacního práva jen sledovat, nebo se jich budeme účastnit – česká rekodifikace soukromého práva dělá to druhé a je to v mnohém významný odklon od stávající doktríny a stávajících normativních řešení a vyjádření, ale co uděláme my?

*Intoxikoval jsem se tedy znovu, protože lékaři, kteří prováděli detoxikaci – mohlo by se říci jednoduše očistu – neusilovali o léčbu prvotních příčin vyvolávajících potřebu intoxikace, tedy toho, že jsem znovu zakusil nervovou nerovnováhu a raději zvolil rovnováhu umělou než žádnou. Toto morální šminkování klame víc než zdrhaný výraz: je lidské, skoro ženské se k němu uchýlovat.*⁸

II. Jak?

Nutno začít návrhem občanského zákoníku (dále jen „NOZ“). Ten se koncepčně vrací k primátu člověka a jeho případných derivátů s jejich svobodami a

⁷ Srov. např. speciální číslo o CSR v European Company Law, 2011, 8:2/3 nebo v ČR jednu z posledních publikací – Zadražilová, D., et al., Společenská odpovědnost podniků, Praha: C.H.Beck, 2010.

⁸ Cocteau, J., Opium. Deník jedné detoxikace, Praha: Rubato, 2011 (1930), str. 17.

netají se přitom svým etickým zázemím. Čteme tak, že každý člověk má vrozená, již samotným rozumem a *citem* poznatelná práva, a tudíž se považuje za osobu.⁹ Dodává se dále, k úděsu mnohých, že soukromé právo chrání důstojnost a svobodu člověka i jeho přirozené právo brát se o vlastní *štěstí* a štěstí jeho rodiny nebo lidí jemu blízkých takovým způsobem, jenž nepůsobí bezdůvodně újmu druhým. Člověk má tedy práva, která NOZ utvrzuje, netvoří.

Má-li člověk svobodu, má také právo tvořit umělé entity a využívat je ke své činnosti, jedno proč. NOZ tak dále stanoví, že osobou je i právnická osoba s tím, že tou rozumí *organizovaný útvar*, o kterém zákon stanoví, že má právní osobnost, nebo jehož právní osobnost zákon uzná. Právo tak akceptuje lidskou možnost tvořit umělé entity a nadává je právní osobností – zjevně v relacích teorie fikce – bez zákona (či jeho uznání), není právní osobnost a tak ani právnická osoba. Rozhodnutí zákonodárce pro využití teorie fikce je fatální – právnická osobnost je normativní schéma, které svou existenci realizuje skrz člověka.

Vymezení právnické osoby však přináší mnohem více poznatků, než jen příklon k fiktivnosti. Zákonem užívaná slova „organizovaný útvar“ implikují nejen druhovou otevřenost, ale také primát lidské vůle při vzniku, organizaci a zániku tohoto útvaru. Pokud toto vymezení vtáhneme do aktuálních úvah o korporacním právu, zjišťujeme, že NOZ reaguje (nevědomky) na úvahy o povaze korporacního práva coby organizačního práva, tedy práva, které spojuje právní znaky s těmi ekonomickými, a komponuje souhrn obligací, který organizuje vztahy mezi společníky, vlastníky, manažery a věřiteli, kteří všichni na korporaci participují.¹⁰ Tento organizační aspekt korporacního práva se posiluje úvahami o „statusovém základu“ fiduciárního práva, tedy práva regulujícího práva a povinnosti při správě obchodních korporací.¹¹ Je dobré vnímat, že organizační základ korporacního práva formuluje NOZ, nikoliv návrh zákona o obchodních korporacích (dále jen „ZOK“).

Spojíme-li organizační základ korporace se svobodou člověka a otevřeností jeho možností, nabízí se další významný projev navrhovaného pojetí právnické osoby – organizovaný současně znamená vytvořený *podle a na základě vůle* zakladatele. Každá korporace vyvěrá z právního jednání – jednostranného nebo vícestranného. Výsledkem je obligace, vztahy, které původně vznikly zakladatelům, ale dále se hypostazují a nabalují na sebe další a další vztahy. Tato koncepce, zanesená do práva jeho ekonomickou analýzou, předpokládá, že korporace je právní osobností nadaný neuzavřený soubor obligací, jehož

⁹ Inspirováno zlomovým čl. 16 ABGB posunutým o etickou souvislost – „Každý člověk má přirozená, již skrze rozum zřejmá práva, a má tedy jako osoba považován být“ (v překladu z roku 1812).

¹⁰ Hansmann, H., *Kraakman, R.*, The Essential Role of Organizational Law, <http://papers.ssrn.com>.

¹¹ Úvahy o významu této regulace pro motivace při správě korporace dává zejm. *Frankel, T.*, *Fiduciary Law*, Oxford, OUP, 2011.

obsah je dynamický, nicméně mnohdy *ad hoc* nečitelný (*black box*).¹² Abychom ušetřili obecné civilní právo toho ekonomizujícího se přístupu, užívá se pro takovéto korporace označení „firma“.¹³

Ačkoliv o tom ZOK ničeho nestanoví, je z něj zjevný jeho příklon k organizační teorii právnických osob, což současně určuje, že napříště není možné právnickou osobu chápat zcela jako fikci – ve skutečnosti se nová regulace podle mého hlásí ke kombinaci teorie fikce a teorie reality v tom smyslu. Tento zdánlivě vnitřně rozporný závěr však rozporným není, pouze odlišuje metodologická pravidla regulace od jejich aplikace. Občanský zákoník předpokládá, že korporace existuje uzná-li to právní řád, a protože korporace nemá vůli, vždy musí ingerovat člověk – toliko fiktivnost normativní konstrukce právnické osoby. Současně však korporace vzniká vůlí stran, její vnitřní schémata tvoří zakladatelská dokumentace, stanovy nebo akcionářské dohody (*sideletters, shareholders agreements*) apod. Zákon tak jasně deklaruje umělou právní osobnost, a proto účast lidí, současně ale také předpokládá, že základním stavebním kamenem každé právnické osoby je smlouva¹⁴, resp. navazující obligace. Na tomto závěru nic nemění ani možné diskuse o „spotřebování“ zakladatelské smlouvy (stanov) a její chápání jako svěbytného organizačního aktu.¹⁵

Fiktivnost korporace proto nijak nevyklučuje její obligační základy, ani její obligační budoucnost – obsah korporace, její cenu¹⁶ a její postavení na trhu totiž na dále neurčuje její forma, ale právě vyhodnocení její „obligační povahy“. Korporace vstupuje do právních vztahů, dobrovolně nebo nedobrovolně, a z tohoto pohledu by nemělo být podstatné o jakou formu se jedná – volba mezi akciovou společností nebo společností s ručením omezeným nestojí *per se* na jejich formě, ale na limitaci odpovědnosti, pravidlech pro správu, participaci na zisku, schopnosti získávat externí zdroje úpisem podílů apod. ZOK se v tomto proto snaží jasně ukázat, že v řadě zmíněných důvodů volby mezi tou nebo onou korporací nejde jen o důvody povrchní, protože korporace jsou si podobné, ale o důvody investorské, sofistické.

Úvahy o obligačním charakteru korporace nikterak nesnižuje skutečnost, že podíl v korporaci je majetkovou hodnotou, která je předmětem vlastnického

¹² *Jensen M. C., Meckling W. H.*, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure, cit. dle *Jensen, M., C.*, A Theory of the Firm, Cambridge: HUP, 2000, str. 89.

¹³ Pro bližší detaily zde diskutovaných témat srov. *Havel, B.*, Obchodní korporace ve světě proměn, Praha: Auditorium, 2010, str. 46 a jinde.

¹⁴ Subsumuji pod ní zde i jednostranné jednání.

¹⁵ Srov. viz *Dědič J., Pihera V.*, K teoretické koncepci kapitálových obchodních společností, in *Havel B., Pihera V.*, (eds.), Soukromé právo na cestě. Eseje a jiné texty k jubileu Karla Eliáše, Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, str. 72 an. a opačné úvahy in *Havel, B.*, l.c., str. 82.

¹⁶ Vycházím z předpokladu, že cena je výsledkem cenové negociace, tedy určením toho kolik je zájemce ochoten za konkrétní věc zaplatit. Na to navazuje také NOZ pravidlem, že „hodnotou věci, lze-li ji vyjádřit v penězích, je její cena“.

práva.¹⁷ NOZ navíc již neobsahuje trialitu předmětů právních vztahů a předpokládá pouze existenci věcí (hmotných a nehmotných). Je pak logické, že podíly mohou být uchopeny z jejich věcněprávního pohledu. Mění to však něco na povaze korporace coby nexu obligací? Cena podílu se určuje podle ceny korporace, podíl tedy navazuje a sám je svou podstatou obligačním vztahem, byť traktovaným jako věc a uchopeným vlastnickým právem. Na obligační povaze korporace ostatně obdobně nemění nic ani to, že její majetek tvoří podnik (závod), tedy věc hromadná. Není ostatně nezajímavé, že k organizačnímu základu se přiklání také nová v NOZ obsažená definice závodu (dnes podniku), který je chápán jako „organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti“ – i zde je upřednostněna organizace a vůle podnikatele.

Jde-li v tomto směru dál logikou občanského zákoníku, dojdeme k určitému rozmazání odlišení obligace a věci, tedy obligačního charakteru korporace a jejích věcněprávních konotací, a to protože i pohledávka bude věcí. Chápu-li tedy korporaci jako synergický set obligací, ve skutečnosti říkám, že korporace sama je tvořena věcmi¹⁸, jejichž obsah se v čase mění, nikoliv však podstata. Právo ke korporaci je právo k věci, byť jí jako celku dáváme právní osobnost. Subtilněji, jedná se o právo k právnímu subjektu, který má dál právo k věci – vlastník podílu nemá přímý vliv a přímé právo na majetek korporace (uzamčení)¹⁹, ba tento dokonce může být bez jeho souhlasu prodán (konvertován). Uvnitř toho všeho je však stále obligace, byť ji můžeme chápat jako věc a podíl na ní chránit nástroji věcného práva.

III. Co s tím?

Obligační povaha korporace má oproti případné favorizaci jejích věcněprávních aspektů jeden významný důsledek – reaguje totiž na neuzavřenost obligace. Vlastníci a strůjci korporace nikdy nemohou pamatovat na všechny možné situace, které se v budoucnosti stanou a logicky tak do svých obligací vtahují obecná schémata, která řešení přinesou. Neúplné smlouvy/obligace²⁰ jsou tak v samotném jádru fungování korporace, doplněno dále o otevřené

¹⁷ Srov. úvahy *Csacha, K.*, Korporácia – Zmluva alebo vlastníctvo? Tertium non datur?, příspěvek na konferenci „Správa obchodních korporací v evropských a rekodifikačních konotacích“ konané 11-12.6.2010 v Plzni.

¹⁸ Zde stranou ponechávám úvahu o tom, zda i dluh je věc, protože NOZ odlišuje majetek a dluhy. Mám za to, že dluh je věcí, mj. protože jeho cena v čase nezávisí jen na jeho nominálu, ale na jeho funkční roli v celku a i případná záporná cena nenarušuje definiční znaky věci.

¹⁹ Srov. *Stout L. A.*, On the Nature of Corporations, UCLA School of Law, <http://ssrn.com> nebo *Sjåffell B.*, Towards a Sustainable European Company Law, New York: Wolters Kluwer, 2009, str. 23.

²⁰ Pojmově srov. např. *Hučka M., Malý M., Okruhlica F. et al.*, Správa společností, Praha: Kernberg Publishing, 2007, str. 4 an.

pojmy (péče řádného hospodáře, obchodní vedení, pravidlo podnikatelského úsudku apod.), a bez nich by korpórační právo nefungovalo.

Bytostně je to vidět v dalším z problému, kterému se při rekodifikaci soukromého práva věnuje významná pozornost – v otázkách správy korporace. Je dnes notorietním poznatkem, že při správě korporace vždy existuje riziko oportunistu a střetu zájmů a právní úprava ho nemůže eliminovat. Může se jen pokusit tyto problémy sanovat tím, že vystaví systém motivací, které budou bránit nechtěným rizikům nebo je prodražovat. Otázky problému zastoupení (*agency dilemma, double agency dilemma*), nákladů zastoupení (*agency cost*) či míry rizika v rozhodování (*risk averse, spekulativní riziko, systémové riziko* apod.)²¹ stojí v centru pozornosti korpóračního práva a dnes již víme, že jejich regulace nutně souvisí s „*implied conditions*“ a s vazbou na trh. Právní regulativ je zde jen jedno z možných kontrolních schémat.

Při vědomí otevřenosti regulace více a více vystupuje nejen obligační a nezavřený základ korporace, ale také to, že pro budoucnost nevystačíme s dosavadními právními strukturami a dosavadním názvoslovím. Změna zde jde seshora, protože česká odborná společnost selhala ve schopnosti změny zdola. Můžeme se blamovat a věřit, že tomu tak není – praxe a doktrína soukromého (a korpóračního) práva však ukazují, že tomu tak je.

IV. Nové ve starém?

Píše se, že přijetí NOZ nelze doporučit, a to pro jeho nemodernost, resignaci na informační aspekty, neurčitost termínů a absenci všeobecného konsensu.²² Pro další úvahy ponechávám stranou zjevnou neznalost soukromého práva autora těchto tezí, a to ve vazbě na tvrzení o nemodernosti a neurčitosti termínů.

Soukromé právo, a to nejen z důvodu, které ukazují na korpóračním právu, z povahy věci pracuje a pracovalo s otevřenými pojmy – tuto notorietu není nutné rozvádět. Je logické, že má-li dojít ke změně paradigmat, musí se tak stát také zavedením zcela nových pojmů, obrátů a institutů, a to zejména proto, že je stávající psané právo nezná (zná je ovšem např. doktrína nebo judikatura). „*Open texture*“ jsou bazálníním nástrojem soukromého práva, již pro existenci legální licence.

Vzhledem k výše řečenému je také logické, a ukazuje to jak přijetí Code civil, tak ABGB či BGB, že přijetí občanského zákoníku je v mnohém politikum – jedná se o sociální skok. Proto, byť nejen proto, lze očekávat absenci konsensu – přijetí ABGB bylo velmi diskutováno, přísne, nicméně rozhodnutí o vydání učinil císař – patentem. Dnes žijeme jinou dobu, ale demokracie předpokládá

²¹ Tichý, M., Ovládání rizika, Praha: C.H.Beck, 2006, str.15 an.

²² Cvrček, F., Návrh nového občanského zákoníku (z hlediska jazykového a legislativně technického), Soudce, č. 4, 2011, str. 7 an.

většinové rozhodnutí, nikoliv všeobecný souhlas. Při sledování diskusí nad NOZ lze jasně konstatovat, že jsou zde ti, co ho podporují, a ti, co ho zcela odmítají, jedno proč. Ve zbytku má řada lidí pocit ambivalentní a diskutují se konkrétní změny – ty pak opět často ve vazbě na sociální a politické zázemí diskutéru. Myslet si, že zákon vzniká *in vitro* a bude nad ním všeobecný souhlas popírá nejen historické zkušenosti, ale samotnou povahu právníka, coby konzervativce.

Úvaha o informačních aspektech nové regulace je tématem samo pro sebe. Je jistě správné tímto pohledem hodnotit novou regulaci, ale uvědomme si, že tento pohled je derivativní – zpracování dat reaguje na podkladové aktivum. Data jsou, jejich formulace je věcná a politická, pak se zpracují, nikoliv naopak. Změny, které přichází, jsou fundamentální, a proto je nelze dát do původních jazykových schémat. Ostatně podívejme se do Evropy – CC, ABGB, BGB apod. jsou letité předpisy, ale co třeba nová regulace v Nizozemí, Quebecu, Lotyšsku, Litvě, Rusku, Rumunsku apod. nebo diskuse v Maďarsku? Vznikaly tyto kodexy tak, že sledovala jejich informační návaznost na dosavadní zvyky? Nahlédnutím do jejich textací vidíme, že nikoliv.

Informační systémy slouží aplikaci práva, ne jeho tvorbě, nemohou omezovat doktrínu a myšlení. Závěr, který autor zmíněných tezí dává, podle mého soudu buď projektuje osobní preference nebo je logicky vadný (*non sequitur*). Obé je nesprávné, jedno zda jednotlivé poznatky autora lze diskutovat a mají své ratio.

Můžeme se nicméně i nadále šminkovat a po nocích číst Cocteaua. Možná budeme šťastnější, byť dogmatictější a konzervativnější. Možná nás také mnoho věcí mine, ale co nevíme nebolí.

Normativní regulace prostředí počítačových sítí – vybrané aplikační problémy v České republice¹

JUDr. Ján Matejka, Ph.D.

Ústav státu a práva Akademie věd České republiky, v. v. i.

Úvod

Každá normativní regulace, jak známo, je založena na určité motivaci svých adresátů, přičemž platí, že aby tato regulace byla efektivní, potřebuje především vhodný

a účinný prostředek (obvykle v podobě hrozby sankcí), který účinně a vyváženě působí na své adresáty. Samotná efektivita každé takové regulace je pak rovněž podmíněna fungováním moderního a dynamického právního řádu, který je schopen reagovat na nové, moderní a aktuální potřeby společenské regulace. Rostoucí užívání informačních a komunikačních technologií představuje bezesporu jednu z nejvýznamnějších změn posledních let.

Změny způsobené rozvojem Internetu se postupně přímo či nepřímo promítají do všech odvětví lidské činnosti, právní odvětví nevyjímaje. To vede mnohdy k přehodnocení široké škály existujících právních institutů a dosavadních forem komunikace, a to jak v oblasti práva soukromého, tak i veřejného. Zejména v tomto ohledu je tedy třeba především zkoumat, zda právní předpisy nezaostávají za reálným praktickým životem svých adresátů a jejich aktuálními potřebami. Důsledkem takové absence pak může být náprava tohoto nežádoucího stavu a s tím související vytvoření nového regulačního rámce², který reflektuje aktuální potřeby společenské regulace.

Regulací souvisejících s existencí a rozvojem počítačových sítí (zejména Internetu) je celá řada, od institutů soukromoprávních (např. úprava elektronického podpisu, ochrana spotřebitele u distančních smluv, zvláštní autorskoprávní režim sdělování díla veřejnosti, atd., apod.), až po instituty povahy veřejnoprávní (ochrana osobních údajů, doručování dle jednotlivých procesních řádů, apod.). Ačkoliv je již v současné době naprostá většina těchto oblastí normativně regulována zákonnou úpravou, lze v naprosté většině případů vyslovit spíše negativní závěr o kvalitách těchto úprav, kde většina klíčových otázek zůstává spíše naznačena než řešena perspektivní legislativou. V tomto ohledu

¹ Tento příspěvek byl zpracován na základě podpory Grantové agentury ČR projektu s identifikačním kódem GA407/09/1823 - Normativní regulace prostředí počítačových sítí se zřetelem k Internetu (2009-2011, GA0/GA)

² Uvedené však rozhodně nevolá po jakémkoliv legislativním aktivismu v jakékoliv podobě, který naopak obvykle vede k neefektivnosti a mnohdy spíše k nesrozumitelnosti právního řádu.

se jeví jako zcela zásadní přispívat k řešení existujících problémů nejenom odbornými příspěvky, ale především odborně vyspělou judikaturou.

Smyslem tohoto příspěvku je tedy podat alespoň částečný výklad dvou problematických otázek souvisejících s vybranými instituty práva informačních technologií z pohledu práva soukromého i veřejného, zejména pak aktuální problematikou tzv. data retention a některých základních úvah k problematice elektronického právního styku. V tomto smyslu považují za vhodné upozornit na některá sporná a nepřilíš vyhovující ustanovení souvisejících zákonných i podzákonných právních předpisů, jakož i uvést některá další rizika související s těmito aspekty.

1. Data retention³ – pohled ústavněprávní

1. 1. Úprava data retention zákonem o elektronických komunikacích (v původním znění)

S účinností od 1. září 2008 byla přijata zásadní novela⁴ zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen zákon o elektronických komunikacích)⁵. Tento zákon ve svém ustanovení § 97 odst. 3 a 4 stanovil zcela zásadní povinnost vybraných subjektů (operátorů, poskytovatelů připojení, apod.) uchovávat provozní a lokalizační údaje, které jsou vytvářeny nebo zpracovávány při zajišťování jejich veřejných komunikačních sítí a při poskytování jejich veřejně dostupných služeb elektronických komunikací. Tyto údaje se týkají jak neúspěšných pokusů (jsou-li tyto údaje vytvářeny nebo zpracovávány a zároveň uchovávány nebo zaznamenávány). Subjekty, které tyto provozní a lokalizační údaje uchovávají, jsou povinni je na požádání bezodkladně poskytnout orgánům oprávněným k jejich vyžádání podle zvláštního právního předpisu. Současně jsou tyto subjekty povinny zajistit, aby s těmito údaji nebyl uchováván obsah zpráv. Doba pro uchovávání těchto údajů nesmí být kratší

³ Tento výstižný anglický termín je zde použit zcela záměrně, vhodný český pojem by se s ohledem na komunitární úpravu a mezinárodní vazby, jakož i jeho celkovou dlouhodobou akceptovatelnost tohoto termínu v běžném právním jazyce, hledal nsnadno. Z pohledu platné právní úpravy však lze tento pojem přeložit „povinnost osob zajišťujících veřejnou komunikační síť nebo poskytujících veřejně dostupnou službu elektronických komunikací uchovávat provozní a lokalizační údaje, které jsou vytvářeny nebo zpracovávány při zajišťování jejich veřejných komunikačních sítí a při poskytování jejich veřejně dostupných služeb elektronických komunikací“.

⁴ Viz zákon č. 247/2008 Sb. ze dne 5. června 2008, kterým se mění zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů.

⁵ Zákon byl doručen dne 11. 6. 2008 k podepsání prezidentu republiky, který jej dne 25. 6. 2008 také podepsal. Schválený zákon byl poté dne 30. 6. 2008 doručen k podpisu premiérovi. Zákon byl vyhlášen dne 4. 7. 2008 ve Sbírce zákonů v částce 78 pod č. 247/2008 Sb.

než 6 měsíců a delší než 12 měsíců. Po uplynutí této doby je osoba, která údaje podle věty první a druhé uchovává, povinna tyto údaje zlikvidovat, pokud nebyly poskytnuty orgánům oprávněným k jejich vyžádání podle zvláštního předpisu nebo zákon o elektronických komunikacích nestanoví jinak⁶.

Za účelem provedení výše uvedených ustanovení, jakož i na základě zvláštního zákonného zmocnění⁷ zákona o elektronických komunikacích, byla přijata vyhláška č. 485/2005 Sb., o rozsahu provozních a lokalizačních údajů, době jejich uchovávání a formě a způsobu jejich předávání orgánům oprávněným k jejich využívání. Vyhláška tak podrobně ve struktuře dle jednotlivého druhu služeb elektronických komunikací vymezuje nejen samotný rozsah takto uchovávaných provozních a lokalizačních údajů (např. IP adresu počítače, IMEA mobilního telefonu, atd., apod.), dobu jejich uchovávání (dle druhu údajů 3 měsíce až 6 měsíců), jakož i formu a způsob jejich předávání orgánům oprávněným k jejich využívání a způsob likvidace údajů, které byly poskytnuty orgánům oprávněným k jejich vyžádání podle zvláštního právního předpisu⁸.

Nutno především zdůraznit, že hlavním deklarovaným účelem výše uvedené právní úpravy data retention, bylo zejména čelit zvyšujícím se bezpečnostním rizikům a zajištění bezpečnosti a obrany České republiky. Samotná důvodová zpráva k předmětným ustanovením však tento účel jakkoliv blíže nerozváděla, pouze spíše heslovitě hovořila o zpřesnění povinnosti uchovávat provozní a lokalizační údaje a tyto údaje bezodkladně poskytovat orgánům oprávněným k jejich vyžádání, pouze mimo jiné stručně odkázala na příslušná směrnici 2006/24/ES⁹, která vztahuje povinnost uchovávat tyto údaje pouze na ty údaje, které jsou vytvářeny nebo zpracovávány, a to s tím, že takto uchovávané údaje pak mají být orgánům oprávněným k jejich vyžádání poskytnuty bezodkladně. Jakékoliv bližší zdůvodnění účelu či cílů této úpravy však bylo absentováno. (viz důvodová zpráva k tomuto zákonu).

⁶ viz § 90 zákona o elektronických komunikacích

⁷ Tímto zmocněním bylo právě ustanovení § 97 odst. 4 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích). Vyhláška byla podepsána ministryní pro informatiku a byla publikována v částce 169 pod č. 485/2005 Sbírky zákonů s účinností dnem jejího vyhlášení, tj. 15. 12. 2005.

⁸ Viz Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/24/ES ze dne 15. března 2006 o uchovávání údajů vytvářených nebo zpracovávaných v souvislosti s poskytováním veřejně dostupných služeb elektronických komunikací nebo veřejných komunikačních sítí a o změně směrnice 2002/58/ES."

⁹ Směrnice Evropského parlamentu a rady 2006/24/ES ze dne 15. března 2006, o uchovávání údajů vytvářených nebo zpracovávaných v souvislosti s poskytováním veřejně dostupných služeb elektronických komunikací nebo veřejných komunikačních sítí a o změně směrnice 2002/58/ES. Pro zajímavost lze odkázat na rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci C-301/06, které je mnohdy označováno za právní základ přijetí této směrnice.

Vzhledem k plošnosti této právní úpravy jako celku, jakož i k jejímu dopadu na jednotlivce, došlo v České republice k poměrně široké mediální a částečně i odborné diskusi, které převážně dominovala problematika absence zvláštního důvodu pro plošné uchovávání předmětných údajů. Navzdory skutečnosti, že zákon poměrně důsledně vycházel z principu, že je zakázáno uchovávat samotný obsah komunikace (viz výše), stala se tato úprava předmětem silné kritiky převážně z řad nevládních organizací, které se zabývali ochranou lidských práv, zejména pak práva na soukromí. Podobný postup bylo možné sledovat i v řadě dalších zemí Evropské unie, kde v některých případech došlo k napadení podobných úpravy data retention před ústavními soudy.¹⁰ Podobný osud spočívající v ústavním přezkumu této úpravy úpravu pak logicky následoval i v České republice.¹¹

1. 2. Kolize s právem na soukromí ve formě práva na informační sebeurčení ve smyslu čl. 10 odst. 3 a čl. 13 Listiny

Dne 26. března 2010 byl Ústavnímu soudu České republiky doručen návrh skupiny 51 poslanců na zrušení ustanovení § 97 odst. 3 a 4 zákona o elektronických komunikacích a na zrušení jej provádějící vyhlášky č. 485/2005 Sb., o rozsahu provozních a lokalizačních údajů, době jejich uchovávání a formě a způsobu jejich předávání orgánům oprávněným k jejich využívání, tedy návrh na zrušení výše uvedené úpravy data retention. Základním argumentem ve prospěch zrušení těchto ustanovení byl konflikt v podobě nepřiměřeného zásahu do ústavou garantovaného práva na soukromí. Na uvedené nedostatky upozorňovali nejen odborníci na akademické půdě, ale zejména nevládní organizace¹². Podle navrhovatelů představuje shromažďování a využívání provozních a lokalizačních údajů v takovém rozsahu, v jakém jej vymezují napadená ustanovení zákona o elektronických komunikacích a jej provádějící vy-

¹⁰ Např. v Německu byl takovýto přezkum u Spolkového ústavního soudu realizován již 31. prosince 2007. Napadány zde byly příslušná ustanovení německého telekomunikačního zákona a německého trestního řádu, stanovující poskytovatelům veřejně dostupných telekomunikačních služeb povinnost plošně uchovávat údaje o telekomunikačním provozu po dobu 6 měsíců. Soud v tomto ohledu konstatoval, že uchovávání údajů samo o sobě nelze považovat protiústavní, a to přesto, že se jedná o obzvláště závažný zásah s dopadem, jaký německý právní řád doposud nepoznal. Rozhodujícím pro tento výrok byl především fakt, že data retention je časově omezené na dobu šesti měsíců, občan se tak může spolehnout na to, že uchovaná data budou smazána, data nejsou uchovávána přímo státem, ale za pomoci soukromých subjektů, poskytovatelů služeb elektronických komunikací, stát tak nemá přístup ke všem potřebným datům najednou, a tedy nevzniká jakési univerzální úložiště, ke kterému by měl stát neomezený přístup.

¹¹ K tomuto tématu více viz např. MYŠKA, Matěj. Aktuální otázky data retention. Revue pro právo a technologie. Brno: Masarykova univerzita, 2010, č. 1. ISSN 1804-5383.

¹² Zejména pak organizace Iuridicum Remedium, která byla hlavním iniciátorem českého návrhu, kterým skupina poslanců toto ustanovení napadla.

hlášky č. 485/2005 Sb., neproporcionální zásah do základních práv uvedených v Listině a Evropské úmluvě. Poukazovali přitom jak na související judikaturu Ústavního soudu, tak i Evropského soudu pro lidská práva, jakož i na skutečnost, že k jakémukoliv zásahu do základních práv je nezbytné, aby byl objektivně odůvodněn naléhavou společenskou potřebou a byl zároveň proporcionální vzhledem ke společenské potřebnosti a sledovanému legitimnímu cíli.

Dne 31. března 2011, tedy téměř přesně rok po podání výše uvedeného návrhu, zrušil Ústavní soud České republiky napadenou právní úpravu data retention svým nálezelem č. 94/2011 Sb. ze dne 22. března 2011. Ústavní soud v úvodu svého nálezu zdůraznil význam respektu k soukromému životu a právo na informační sebeurčení v právním státu, tedy možnost osoby samostatně rozhodovat o tom, jaké informace o sobě poskytne, komu a v jakém rozsahu, přičemž dále uvedl (a to i s odkazem na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva¹³), Spolkového ústavního soudu a dalších ústavních soudů, které v této otázce již rozhodovaly, že povinnost uchovávat předmětné údaje se sice nevztahuje na obsahy jednotlivých sdělení, avšak z daných údajů o uživateli, adresátech, časech, datech, místech a formátech komunikace, pokud budou sledovány po delší časový úsek, lze v jejich kombinaci velmi sestavit detailní informace o jednotlivých osobách. Připomněl také, že při zásazích do základních práv a svobod jednotlivce musejí být respektovány ústavněprávní limity a veřejná moc tak může do osobní integrity a soukromí osob zasáhnout jen zcela výjimečně, pokud je to v demokratické společnosti nezbytné a pokud nelze sledovaného účelu dosáhnout jinak.

Ústavní soud rovněž zmínil skutečnost, že úprava byla přijata v souvislosti s bojem proti terorismu (viz argument důvodovou zprávou výše), nicméně zákon umožňoval uchovávaní a poskytování údajů bez předchozího podezření, tedy zcela plošně (plošně) a bez rozlišení míry závažnosti konkrétního deliktu, který je vyšetřován. V tomto ohledu tak úprava data retention představuje významný zásah do základního práva jednotlivce na ochranu soukromí v podobě informačního sebeurčení, a to bez ohledu na skutečnost, že nejsou uchovávány obsahy¹⁴ těchto sdělení. Důvodem pro zrušení této úpravy tak lze vysledovat zejména ze samotné nejasnosti a neurčitosti této úpravy, a to jak

¹³ ESLP ve své judikatuře stanovil požadavky na právní úpravu umožňující zásah do práva na soukromý život veřejnou mocí v podobě užití odposlechu telefonních hovorů apod. – zdůraznil, že je třeba vymezit jasná pravidla upravující rozsah a použití takových opatření, stanovit minimální požadavky na délku, způsob uložení získaných informací, jejich použití, přístup třetích osob k nim a zakotvit procedury k ochraně důvěrnosti údajů a též k jejich zničení. (z odůvodnění nálezu ÚS sp. zn. Pl. ÚS 24/10)

¹⁴ Samotné provozní a lokalizační údaje sbírané po delší časový úsek umožňují vytváření tzv. komunikačních profilů, z nichž lze získat údaje nejen o minulých aktivitách jedince, ale s vysokou mírou pravděpodobnosti i předvídat jeho aktivity budoucí. Názorně to demonstroval německý poslanec Malte Spitz, který poskytl provozní a lokalizační údaje uchovávané o jeho mobilním telefonu německému týdeníku Die Zeit.

v oblasti zákonem zmocněného okruhu orgánů oprávněných k vyžádání si těchto údajů, tak i v oblasti absence vymezeného účelu pro který mohou být tyto údaje oprávněným orgánům poskytovány¹⁵. Velmi podobný argument se objevil i v rozhodnutí Spolkového ústavního soudu v Německu, neboť i tam šli národní legislativci nad rámec požadavků Evropské unie, protože směrnice 2006/24/ES výslovně uvádí, že uchovávané údaje mají být dostupné pro účely vyšetřování, odhalování a stíhání závažných trestných činů. Ústavní soud tak v tomto ohledu rovněž připomněl, že pro oprávněné orgány, které navíc nebyly zákonnou úpravou ani přesně vymezeny, je vyžádání provozních a lokalizačních údajů velmi pohodlným usnadněním práce.

K zásadním pochybnostem český Ústavní soud dospěl i při zkoumání toho, zda nástroj plošného a preventivního uchovávání provozních a lokalizačních údajů je z pohledu jeho původního účelu (ochrana před bezpečnostními hrozbami a prevence před páčáním zvláště závažné trestné činnosti) nástrojem efektivním, a to zejména při existenci tzv. anonymních SIM karet, které se vymykají z napadenou právní úpravou předvídaného rozsahu uchovávaných provozních a lokalizačních údajů a které jsou dle vyjádření Policie České republiky až ze 70 % využívány ke komunikaci při páčání trestné činnosti¹⁶. V této souvislosti lze odkázat na analýzu Spolkového úřadu vyšetřování SRN (Bundeskriminalamt) ze dne 26. 1. 2011, který na základě porovnání statistických údajů o spáchané závažné trestné činnosti na území SRN za období před a po přijetí předmětné právní úpravy k data retention dospěl k závěru, že použití nástroje plošného a preventivního uchovávání provozních a lokalizačních údajů nemělo téměř žádný vliv na snížení počtu spáchaných závažných trestných činů ani na míru jejich objasňování¹⁷. Obdobné závěry lze přitom učinit i při zběžném pohledu na statistické přehledy kriminality na území České republiky zveřejňované Policií České republiky, např. srovnání statistických údajů za období let 2008 až 2010¹⁸.

V neposlední řadě považoval český Ústavní soud za nutné vyjádřit pochybnosti i nad tím, zda je vůbec žádoucí, aby soukromé osoby (poskyvatelé služeb v oblasti internetu a telefonní a mobilní komunikace, zejm. mobilní operátoři a obchodní společnosti zajišťující připojení k internetu) byly nadány oprávněním uchovávat veškeré údaje o jimi poskytované komunikaci i o zákaznících, jimž jsou jejich služby poskytovány (tzn. údaje jdoucí i nad rozsah údajů, jež jsou dle napadené právní úpravy povinny uchovávat), a volně s nimi za účelem

¹⁵ Zákon v tomto ohledu obsahuje jen obecnou formulaci, že shromážděná data se smějí využívat za účelem objasnění skutečností důležitých pro trestní řízení. (viz např. ustanovení § 88a trestního řádu), což je v rozporu s principem předvídatelnosti a legitimního očekávání.

¹⁶ K tomu srovnej "Česká policie chce zakázat anonymní předplacené karty, operátoři se brání", iDNES.cz, 18. 3. 2010

¹⁷ Samotná analýza, jakož i konkrétní statistické údaje jsou dostupné na: <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/426/79/lang,de/>

¹⁸ <http://www.policie.cz/clanek/statisticke-prehledy-kriminality-650295.aspx>

vymáhání pohledávek, rozvoje obchodní činnosti a marketingu disponovaly. Tato skutečnost se Ústavnímu soudu jeví jako nežádoucí zejména z toho důvodu, že v zákoně o elektronických komunikacích ani v jiných právních předpisech není toto oprávnění a jeho účel blíže a podrobněji regulován, nejsou striktně vymezena práva a povinnosti, rozsah uchovávaných údajů, doba a způsob uchování, stejně jako nejsou blíže konkretizovány požadavky na jejich zabezpečení a kontrolní mechanismy.

Kromě rozhodnutí, že úprava není v souladu s ústavněprávními limity, protože porušuje požadavky plynoucí z principu předvídatelnosti rozhodování a legitimního očekávání a koliduje s požadavky na omezení práva na soukromí, čímž Ústavní soud ČR proto vyjádřil jasnou pochybnost nad samotnou nezbytností a přiměřeností plošného a preventivního uchování těchto údajů.

V tomto ohledu lze zakončit, že Ústavní soud České republiky potvrdil celkový trend a existující rozhodovací praxi evropských orgánů ochrany ústavnosti o neústavnosti úpravy data retention, a to navzdory skutečnosti, že dosavadní praxe komunitárních orgánů tuto praxi navzdory silné kritice¹⁹ důsledně obhajuje²⁰. Povinnosti transponovat předmětnou směrnici však nadále trvá, budoucnost data retention tak bude předmětem diskuse i nadále, a to jak v oblasti národních států, tak i na úrovni celoevropské. Výše uvedený nález tak rozhodně nelze považovat za konec úpravy data retention v České republice.

2. Elektronický právní styk

2. 1. Doručování elektronických dokumentů v prostředí České republiky

V České republice neexistuje zákonná úprava jednotného a univerzálního institutu doručování elektronických dokumentů. Jedinou světlou, v mnoha směrech však pouze částečnou výjimkou pak je zavedení institutu datových schránek²¹, tedy jakéhosi zjednodušeného systému, jehož uživatelé mohou spolu prokazatelně komunikovat, přičemž této komunikaci za splnění zákonem stanovených podmínek přiznávají účinky jak předpisy práva veřejného, tak i soukromého.

Institut datových schránek byl do českého práva zaveden zákonem č. 300/2008 Sb., ze dne 17. července 2008, o elektronických úkonech a autorizo-

¹⁹ Kritikou nešetřila zejména nevládní organizace EDRI (European Digital Rights) ve své Stínové zprávě dostupné v angličtině z: <http://www.edri.org/files/shadow_drd_report_110417.pdf>.

²⁰ Evropská komise. Hodnotící zpráva o směrnici o uchování údajů [online]. [cit. 28-06-2011]. Dostupné z: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0225:FIN:CS:PDF>>.

²¹ K tomu více viz Matejka, J., Janák, M.: Normativní regulace prostředí datových schránek. Právník, Sv. 149, (2010) č. 4, s. 345-372

vané konverzi dokumentů, v platném znění (dále jen „Zákon“), jež nabyl účinnosti dne 1. července 2009, kde přijetím této úpravy nastala podstatná legislativní změna, resp. změny, jejíž důsledky mají nesporný dopad na povahu a možnosti realizace právních úkonů v českém právním prostředí. Zákon totiž svou koncepcí narušuje a zásadně mění dosavadní způsoby činností orgánů veřejné moci při uskutečňování písemných právních úkonů. Tímto nastává faktické přerušování zažitých mnohdy více jak sto let trvajících principů, metod „listinného“ fungování České veřejné správy, jejíž kořeny a historie sahají do první poloviny 18. století. Zákon tak lze označit za určitý právní milník 21. století, století, ve kterém dochází k jednotné „elektronizaci“ orgánů veřejné moci České republiky. Jakkoliv nelze sloveso v mnoha směrech pozitivní úpravy. Realizace práv vyplývajících z institutu datových schránek však trpí celou řadou neduhů, které význam předmětné úpravy v mnoha směrech popírá. V tomto ohledu nutno výslovně zmínit zejména nepřilíživou koncepci tohoto institutu, kde převládá spíše prvek ekonomický nad prvkem snadné a efektivní komunikace, jakož i absence úpravy celé řady zásadních procesně-právních aspektů, jakož i rozsah některých práv a povinností stran (např. automatické mazání všech zpráv po 90 dnech po přečtení), jakož i zásadních otázek souvisejících se zabezpečením systému datových schránek jako celku.²²

Některé nedostatky této zákonné úpravy již v některých svých aspektech byly dotvořeny, případně v některých svých částech i překonány právní vědou a judikaturou. Nejvyšší správní soud České republiky tak např. v jednom ze svých rozhodnutí²³ již vyřešil poměrně složitou a zásadní otázku konkrétního okamžiku doručení datové zprávy orgánu veřejné moci, kde tento soud pragmaticky a správně dovedl, že lze za tento okamžik považovat moment dodání datové zprávy do schránky orgánu veřejné moci. V zajímavém *obiter dictu* navíc vyjádřil názor, že v situaci, kdy má orgán veřejné moci postavení účastníka řízení, je třeba posuzovat okamžik doručení podobně jako u soukromoprávních subjektů. Přestože jde v tomto případě o otázku zásadního významu (k okamžiku doručení se mohou vázat zcela zásadní lhůty), zákon doposud nenabízel žádné jednoznačné ani argumentačně pravděpodobné řešení. Současná dikce zákona navíc mate některé orgány veřejné moci v tom směru, že je

²² K tomu více viz Matejka, J., Janák, M.: Normativní regulace prostředí datových schránek. Právník, Sv. 149, (2010) č. 4, s. 345-372

²³ Viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 7. 2010 č. j. 9 Afs 28/2010 – 79, publikované na www.nssoud.cz.

třeba veškerou²⁴ jejich komunikaci realizovat právě prostřednictvím datových schránek²⁵.

Stejná je také otázka fikce doručení upravené v ustanovení § 17 odst. 3 a 4 zákona, které stanoví, že dokument, který byl dodán do datové schránky, je doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí adresát²⁶. Zákon v tomto ohledu stanoví, že nepřihlásí-li se adresát do datové schránky ve lhůtě 10 dnů, považuje se dokument za doručený posledním dnem této lhůty, jde tedy o jakousi obdobu fikce doručení v podobě, jakou zná občanský soudní řád, správní řád nebo zákon o správě daní a poplatků pro písemnosti určené do vlastních rukou adresáta. Je zřejmé, že tato fikce doručení, k níž dochází ze zákona, se však vztahuje pouze na doručování z pozice vrchnostenské, případně z pozice státu jako právnické osoby, kdy doručuje orgán veřejné moci účastníkům, nikoliv tedy na doručování mezi soukromými subjekty navzájem, což je logickým důsledkem povahy samotného soukromoprávního vztahu, který ovládá zásada rovnosti, kde by takto formulovaná veřejnoprávní fikce doručení neměla mít místo. Zákon tak poměrně logicky a v souladu s touto doktrínou v § 18a odst. 2 stanoví, že ustanovení § 17 odst. 3 a 4 se nepoužijí na komunikaci mezi soukromými subjekty. Zákon však dále poměrně nešťastně uvádí (§ 18a odst. 2), že dokument je doručen teprve okamžikem, „*kdy jeho převzetí potvrdí odesílateli adresát prostřednictvím své datové schránky.*“ Vzniká tak zcela zásadní otázka, zda jinak veřejnoprávní předpis představuje *lex specialis* pro otázku okamžiku doručení prostřednictvím datových schránek mezi soukromými subjekty. Dle mého názoru jde o zjevnou chybu zákonodárce, kterou je třeba překonat výkladem. Je totiž nezbytné přihlídnout k tomu, že pro doručování soukromoprávních úkonů platí stará maxima, že doručuje-li se bez současné fyzické přítomnosti účastníků, působí projev vůle navrhovatele vůči příjemci od okamžiku, kdy mu „dojde“ (viz § 45 odst. 1 občanského zákoníku).²⁷

Pojem okamžiku dojití však není v soukromém právu vykládán striktně ve smyslu doručení, jak jej známe z veřejnoprávních předpisů. Toto ostatně opakovaně konstatoval i Nejvyšší soud, když dovodil, že „slovní spojení „dostane se do sféry jeho dispozice“ nelze vykládat ve smyslu procesně-právních před-

²⁴ Orgány veřejné moci tak nezdůvodně namísto procesně efektivnějšího e-mailu používají datové schránky i tam, kdy procesní předpisy doručování neukládají, k jejich použití pak zavazují také účastníky řízení, atd., apod. Jako příklad lze uvést např. samotné Ministerstvo spravedlnosti České republiky, které na základě platného Kancelářského řádu doručuje do datových schránek i například elektronické verze rozhodnutí opatřené doložkami právní moci, resp. vykonatelnosti, to bez ohledu na skutečnost, že rozhodnutí s doložkami není třeba procesně doručovat.

²⁵ K tomu více Polčák, R.: Okamžik doručení do datové schránky, *Revue pro právo a technologie*, roč. 1, číslo 2, str. 22

²⁶ Toto ustanovení, které umožňuje využití datových schránek i mezi soukromými osobami nabylo účinnosti dnem 1. ledna 2010.

²⁷ K tomu více viz Matejka, J., Janák, M.: Normativní regulace prostředí datových schránek. *Právník*, Sv. 149, (2010) č. 4, s. 345-372

pisů. Je jím třeba rozumět konkrétní možnost nepřítomné osoby seznámit se s jí adresovaným právním úkonem. Právní teorie i praxe takovou možnost vykládají nejen jako samotné převzetí písemného hmotněprávního úkonu adresátem, ale i ty případy, kdy doručením písemnosti obsahujícího projev vůle do bytu adresáta či do jeho poštovní schránky, popř. i vhozením oznámení do poštovní schránky o uložení takové zásilky, nabyl adresát tohoto úkonu objektivní příležitost seznámit se s jeho obsahem. Přitom není nezbytné, aby se adresát skutečně seznámil s obsahem úkonu, dostačuje, že měl objektivně příležitost tak učinit. Lze tedy zakončit tím, že k doručení datovou schránkou v soukromoprávním styku dojde i tehdy, doručí-li odesílatel písemnost do sféry dispozice adresáta, aniž by se s ní musel adresát seznámit, natož doručení potvrzovat. Lze tedy zakončit tím, že přestože je při doručování datovou schránkou mezi soukromými osobami vyloučena veřejnoprávní fikce ve smyslu § 17 odst. 4 zákona, uplatní se § 45 odst. 1 občanského zákoníku, tedy dojití písemnosti do dispoziční sféry adresáta, tedy fikce sice jiná, nicméně obdobná.

Další samostatnou kapitolou jsou pak problémy spočívající v ekonomické, případně technické realizaci systému datových schránek, kde např. obálka datové schránky neobsahuje informaci o tom, která konkrétní osoba příslušnou zprávu odeslala. Adresát tedy nemá možnost zjistit, zda mu zprávu poslala přímo oprávněná osoba, nebo zda to byla třeba jen osoba funkčně či jinak pověřená, případně osoba bez takového zmocnění či oprávnění. Uvedené má však zcela zásadní význam z pohledu relevance každé jednotlivé zprávy, pověřená osoba tak např. nemusí být oprávněna jednat, případně přijatý dokument, není-li opatřen zaručeným elektronickým podpisem osoby s jednatelemským oprávněním nebo plnou mocí, nemusí být právně bezvadným úkonem. Některé orgány veřejné moci řeší tento problém tím, že pro jistotu vyžadují, aby byly všechny dokumenty doručené přes datovou schránku podepsány zaručeným elektronickým podpisem. Přestože je takový postup evidentně v rozporu se smyslem a účelem zákona²⁸, těžko mu lze na straně adresáta cokoli formálně vyčíst – ani u úkonu učiněného fyzickou osobou totiž nemůže adresát ověřit, zda jej skutečně učinil sám odesílatel, nebo zda jej odeslala pověřená osoba²⁹.

Bez ohledu na kvalitu zakotvení tohoto institutu, elektronizace státní správy zasahuje do řady hmotně právních i procesně právních institutů a mění tak samotné ohnisko normativního rámce elektronické komunikace v ČR, ale již nyní se objevují návrhy novel tohoto zákona, které v případě jejich účinnosti budou znamenat skutečnou právní revoluci v doručování písemností elektro-

²⁸ Z důvodové zprávy k tomuto zákonu vyplývá, že jedním z cílů tohoto zákona bylo především sjednotit existující způsoby doručování a omezit nutnost používání zaručených elektronických podpisů – viz bod. 2 odst. 3 důvodové zprávy k zákonu č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi.

²⁹ K tomu více viz Polčák R.: Praxe elektronických dokumentů, Bulletin advokacie, číslo 7-8, str. 52

nickou formou mezi subjekty bez ohledu na jejich povahu.³⁰ Zákon však bezesporu ve svém důsledku představuje jeden z nejvýznamnějších předpisů regulujících právní vztahy v prostředí české informační společnosti. Zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ačkoliv není obsahově příliš rozsáhlý, můžeme jej bez nadsázky označit za normativní milník elektronické komunikace.³¹

2. 2. Důkazní spolehlivost (relativní trvalost) elektronických dokumentů

Dokazování bývá obvykle označováno jako páteř samotného procesu, a jako takové je nezbytnou součástí každého soudního či jiného obdobného řízení. Právní otázky související s dokazováním tak představují jednu ze základních a nepochybně také nejstarších právních témat. Pokud se pokusíme stručně analyzovat vývoj této právní úpravy, nepochybně dospějeme k závěru, že v historii existoval mnohdy velmi protikladný vývoj názorů na prokazování těchto právních skutečností. Stejně tak, jak dochází k vývoji těchto názorů, utváří se nové důkazní teorie a metody dokazování, ale zejména také samotná právní úprava, která navíc ještě musí reagovat na nové aspekty společenského, zejména pak technologického, vývoje. V posledních letech dochází k takovým změnám stále častěji, a to především pod tíhou stále častějšího užívání nových technologií (zejména pak počítačů, mobilních telefonů, Internetu, apod.). K jedné z takovýchto změn poslední doby bezesporu patří i potřeba reagovat na nové důkazní prostředky v podobě elektronické. Tyto nové důkazy mohou mít nejrůznější podobu, ať již jde o protokolové soubory v podobě lokalizace SIM karet, logy na nosiči záznamu, elektronicky podepsané dokumenty, případně o data různé povahy uložené na pevném disku osobního počítače. Tento rozvoj tak s sebou často přináší nejen stále narůstající počet takovýchto důkazů, ale také řadu právních otázek týkajících se jeho právního režimu.

Takto nově utvářená důkazní teorie je vždy součástí nauky procesního práva příslušného právního odvětví, které upravuje proces dokazování samostatně, což v případě právního řádu České republiky splňují zásadně jen čtyři právní

³⁰ K tomu více viz Matejka, J., Janák, M.: Normativní regulace prostředí datových schránek. Právník, Sv. 149, (2010) č. 4, s. 345-372

³¹ Předmět úpravy dle § 1 Zákona je poměrně jasně rozdělen do tří hlavních kategorií resp. oblastí. Prvou oblastí, kterou Zákon upravuje, jsou elektronické úkony orgánů veřejné moci vůči fyzickým osobám a právníkům osobám, elektronické úkony fyzických osob a právníků osob vůči orgánům veřejné moci a elektronické úkony mezi orgány veřejné moci navzájem prostřednictvím datových schránek. Druhou oblastí je tzn. informační systém datových schránek. A poslední třetí je autorizovaná konverze dokumentů. Předmět úpravy, který Zákon nově reguluje je tedy poměrně široký a přináší s sebou mnoho právních i faktických novinek, jež si zaslouží bližšího rozboru a pojednání.

odvětví, a to právo občanské, trestní, správní a daňové. Tyto odvětvové důkazní teorie se pak zabývají zkoumáním jak platného důkazního práva, jeho účinností i praktickým uplatňováním, jakož i komparací se zahraničními úpravami.

Jedním z nových aspektů, jehož důkazní spolehlivost stojí spíše na okraji zájmu odborné veřejnosti, je problematika elektronických dokumentů, a to zejména z pohledu jejich trvalosti, tedy časové stability a integrity. Důkazní význam elektronických dokumentů se totiž obvykle odvíjí od toho, kolik informací, jež tento dokument v době pořízení nesl, lze důkazně spolehlivě prokázat i později. Jakákoli ztráta těchto informací pak vede ke snížení či ztrátě samotné důkazní spolehlivosti. V tomto ohledu se navíc judikatura shodla na tom, že popírá-li vystavitel pravost listiny, leží důkazní břemeno ohledně pravosti na tom účastníkovi, který ze skutečností v listině uvedených pro sebe vyvozuje příznivé právní důsledky. Proti takové námitce pravosti musí prokazovat subjekt, který pravostí dokumentu argumentuje.³²

V tomto ohledu samozřejmě platí, že běh času má negativní vliv na důkazní spolehlivost naprosté většiny důkazních prostředků, lhostejno, zda jde o text zaznamenaný na papíře, případně o data uložená v elektronickém dokumentu. Celkově vzato však platí, že záznamy zaznamenané na papíře mají dobu, po kterou lze jejich pravost důkazně posuzovat výrazně delší.³³ Degradace důkazní kvality, resp. spolehlivosti důkazních prostředků mají však elektronické dokumenty řadu dílčích odlišností. Nehledě na již známé problémy se samotným formátem jednotlivých dokumentů, jakož i prostředkem, který je způsobí, je přečíst, případně samotným nosičem tohoto záznamu (např. disketa, apod.), který v průběhu času technologicky stárne, nutno především zmínit, že dosavadní technologie dlouhodobé archivace takovýchto dokumentů (dat v elektronické podobě) jsou velmi nákladné na údržbu a rovněž nepřliš spolehlivé. Kromě těchto spíše technologických problémů vyvolává archivace elektronických dokumentů též řadu právních otázek³⁴. Nutno je v tomto ohledu třeba řešit minimální následující problémy:

- ✚ určení okamžiku vytvoření (vzniku) elektronického dokumentů, případně okamžiku podpisu či jiné obdobné autentizační informace;

³² K tomu srovnej např. rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 22 Cdo 617/99

³³ V tomto ohledu lze bez větších pochyb i v současné době věrohodně posuzovat pravost listin podepsaných v 15. století, kde bylo nedávno opakovaně prokázáno, že např. Oldřich II. z Rožmberka (1403 – 1462), první vladař rodu červené pětিলisté růže, opakovaně falšoval desítky královských listin, přičemž za tímto účelem založil i vlastní dílnu. Tyto listiny uchovávané ve Státním oblastním archivu v Třeboni, jsou v „domnělých originálech“, či kopiích hlavními exponáty zlatokorunské výstavy konané v Klášteře Zlatá Koruna, Zlatá Koruna 1, 382 02 Zlatá Koruna v roce 2011.

³⁴ K tomu podrobněji viz Polčák, Radim: Praxe elektronických dokumentů, Bulletin advokacie, číslo 7-8, str. 52

- ✚ určení ověřitelnosti obsahu elektronického dokumentu, včetně otázek zajištění nezměnitelnosti (integrity) dat;
- ✚ identifikace osoby, která předmětný dokument vytvořila nebo podepsala.

Z výše uvedených problémů vyplývá, že ačkoliv zákon o elektronickém podpisu upravuje za tímto účelem otázky jednotlivých variant zaručených elektronických podpisů, bohužel již nepočítá s jejich následným ověřováním nebo uchováváním těchto dokumentů v čase. Ověřování pravosti podepsaných dokumentů je tak ponecháno prakticky bez zákonné procedury. Z technického hlediska nepředstavuje samozřejmě ověření dosud platného zaručeného elektronického podpisu žádný zásadní problém, nicméně lze v mnoha směrech i tak předpokládat, že soud si k provedení takového důkazního prostředku vyžádá znalecký posudek. O poznání zásadnějším problémem je pak dlouhodobá platnost takto zaručeně elektronicky podepsaného dokumentu, a to především ve vztahu k plynutí času. Čas je totiž zásadním faktorem ovlivňujícím platnost všech elektronických dokumentů podepsaných zaručeným elektronickým podpisem, který je ověřitelný pouze po tu dobu, kdy lze objektivně ověřit jeho pravost. Pravost podpisu se ověřuje pomocí veřejného klíče³⁵, přičemž samotné ověření je opět prováděno počítačovým programem. Výstupem této operace je buď přijetí alternativy, že podpis v dokumentu patří odesílateli a obsah nebyl během transakce změněn, nebo naopak její zamítnutí. Tímto ověřením je testována jako integrita podepsaného dokumentu (resp. jeho nezměnitelnost v čase), tak i samotná pravost certifikátu vydaného poskytovatelem certifikačních služeb. Jak vyplývá z výše uvedeného, pro ověření takového podpisu je nezbytné, aby předmětný poskytovatel certifikačních služeb existoval a zároveň realizoval svou zákonnou povinnost směřující k ověření, a to na základě stejného systémového certifikátu, kterým byl ověřen původní podpis. V souvislosti s plynutím času, resp. během několika let, až desítek let, degraduje důkazní spolehlivost všech zaručeně elektronicky podepsaných dokumentů. Tato degradace může spočívat v celé řadě faktorů, zejména pak v následujících:

- ✚ poskytovatel certifikačních služeb zanikne, případně z jakéhokoliv jiného důvodu nebude způsobilý ověřit pravost podpisu;

³⁵ Tento klíč, který tvoří se soukromým klíčem neodmyslitelnou dvojici, přičemž slouží výhradně pro ověřování a nikoliv pro generování elektronického podpisu. Proto je také možné za tímto účelem publikovat veřejný klíč, neboť z něj nelze zatím žádným přijatelným způsobem odvodit klíč soukromý. Veřejný klíč tak může příjemce získat přímo od odesílatele. Často bývá také zveřejněn (např. na internetu) i s údaji, komu patří. Aby si byl příjemce jist, že daný veřejný klíč patří odpovídajícímu odesílateli, je zapotřebí, aby jeho pravost někdo zaručil. Tato záruka je poskytována prostřednictvím tzv. certifikátu, který uděluje certifikační autorita.

- ✚ použitá technologie (obvykle asymetrická kryptografie) bude překonána, lhotejno, zda z důvodu technologického vývoje nebo nárůstu výpočetní síly;
- ✚ dojde k poškození relevantních starších systémových certifikátů poskytovatel certifikačních služeb;
- ✚ dojde ke změně aktuálního systémového certifikátu.

Celkově vzato lze konstatovat, že nejdéle (již po jednom roce od podepsání dokumentu) může docházet k základní, v mnoha směrech však zatím pouze minimální, degradaci důkazní spolehlivosti zaručeně elektronicky podepsaných dokumentů, což se může projevit zejména při provádění samotného důkazu soudem, kde bude elektronický podpis přímo před soudem neověřitelný, přičemž příslušný program pro ověření podpisu podpis ověří jako neplatný, a to z toho důvodu, že vypršela doba platnosti příslušného certifikátu.³⁶ S postupem času pak mohou být naplněny další faktory (viz výše), což ve svém důsledku může vést k celkové neověřitelnosti pravosti podpisu, a tedy i k celkovému potlačení samotné důkazní spolehlivosti.³⁷

Jediné dlouhodobě perspektivní a ekonomicky reálné řešení průkazného zachování informační hodnoty elektronických dokumentů tak v současné době představují důvěryhodné systémy ukládání dat. Jedná se o různé technické standardy, jejichž nasazení zaručuje na úrovni použité technologie takovou míru kontroly a zabezpečení, kterou může i orgán veřejné moci v procesu autoritativní aplikace práva bez problémů hodnotit jako dostatečně spolehlivou. Pravost dokumentu pak prokazujeme nikoli přímo, ale prostřednictvím toho, že dokument ležel v příslušném standardně zabezpečeném úložišti. Díky standardním (ideálně pak případně i státem uznaným) technickým charakteristikám úložiště tak lze koherentně prokázat, že byl dokument v době svého vzniku platně podepsán a že díky fungujícímu zabezpečení důvěryhodného úložiště nedošlo k jeho pozdější změně. Prvním státem uznaným standardem je v tomto směru nikoli překvapivě standard důvěryhodného úložiště zavedený pro veřejnoprávní elektronickou spisovou službu.³⁸ Vedle něj je pravděpo-

³⁶ Dlužno podotknout, že na věci zásadně nic nemění ani použití časového razítka k podepsanému dokumentu, samotné razítko totiž prokazuje jen existenci dokumentu v určitém čase (nikoli pravost jeho podpisů), navíc časové razítko je svého druhu také zaručeným elektronickým podpisem, je jeho ověřitelnost stejně limitována jako samotný podpis, jehož platnost je ověřována.

³⁷ K tomu shodně též Polčák, R.: Praxe elektronických dokumentů, Bulletin advokacie, číslo 7-8, str. 52

³⁸ Podmínky důvěryhodného ukládání elektronických dokumentů vedených v rámci spisů jsou upraveny v ustanovení § 69a odst. 3 zákona č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Konkrétní specifikace technických náležitostí důvěryhodného úložiště je pak provedena Oznámením Ministerstva vnitra č. j. MV-459111-3/AS-2009, kterým se zveřejňuje národní standard pro elektronické systémy spisové služby (zveřejněno ve VMV, čas-

dobný vznik i dalších, vzhledem k nákladům zřejmě technicky jednodušších a ekonomicky výhodnějších, průmyslových standardů, jejichž důkazní spolehlivost může být s veřejnoprávně uznaným standardem minimálně srovnatelná. K usnadnění práce s elektronickými dokumenty by bylo každopádně vhodné, pokud by stát přispěl k právní jistotě alespoň základní typickou úpravou jednotlivých základních institutů a technických standardů nikoli jen pro potřeby veřejného archivnictví, ale i pro soukromoprávní aplikace.³⁹

Závěr

Smyslem tohoto stručného příspěvku nebylo odradit jeho čtenáře od užívání moderních technologií, ale především upozornit na některá sporná a nepřiliš vyhovující ustanovení souvisejících zákonných i podzákonných právních předpisů, případně upozornit na některé jiné s tím související problémy. Právní věda v oblasti práva nových technologií vykazuje dle mého soudu velmi dobré parametry, a to i navzdory totálního nezájmu politických stran a orgánů veřejné moci. Zlepšení však může spatřovat zejména v důsledném a vzhledem k rozsahu především plošném vzdělávání soudců, jakož i v nastolení klíčových témat rozvoje informační společnosti jako nezbytného předpokladu realizace kvalitní debaty klíčových otázek řady profesních komor a sdružení.⁴⁰

tce 76/2009). K tomu více Polčák, R.: Praxe elektronických dokumentů, Bulletin advokacie, číslo 7-8, str. 52

³⁹ K tomu více zejména Polčák, Radim: Praxe elektronických dokumentů, Bulletin advokacie, číslo 7-8, str. 52

⁴⁰ K tomu více viz Matejka, J., Janák, M.: Normativní regulace prostředí datových schránek. Právník, Sv. 149, (2010) č. 4, s. 345-372

Zmluvy k predmetom priemyselného vlastníctva¹

prof. JUDr. Peter Vojčík, CSc.

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

1. Úvodné poznámky k zmluvným typom, predmetom ktorých je priemyselné vlastníctvo

Predmety priemyselného (ako aj iného duševného) vlastníctva môžu byť predmetom právnych vzťahov, najmä predmetom zmlúv. Súčasná platná právna úprava pojem duševné vlastníctvo ale ani pojem priemyselné vlastníctvo nevymedzuje. V § 1 ods. 3 Občianskeho zákonníka (zákon č. 40/1964 Zb. v znení neskorších predpisov – v texte aj „OZ“) sa nie presne uvádza: „Občiansky zákonník upravuje aj právne vzťahy z duševného vlastníctva, ak ich neupravujú iné zákony“. Do Občianskeho zákonníka boli doplnené ustanovenia, ktoré sa výslovne týkajú duševného vlastníctva. Ide o § 442a, ktorý sa týka náhrady ujmy a to ako nemajetkovej tak aj majetkovej v súvislosti s porušením práv vyplývajúcich z duševného vlastníctva a § 458a, ktorý upravuje bezdôvodné obohatenie získané porušením práv z duševného vlastníctva. Aj v Občianskom súdnom poriadku došlo predovšetkým k úprave predbežných opatrení týkajúcich sa porušenie práv k duševnému vlastníctvu a k úprave zabezpečenia dôkazov v súvislosti s porušením alebo ohrozením práv vyplývajúcich z duševného vlastníctva.

Z úplne najnovších zákonov, ktoré boli prijaté, a v ktorých sa používa pojem duševné vlastníctvo je aj zákon č. 6/2011 Z.z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 131/2002 Z.z. o vysokých školách. V § 62a tohto zákona sa uvádza, že záverečná práca študenta nesmie okrem iného porušovať práva duševného vlastníctva tretej osoby. Tak by sme mohli pokračovať ďalej. Možno uviesť, že pojem duševné vlastníctvo (intellectual property) ako aj priemyselné vlastníctvo, v našej právnej terminológii vžil a v právnych normách sa vyskytuje čoraz častejšie.

V rámci tohto príspevku sa zameriame iba na oblasť priemyselného vlastníctva ako predmetu zmlúv.

¹ Tento príspevok je vyjadrením mojej úcty k celoživotnému vedeckému dielu profesora JUDr. Jozefa Suchožu, DrSc., ktorý práve problematike zmluvného práva v kontexte práva súkromného vrátane práva duševného vlastníctva venoval veľkú pozornosť a zaslúžil sa aj o rozvoj vedy zmluvného práva. Spomínam, akoby „nedávno“ ma prizval k prvej spolupráci a ponúkol publikovať v oblasti ochrany duševného vlastníctva, výsledkom čoho bolo spoluautorstvo v diele : Suchoža, J.- Tkáč, V. - Vojčík, P. : Právni zodpovednosť v tvůrčí technické činnosti. 2.část, Dům techniky ČSVTS, Praha 1980.

Do oblasti práva priemyselného vlastníctva patria:

- A) priemyselné práva,
- B) práva obdobné priemyselným právam.

Ad A): Priemyselné práva delíme do dvoch základných skupín, a to:

a) priemyselné práva na výsledky tvorivej duševnej činnosti, kde patrí

- patentové právo (právo vynálezov),
- právo dizajnov,
- právo úžitkových vzorov,
- právo topografií polovodičových výrobkov,
- právo odrôd rastlín;

b) priemyselné práva na označenie, ku ktorým patrí

- známkové právo (právo ochranných známkov),
- právo označení pôvodu výrobkov a zemepisných označení výrobkov,
- právo obchodných mien.

Ad B): Medzi práva obdobné priemyselným právam patria:

a) práva obdobné priemyselným právam na výsledky tvorivej duševnej činnosti, kde možno zahrnúť

- zlepšovateľské právo (právo zlepšovacích návrhov),
- právo nových spôsobov prevencie, diagnostiky chorôb a liečenia ľudí a zvierat a ochrany rastlín proti škodcom a chorobám,
- právo know-how;

b) práva obdobné priemyselným právam na označenie, kde možno zahrnúť

- logo,
- doménové mená.

S problematikou priemyselných práv na označenie veľmi úzko súvisí aj ochrana osobnosti (pokiaľ ide o ochranu mena) ako aj ochrana názvu a dobrej povesti právnickej osoby.

Nie všetky predmety priemyselného vlastníctva však môžu predmetom prevodu či poskytnutia práv na používanie (licencie). Tak napríklad obchodné meno možno previesť iba spolu s predajom podniku, teda samostatne prevo-

ditel'né nie je. Obchodné meno nemôže byť ani predmetom licenčnej zmluvy. Predmetom licenčnej zmluvy nemôže byť ani označenie pôvodu výrobkov či zemepisné označenie výrobkov.

Pokiaľ ide o zmluvné právo a priemyselné vlastníctvo treba uviesť, že v praxi sa najmä uzatvárajú :

- zmluvy o vytvorení predmetov priemyselného vlastníctva
- zmluvy o prevode predmetov priemyselného vlastníctva,
- zmluvy o využívaní (používaní) predmetov priemyselného vlastníctva (licenčné zmluvy),
- záložné zmluvy, predmetom ktorých sú predmety priemyselného vlastníctva,
- zmluvy (zmiešané), ktoré okrem iného obsahujú aj dojednania, ktorými sa riešia otázky vytvorenia a využívania predmetov priemyselného vlastníctva (napr. zmluva o dielo).

Okrem toho sa uzatvárajú v zmysle priemyselnoprávných predpisov zmluvy (dohody)

- medzi spolupôvodcami navzájom (napr. podľa § 10 ods. 3 PZ, § 19 ZÚV),
- medzi pôvodcom a zamestnávateľom (napr. podľa § 11 ods. 1 PZ, § 11 ods. 5 ZÚV),
- zmluva (dohoda) medzi zlepšovateľmi navzájom a
- zmluva medzi zlepšovateľom a zamestnávateľom v zmysle § 73 ZVZN.

Z hľadiska charakteru zmlúv, uzatváraných ohľadne predmetov priemyselného vlastníctva, môže ísť o zmluvy občiansko-právne ale i obchodno-právne. Obchodný zákonník nezaradil licenčnú zmluvu medzi tzv. absolútne obchody (porovnaj § 261 ods. 3 OBZ) a preto, ak by licenčnú zmluvu uzatvárali pôvodca na strane jednej a podnikateľský subjekt na strane druhej bude potrebné v zmysle § 262 OBZ dohodnúť písomne, že sa ich záväzkový vzťah bude spravovať Obchodným zákonníkom.

Zmluvy medzi spolupôvodcami navzájom a zmluvy (dohody) uzatvárané medzi zlepšovateľmi ako aj zmluvy medzi zlepšovateľom a zamestnávateľom majú povahu občiansko-právnu.

Pri uzatváraní zmlúv predmetom ktorých je obchodné tajomstvo resp. podľa ktorých je potrebné osobitne chrániť určité informácie treba pripomenúť, že je možné využiť aj úpravu v § 271 OBZ. Podľa tejto úpravy ak si strany pri rokovaní o uzavretí zmluvy navzájom poskytnú informácie označené ako dôverné, nesmie strana, ktorej sa tieto informácie poskytli, prezradiť tretej osobe a ani ich použiť v rozpore s ich účelom pre svoje potreby a to bez ohľadu

či dôjde k uzavretiu zmluvy alebo nie. Kto poruší takúto povinnosť je povinný na náhradu škody podľa ustanovení § 373 nasl. OBZ. Aktuálne to bude najmä pri rokovaní o poskytnutí know-how, ktoré tvoria spravidla informácie, znalosti či vedomosti ktoré nie sú inak dostupné či známe.

Na všetky zmluvy, bez ohľadu či pôjde o občianskoprávne alebo obchodnoprávne, bude potrebné aplikovať všeobecné ustanovenia o právnych úkonoch v Občianskom zákonníku (§ 34 až 51).

2. Zmluvy o vytvorení predmetov, ktoré možno priemyselno-právne chrániť

V oblasti práva priemyselného vlastníctva sa zmluvy o vytvorení nevyskytujú tak často, ako v oblasti autorského práva. Výnimkou sú zmluvy o vytvorení ochrannej známky, či loga. Vzhľadom na skutočnosť, že priemyselnoprávne predpisy neupravujú otázky týkajúce sa vytvorenia ochrannej známky, zmluva o vytvorení ochrannej známky môže mať skôr autorskoprávnu povahu, nakoľko označenie, ktoré sa má prihlásiť ako ochranná známka (najmä pokiaľ pôjde o obrazovú ochrannú známku), môže byť autorským dielom. Rovnako autorským dielom môže byť aj logo.

Predmety spôsobilé na priemyselnoprávnu ochranu v praxi vznikajú na základe rôznych typov zmlúv. Často sa takéto zmluvy uzatvárajú medzi subjektmi, ktoré chcú spolupracovať na vytváraní nových technológií, výrobkov, na ochrane životného prostredia, či ohľadne ochrany zdravia, vytváraní rôznych modelov či programov riadenia, výroby a pod. Ide spravidla o zmluvy o spolupráci, pričom pri ich uzatváraní nie je zrejmé a často sa s tým ani nepočíta, že by mohli vzniknúť také výsledky, ktoré by bolo možné priemyselnoprávne chrániť. A tak často sa v praxi uzatvárajú dodatky k takýmto zmluvám, kde sa dohodne aj právny režim k vytvoreným riešeniam, ktoré je možné priemyselnoprávne chrániť ako aj spôsob rozdelenia výdavkov spojených so získaním priemyselnoprávnej ochrany, ako aj spôsob rozdelenia príjmov.

3. Zmluvy o prevode predmetov priemyselného vlastníctva

Zmluvami o prevode predmetov priemyselného vlastníctva sa vlastne prevádza majiteľstvo k týmto nehmotným statkom z doterajšieho majiteľa (spolumajiteľov) na nového majiteľa (spolumajiteľov) a v dôsledku toho o prevod práv na predmety priemyselného vlastníctva.

Osobitné normy priemyselného vlastníctva upravujú aj základné náležitosti zmlúv o prevode predmetov patriacich medzi priemyselné práva. Ako sme už vyššie uviedli, nie všetky predmety priemyselného vlastníctva môžu byť predmetom prevodu. Pre všetky zmluvy o prevode sa požaduje písomná forma. Nedodržanie písomnej formy zmluvy má za následok jej absolútnu neplatnosť. Prevod predmetu priemyselného vlastníctva môže byť odplatný,

alebo aj bezodplatný. Cenu za prevod možno určiť podľa odborného posúdenia či znaleckého posudku.

V prípade bezodplatného prevodu pôjde o zmluvu o darovaní, na ktorú bude potrebné použiť ustanovenia Občianskeho zákonníka o darovacej zmluve. Ak pôjde o odplatný prevod napríklad patentu, dizajnu či ochrannej známky, zmluva sa bude riadiť príslušnými ustanoveniami Obchodného zákonníka alebo Občianskeho zákonníka. Pôjde o tzv. inominátne obchodnoprávne zmluvy uzatvárané podľa 269 ods. 2 OBZ alebo o tzv. inominátne zmluvy občianskoprávne uzatvárané podľa § 51 OZ. Môžeme rozlišovať:

- a) zmluvy o prevode predmetov priemyselného vlastníctva, ktoré sú priemyselnoprávne chránené a zapísané v príslušnom registri a
- b) zmluvy o prevode ostatných predmetov priemyselného vlastníctva.

Ad a) : Medzi tieto patria zmluva o prevode patentu, dizajnu, úžitkového vzoru, topografie polovodičového výrobku, šlachtiteľského osvedčenia, ochrannej známky,

Ad b) : Medzi tie patria zmluvy o prevode know-how, resp. riešení, ktoré možno prihlásiť k ochrane, zmluvy o prevode loga alebo doménového mena.

Zmluva o prevode musí byť platná, pričom jej účinnosť, ak nie je dohodnuté inak, nastáva súčasne s jej platnosťou. Pokiaľ ide o predmety priemyselného vlastníctva, ktoré sa zapisujú do príslušného registra, uvedené pod písm a), u týchto zmlúv prevod nadobúda účinky voči tretím osobám odo dňa zápisu do príslušného registra. Úrad je povinný prevod zapísať do registra najneskôr šiestich mesiacov od doručenia zmluvy o prevode.

4. Zmluvy o poskytnutí práv na využívanie (používanie) predmetov priemyselného vlastníctva

Zmluvou o poskytnutí práva na využívanie či používanie predmetov priemyselného vlastníctva majiteľ predmetu priemyselného vlastníctva poskytuje inému, za dohodnutých podmienok, právo (licenciu) využívať či používať predmet (predmety) priemyselného vlastníctva.

V zmluve možno dohodnúť, či počas trvania zmluvy bude môcť majiteľ využívať (používať) tento predmet, alebo sa využívanie (používanie) zdrží.

Zmluvy o využívaní sa najčastejšie uzatvárajú ohľadne vynálezu (patentu), dizajnu, úžitkového vzoru, topografie polovodičového výrobku, novej odrody rastliny, zlepšovacieho návrhu alebo know-how.

Zmluvy o používaní sa uzatvárajú ohľadne ochrannej známky alebo loga.

A. Licenčné zmluvy

Licenčnou zmluvou sa poskytuje nadobúdateľovi právo na využívanie či používanie predmetov priemyselného vlastníctva. Predmetom licenčných zmlúv môže byť poskytovanie práv na využívanie akýchkoľvek predmetov priemyselného vlastníctva okrem označenia pôvodu výrobkov, zemepisného označenia výrobkov a obchodného mena, pri ktorých to právna úprava nepripúšťa.

Základná právna úprava licenčných zmlúv je obsiahnutá v Obchodnom zákonníku (§ 508 až 515). V súčasnosti je licenčná zmluva upravená aj v Autorskom zákone č. 618/2003 Z.z.

V Obchodnom zákonníku sú zakotvené základné ustanovenia licenčnej zmluvy na predmety priemyselného vlastníctva. Túto úpravu môžu účastníci licenčnej zmluvy v zmluve doplniť.

Pretože Obchodný zákonník nezaradil licenčnú zmluvu medzi tzv. absolútne obchody, je možné v zmysle § 261 ods. 3, túto úpravu použiť na vzťah medzi podnikateľmi. V ostatných prípadoch si môžu zmluvné strany v zmysle § 262 OBZ dohodnúť, že ich záväzkový vzťah sa bude riadiť Obchodným zákonníkom, alebo uzavrieť inominátnu (nepomenovanú) zmluvu v zmysle § 51 OZ.

Právna úprava licenčnej zmluvy v Obchodnom zákonníku je dispozitívna s výnimkou § 509 ods. 1 OBZ, podľa ktorého, ak sa na výkon práva poskytnutého na základe licenčnej zmluvy, vyžaduje zápis do príslušného registra, je potrebné ho vykonať. Vo všetkých ostatných otázkach platí zmluvná voľnosť. Toto kogentné ustanovenie však platí aj pre prípady, keď sa licenčná zmluva uzatvára ako inominátna zmluva podľa § 51 Občianskeho zákonníka.

Licenčná zmluva musí byť urobená písomne. Nedodržanie písomnej formy licenčnej zmluvy má za následok absolútnu neplatnosť tohoto právneho úkonu.

V zmysle § 508 OBZ poskytovateľ licencie oprávňuje licenčnou zmluvou na predmet priemyselného vlastníctva nadobúdateľa na výkon práv z priemyselného vlastníctva v dojednanom rozsahu a na dojednanom území. Nadobúdateľ licencie sa pritom zaväzuje poskytnúť poskytovateľovi licencie určitú odplatu, spravidla peňažnú, alebo inú majetkovú hodnotu (napríklad poskytnutie tovarov alebo služieb a pod.).

Platná právna úprava pre oblasť licencií nemá takmer žiadne obmedzenia, okrem ustanovení v zákone č. 136/2001 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže.

V zmysle §508 OBZ podstatnými náležitosťami licenčnej zmluvy, ktoré musia byť v zmluve dohodnuté sú:

- a) predmet licencie,
- b) rozsah licencie,
- c) územie, na ktorom sa budú práva z licenčnej zmluvy vykonávať,
- d) cena licencie.

Okrem týchto náležitostí je možné v zmluve dohodnúť aj

- e) dobu trvania zmluvy, a možnosti odstúpenia od zmluvy,
- f) výlučnosť resp. nevýlučnosť licencie,
- g) využívanie (nevyužívanie) predmetu licencie poskytovateľom,
- h) poskytovanie sublicencie,
- i) poskytovanie podkladov, informácií a odbornej pomoci,
- j) zlepšenia a zdokonaľovania
- k) sankcie za porušenie licenčných podmienok, dodržiavanie kvality technologických a iných postupov,
- l) súčinnosť pri porušovaní práv tretími osobami, riešenie sporov
- m) dojednanie reklamy,
- n) utajovanie, záruky a zodpovednosť,
- o) voľba práva.

Ad a) : V zmluve je potrebné presne určiť, k akému predmetu priemyselného vlastníctva sa poskytuje licencia. Ak ide o licenciu na patent, úžitkový vzor, dizajn, topografiu polovodičového výrobku, ochrannú známku treba uviesť jeho názov a číslo pod ktorým je zapísaný v registri patentov na Úrade priemyselného vlastníctva SR. Tu je predmet licencie daný rozsahom ochrany, ktorá sa na daný predmet priemyselného práva vzťahuje. Predmetom licenčnej zmluvy môžu byť aj viaceré predmety priemyselného vlastníctva

Predmetom licenčnej zmluvy však môžu byť aj také riešenia, pokyny, postupy či spôsoby, ktoré sa poskytujú nad rámec patentu, či úžitkového vzoru ale aj dizajnu. Môže ísť aj o know-how. V takomto prípade je potrebná presná ich špecifikácia čo je dôležité jednak z hľadiska posúdenia, či ich nadobúdateľ dodržiaval, ale aj pre posúdenie zodpovednosti za škodu, ktorá v dôsledku využívania môže nastať.

Predmetom licenčnej zmluvy môžu byť aj predmety priemyselného vlastníctva prihlásené k ochrane. V takom prípade je potrebné uviesť číslo prihlášky, pod ktorým je zapísaná v príslušnom registri. V takýchto prípadoch by si mali zmluvné strany dohodnúť, aký bude postup, aké dôsledky bude mať skutočnosť že sa

V zmluve možno dohodnúť čo v prípade, ak sa ochrana zruší. To môže byť aktuálne, ak je predmetom licencie úžitkový vzor. V zmluve je potrebné dojednať aj otázky udržiavania priemyselnoprávnej ochrany v platnosti, najmä platenie udržiavacích správnych poplatkov. Pri úžitkových vzoroch, dizajnoch a ochranných známkach je potrebné dojednať aj otázky predĺženia platnosti

ochrany, prípadne sankcie za porušenie povinnosti podať žiadosť o predĺženie platnosti úžitkového vzoru, zapísaného dizajnu alebo žiadosť o obnovu zápisu ochrannej známky.

Ak je predmetom licenčnej zmluvy logo, je potrebné k zmluve priložiť jeho vyobrazenie. Poskytovateľ by mal v zmluve prehlásiť, že mu patria práva na toto logo, že je oprávnený s ním disponovať a že zodpovedá za nároky, ktoré by si tretie osoby uplatňovali ohľadne loga v súvislosti s porušením ich práv. Logo je spravidla autorským dielom a preto by poskytovateľ (ak nie je sám autor) v zmluve uviesť, že má vysporiadané práva s autorom.

Ak je predmetom zmluvy know-how, je potrebné ho v zmluve, alebo v prílohe k nej, popísať, aby bolo zrejmé v čom spočíva. Rovnako by mal poskytovateľ v zmluve prehlásiť, že mu know-how patrí a že má právo s ním nakladať.

Súčasťou určenia predmetu licencie môžu byť napríklad aj požiadavky (záruky) na kvalitu výrobkov, ktoré sa budú vyrábať na základe licencie.

Ad b) : V licenčnej zmluve je potrebné uviesť rozsah, v akom sa môže predmet priemyselného vlastníctva využívať. Rozsahom treba rozumieť predovšetkým intenzitu využívania licencie, ako je napríklad počet výrobných liniek, na ktorých možno využiť licenciu, počet závodov, ktoré ich môžu využívať alebo množstvo výrobkov, ktoré možno na základe licencie vyrobiť, či odpredať, K rozsahu licencie patrí ja určenie množstva výrobkov, ktoré možno do určitých krajín vyvážať.

K rozsahu licencie možno zaradiť aj to, či sa na určité teritórium poskytuje licencia výlučná alebo nie.

Ad c) : Určenie územia, na ktorom môže nadobúdateľ licenciu využívať je vlastne určenie územného rozsahu licencie. Je potrebné rozlišovať územia, na ktorých možno licenciu využívať a územia, na ktoré možno vyvážať výrobky vyrábané a označované na základe licencie.

Ad d) : Odplata za poskytnutie licencie má charakter ceny. Ide o cenu licencie, ktorej výška závisí od dohody zmluvných strán. Odmena sa môže uhradiť jednorazovo, alebo ako opakujúce sa plnenie (napríklad raz ročne), alebo ich kombináciou. Cena licencie sa však môže určovať aj na základe dosiahnutého zisku alebo dosiahnutého obratu a pod.. Cena licencie sa môže určiť aj kombinovane, a to pevnou čiastkou a čiastkou vypočítanou na základe dosiahnutého zisku či obratu.

Ad e) : Licenčnú zmluvu možno uzavrieť na dobu určitú, alebo na dobu neurčitú. Ak je uzavretá na dobu neurčitú je potrebné v zmluve dohodnúť dĺžku výpovednej lehoty začiatok jej plynutia. Ak sa v zmluve nedohodne inak, platí v zmysle §515 OBZ, že výpovedná lehota je ročná a začína plynúť od konca kalendárneho mesiaca, v ktorom bola výpoveď doručená druhej strane.

V zmluve možno dohodnúť aj iné spôsoby ukončenia zmluvy, najmä možnosť odstúpenia. **Odstúpenie** možno podmieniť porušením povinností, najmä pokiaľ ide o dodržiavanie licenčných podmienok, kvality výrobkov a pod.

Ad f) : Licenčná zmluva (licencia) môže byť buď výlučná alebo nevýlučná. Výlučnosť môže byť vnímaná absolútne (neposkytnutie nikomu inému), alebo relatívne (neposkytnutie nikomu inému na určitom území). Ak má ísť o výlučnú licenciu musí sa to v zmluve uviesť, inak platí, že poskytovateľ môže udeliť licenciu aj iným osobám (§511 ods. 1 OBZ).

Ak sa v licenčnej zmluve nedohodne, že poskytovateľ nemá právo využívať príslušný predmet licencie po dobu trvania licenčnej zmluvy, tak zo zákona platí, že toto právo má (§ 511 ods.1 OBZ).

Ad g) : Pre niektoré licencie bude typické nie len právo na využívanie predmetu licencie ale aj povinnosť. Bude tomu tak napríklad pri licencií na ochrannú známku, kde je podmienkou udržania práv k ochrannej známke aj jej používanie.

Ad h) : Poskytovanie sublicencie musí byť v zmluve dohodnuté, inak nadobúdateľ nie je oprávnený prenechať výkon práva vyplývajúci z licenčnej zmluvy tretím osobám. Podmienky, za ktorých možno sublicenciu udeliť, môžu byť dohodnuté v licenčnej zmluve, prípadne poskytovateľ si môže vyhradiť, že k účinnosti uzavretej sublicenčnej zmluvy sa vyžaduje jeho súhlas.

Ad i) : V zmluve možno dojednať aj odovzdanie podkladov (technickej dokumentácie) a informácii, ktoré sú potrebné na výkon poskytnutých práv, či podmienky (maximálnu dobu, počet zamestnancov a odmenu) pre poskytnutie technickej pomoci zo strany zamestnancov poskytovateľa. V prípade potreby je možné v zmluve dohodnúť aj podmienky pre zaškolenie zamestnancov nadobúdateľa. Môže ísť o jednorazovú alebo opakovanú činnosť.

Ad j) : V prípade, ak sa uzatvárajú licenčné zmluvy na dlhšiu dobu, môže počas ich platnosti dôjsť k novým poznatkom smerujúcim k zlepšeniu, zdokonaleniu predmetu licencie. Môže k tomu dôjsť v dôsledku vývojových prác ako zo strany poskytovateľa, tak aj zo strany nadobúdateľa.

V zmluve možno dohodnúť ako sa budú tieto informácie vzájomne poskytovať, prípadne ako sa bude postupovať, ak výsledky zlepšenia či zdokonalenia sa budú môcť priemyselne právne chrániť.

Ad k) : V zmluve možno dohodnúť sankcie za porušenie licenčných podmienok, dodržiavanie kvality technologických a iných postupov. Jednou zo sankcií, ako sme uviedli vyššie, môže byť aj odstúpenie od zmluvy.

Ad l) : Ak nadobúdateľa obmedzujú vo výkone príslušného práva iné osoby alebo ak zistí, že iné osoby toto právo porušujú, je povinný bez zbytočného odkladu podať o tom správu poskytovateľovi. Poskytovateľ je povinný bez zbytočného odkladu urobiť potrebné právne opatrenia na ochranu výkonu práva nadobúdateľa. Pri týchto opatreniach je nadobúdateľ povinný poskyt-

núť poskytovateľovi potrebné spolupôsobenie (§514 OBZ). V takých prípadoch je poskytovateľ povinný žalovať rušiteľa výkonu práva, pričom nadobúdateľ je povinný poskytnúť dôkazné prostriedky o protiprávnom konaní tretej osoby a spolupôsobiť v konaní pred súdom.

Ad m) : V niektorých licenčných zmluvách, najmä tých, predmetom ktorých je ochranná známka alebo výroba a predaj tovarov, možno dojednať aj spôsob a podmienky pre zabezpečenie reklamy.

Ad n) : Z ustanovenia § 513 OBZ pre nadobúdateľa vyplýva povinnosť utajovať poskytnuté podklady a informácie pred tretími osobami. Zmluvné strany si v zmluve môžu dohodnúť sankcie pre prípad porušenia tejto povinnosti. Skutočnosti, ktoré musia byť utajené, môžu byť v zmluve označené ako obchodné tajomstvo poskytovateľa.

Súčasťou licenčných podmienok môže byť aj poskytovanie záruk zo strany poskytovateľa licencie na predmet licencie, a jeho záväzok odstrániť za dohodnutých podmienok vady, ktoré sa pri využívaní vyskytnú.

Predmet licencie je vadný, keď nie je technicky (odborne) realizovateľný za podmienok uvedených v zmluve, alebo keď nemá parametre (vlastnosti) v zmluve uvedené. Ak má predmet licencie vadu či vady, má nadobúdateľ právo na ich bezplatné odstránenie, alebo na zľavu z ceny licencie. Ak má predmet licencie takú vadu, ktorá neumožňuje jeho využitie resp. použitie na dohodnutý účel (neumožňuje sa jeho funkcia) a ktorá sa nedá odstrániť v lehote primeranej tomuto účelu, má nadobúdateľ právo odstúpiť od zmluvy. Tieto ustanovenia sa majú v licenčnej zmluve výslovne uviesť.

Ad o) : V licenčných zmluvách s cudzím prvkom je potrebné dohodnúť, podľa akého právneho predpisu (akej krajiny) sa zmluva bude riadiť. Dôležité to bude z hľadiska riešenia tých otázok, ktoré výslovne v zmluve upravené nie sú.

Na záver tejto state treba upozorniť, že pokiaľ ide o licenčnú zmluvu na logo, vzhľadom nato, že môže byť autorským dielom, bude potrebné dbať, aby poskytovateľ licencie (pokiaľ to nebude sám autor) mal vysporiadané autorské práva s autorom.

Na záver tejto časti treba uviesť, že práva na použitie predmetu duševného vlastníctva sa môžu zabezpečiť aj na základe iných než výslovne pomenovaných licenčných zmlúv. Pôjde spravidla o zmiešané zmluvy, ale aj o nepomenované zmluvy, ktoré budú obsahovať aj dojednania týkajúce sa práv na využívanie či používanie predmetu duševného vlastníctva. Najčastejšie pôjde o **zmluvy o dielo**, podľa Občianskeho zákonníka (§ 631 a nasl.), v ktorej sa spravidla dojednávajú licenčné podmienky na použitie vytvoreného diela, ktoré ako celok, alebo jeho časť je chránené podľa autorského zákona, alebo podľa Obchodného zákonníka (§ 536 a nasl.), kde okrem práv na používanie autorského diela sa spravidla dojednávajú aj práva na používanie vytvorených predmetov priemyselného vlastníctva. V tejto súvislosti treba upozorniť na § 558 Obchodného zákonníka, ktorý zakotvuje „zákonnú licen-

ciu“ na použitie tých predmetov zmlúv o dielo, ktoré sú chránené právami duševného vlastníctva tak, že tieto predmety duševného vlastníctva je objednávateľ oprávnený použiť, ale len na účel, vyplývajúci zo zmluvy o dielo. Použitie nad rámec účelu zmluvy o dielo musí byť osobitne dojednané. V § 559 Obchodný zákonník ustanovuje zodpovednosť zhotoviteľa, a teda aj poskytovateľa práva na použitie, za porušenie práv z duševného vlastníctva tretích osôb. To môže nastať v prípade, ak zhotoviteľ pri zhotovení diela neoprávnené použije

B. Franšízové zmluvy

Franšíza (franchising) je označenie určitého typu spolupráce medzi podnikateľmi v oblasti

výroby, predaja, poskytovania služieb alebo distribúcie. Ide o obchodnú (podnikateľskú) metódu. Na základe franšízových zmlúv sa vytvára systém úzkej spolupráce v rámci budovania siete výrobcov, distribútorov či poskytovateľov služieb. Z ekonomického hľadiska sa franšíza označuje ako metóda výroby a distribuovania tovarov a služieb pomocou nezávislých výrobcov a obchodníkov, ktorí vykazujú spoločnú identitu voči verejnosti resp. spotrebiteľom.

V našom právnom poriadku nie sú zmluvy o franšíze výslovne upravené. Ide teda o zmluvu nepomenovanú, atypickú, ktorá býva pomerne rozsiahla a komplikovaná, nakoľko upravuje mnohé obchodné, výrobné, distribútorské a ekonomické a právne otázky medzi jej subjektmi. Franšízová zmluva je zmluvou kombinovanou. Významnú časť franšízovej zmluvy tvoria otázky práva duševného vlastníctva. Z tohto hľadiska jej základom je najčastejšie licenčná zmluva na ochrannú známku, dizajn, na predmety chránené autorským právom. Dôležitou súčasťou franšízových zmlúv je aj poskytnutie práv na know-how, t.j. na využívanie skúsenosti, poznatkov a vedomostí poskytovateľa, ktoré v súvislosti s týmto podnikaním získal. Pretože na obchodné meno nemožno poskytnúť licenciu, tak vo franšízových zmluvách sa môže dať súhlas na zápis zhodného obchodného mena. Väčšinou je ochranná známka zhodná s kmeňom obchodného mena. Na franšízovú zmluvu, resp. na jej časť, týkajúcu sa práva duševného vlastníctva bude potrebné aplikovať ustanovenia Obchodného zákonníka o licenčnej zmluve ako aj ustanovenia osobitných právnych predpisov (priemyselnoprávných a autorskoprávných), ktoré sa týkajú licenčných zmlúv.

Franšízová zmluva ako celok sa nezapisuje do registra, ale ak jej súčasťou je poskytnutie licencie na také predmety priemyselného vlastníctva, pri ktorých osobitné predpisy zápis vyžadujú, je potrebné poskytnutie licencie zapísať do príslušného registra. To platí v prípade, ak franšízová zmluva obsahuje licenciu na používanie ochrannej známky, či využívanie vynálezu chráneného patentom, úžitkový vzor, alebo zapísaný dizajn. Franšízovou zmluvou sa

upravujú vzťahy medzi nezávislými podnikateľskými subjektmi. Subjekty tejto zmluvy označujeme ako **poskytovateľa** (franšízor) a **nadobúdateľa** (franšízant).

Franšízové zmluvy obsahujú mnohé ekonomické a marketingové ukazovatele a činitele. Ide o zmiešanú zmluvu, ktorá je tvorená viacerými typmi. Nás bude táto zmluva zaujímať iba z pohľadu práva duševného vlastníctva.

Za základné znaky tej časti franšízovej zmluvy, ktorá sa týka práv duševného vlastníctva možno považovať:

- a) poskytovateľ poskytuje nadobúdateľovi súčasne práva na používanie viacerých predmetov duševného vlastníctva (najmä ochranné známky, logá, zapísané dizajny, autorské diela, know-how,), ako aj právo na používanie sloganov (ak nie sú chránené ako ochranné známky, spôsoby propagácie a reklamy.
- b) nadobúdateľ sa zaväzuje používať tieto predmety duševného vlastníctva, podľa jednotného marketingového plánu, resp. systému, ktorý je v prevažnej miere predpísaný poskytovateľom,
- c) práva k predmetom duševného vlastníctva sa poskytujú pre určené územie, na ktorom môže nadobúdateľ realizovať práva zo zmluvy, prípadne možno dohodnúť aj výlučnosť jeho práv na tomto území,
- d) v zmluve sa dohodne doba platnosti zmluvy a spôsoby jej ukončenia výpoveďou alebo odstúpením,
- e) nadobúdateľ sa zaväzuje za poskytnuté práva platiť dohodnutým spôsobom,
- f) nadobúdateľ sa zaväzuje dodržiavať licenčné podmienky, najmä požiadavky na kvalitu tovarov alebo služieb, čo poskytovateľ neustále kontroluje,
- g) v zmluvách s medzinárodným prvkom treba dohodnúť voľbu práva.

Stručne by sme tú časť franšízovej zmluvy, ktorá sa týka práva duševného vlastníctva mohli charakterizovať ako dohodu, na základe ktorej sa nadobúdateľovi poskytujú práva na vykonávanie podnikateľskej činnosti na dojednanom území a po dohodnutú dobu, pod rovnakým označením aké používa poskytovateľ, práva na využívanie a používanie predmetov duševného vlastníctva (chránených autorským právom, právami priemyselného vlastníctva), práva na využívanie know-how, loga a sloganov a nadobúdateľ sa zaväzuje dodržiavať licenčné podmienky a zaplatiť cenu licencie.

Aj v franšízových zmluvách možno dohodnúť utajenie niektorých skutočností a to aj formou obchodného tajomstva. Nadobúdateľ musí tento záväzok plniť aj vo vzťahu k svojim zamestnancom.

Franšízové zmluvy sa často dojednávajú ako zmluvy výlučné, čo znamená, že sa poskytovateľ zaväzuje, že na určitom (v zmluve vymedzenom) teritóriu neposkytne rovnaké práva iným osobám.

Ak sa dojednáva táto zmluva na dobu neurčitú, je potrebné dojednať výpovednú dobu. Samozrejme, v zmluve sa môžu dojednať aj podmienky, za ktorých je možné od zmluvy odstúpiť. Takýmito dôvodmi je najčastejšie nezaplatenie dojednaných tzv. franšízových poplatkov, alebo nedodržanie iných povinností. Franšízové zmluvy sú zmluvy **odplatné**. Spôsob odplaty sa stanovuje rôzne. Môže sa dojednať **jednorazový poplatok** za poskytnutie franšízy. Ďalej sa môžu dojednať tzv. bežné franšízové poplatky (spravidla polročné alebo ročné), a to pevnou čiastkou alebo stanovením určitého percenta z obratu.

Poskytovateľ sa v zmluve môže zaviazat' poskytnúť rôzne výrobné a/alebo obchodné postupy a potrebnú technickú dokumentáciu. V súvislosti s prípravou podniku, resp. prevádzky môže sa zaviazat' zaškoliť pracovníkov nadobúdateľa.

Ako sa už uviedlo, súčasťou franšízových zmlúv je aj poskytovanie práv k predmetom priemyselného vlastníctva, a preto sa v zmluve musí poskytovateľ zaviazat' zabezpečiť udržiavanie ochrany priemyselných, ale aj iných práv, ktoré sú predmetom zmluvy.

Nadobúdateľ sa spravidla zmluvou zaväzuje vyrábať a/alebo predávať výrobky v súlade s dojednaným postupom, a v dojednanej kvalite, resp. poskytovať služby určitej úrovne, V zmluve je možné dojednať aj spôsob informovania poskytovateľa o skutočnostiach súvisiacich s predmetom zmluvy. V zmluve možno nadobúdateľa zaviazat' informovať poskytovateľa o porušení poskytnutých práv duševného vlastníctva tretími osobami.

Franšízové zmluvy sú spravidla s cudzím prvkom, preto je potrebné dohodnúť, akým právom sa bude zmluva riadiť.

Pri dojednávaní franšízovej zmluvy je potrebné dbať, aby nedošlo k porušeniu súťažného práva, a ďalej aby sa v zmluve dojednali otázky daňové, devízové, prípadne aj colné otázky a napokon aj otázky ochrany spotrebiteľa.

5. Poznámka k rekodifikačným zámerom vo vzťahu k licenčným zmluvám

V legislatívnom zámere nového občianskeho zákonníka Slovenskej republiky schváleným Vládou SR v roku 2008 sa počíta s tým, že by nový občiansky zákonník mal obsahovať aj úpravu licenčnej zmluvy. Podľa tohto legislatívneho zámeru sa bude vychádzať zo znenia platného Obchodného zákonníka, nakoľko v ňom obsiahnutá právna úprava je zaužívaná a pri aplikácii jej ustanovení nevykazuje problémy. Ďalej sa v legislatívnom zámere uvádza, že bude potrebné zvážiť, či sa má vťahovať len na predmety priemyselného vlastníctva, alebo aj na iné predmety duševného vlastníctva.

Som toho názoru, že občiansky zákonník by mal upravovať licenčnú zmluvu ako všeobecný zmluvný typ pre akékoľvek predmety duševného vlastníctva. Z tohto názoru potom vyplýva ďalej, že sa nevystačí s prevzatím doterajšej úpravy licenčnej zmluvy v Obchodnom zákonníku. Samostatná úprava franšízovej zmluvy nie je potrebná, nakoľko ide o zmluvu kombinovanú, ktorej významnú časť tvorí licenčná zmluva na predmety duševného vlastníctva.

V Českej republike návrh nového občianskeho zákonníka obsahuje úpravu licenčnej zmluvy (oddiel 5, II. Hlavy, štvrtej časti je nadpísaný „Licence“), pričom obsahuje všeobecné ustanovenia, ďalej osobitné ustanovenia pre licenciu k predmetom chráneným autorským zákonom a osobitné ustanovenia pre licenčnú zmluvu nakladateľskú.

Vznik a další vývoj dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr v České republice

JUDr. Martin Štefko, Ph.D.

Ústav státu a práva Akademie věd České republiky, v. v. i.

Advokátska kancelária Mgr. Ľudovít Pavla

Úvod

Dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr jsou institucí velmi úzce spojeným s emancipací pracovního práva z práva občanského a s koncipováním občanského zákoníku jako spotřebitelského kodexu. I po roce 1948 bylo k výkonu jednorázových úkolů využívány smlouvy o dílo, nový občanský zákoník však s účinností k 1.4.1964 nepřevzal institut smlouvy o dílo. Občanský zákoník jako spotřebitelský kodex reguloval pouze speciální úpravu služeb (pro případ, že plnění poskytuje organizace občanovi) a občanskou výpomocí (plnil-li občan občanovi). Občanský zákoník sice upravil též nepojmenovanou smlouvu, nicméně ta se v případě výkonu práce pro jiného použít nemohla pro deklarovanou novou a samostatnou povahu pracovněprávních vztahů. Usnesením ústředního výboru Komunistické strany Československa ze dne 22. ledna 1964 byl vytyčen úkol soustavného zvyšování úrovně služeb, oprav a zakázkových i jiných prací zlepšováním jejich kvality a pohotovosti. S odvoláním na toto usnesení nakonec schválila vláda dne 3. března 1965 Zásady o uzavírání dohod o pracovní činnosti mezi socialistickými organizacemi a pracovníky (uveřejněné pod č. 19/1965 Sb.). Jako důvod je uveden zájem na z hospodárnění činností socialistických organizací a snaha získat další osoby pro práci v těchto organizacích. Mělo jít především o získání žen z domácnosti, důchodců a osob se změněnou pracovní schopností, kterým jejich úkoly při výchově dětí, zdravotní stav nebo pokročilý věk bránil zařadit se do práce v pracovním poměru. Zákon práce 1965 převzal tuto úpravu dohody o pracovní činnosti a vedle ní upravil též nový smluvní typ, na jehož základě bylo možné konat jednorázové pracovní úkoly.^{1 2} Stala se jí dohoda o provedení práce.

Dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr jsou však též institutem, který vždy dával smluvním stranám vyšší míru smluvní volnosti ve sjednávání či vylučování sociálních standardů jinak bezvýjimečně garantovaných zaměstnancům v pracovním poměru. Je proto až neuvěřitelné, jakou tento institut

¹ Tak v důvodové zprávě k zákoníku práce 1965, k ust. § 232 až 239, Zákoník práce a předpisy související, str. 436.

² Stejně Kovářík, J.: K úloze pracovněprávního poměru a úpravě jeho vzniku v návrhu zásad zákoníku práce ČSSR, Právník 1963, č. 4, str. 270.

prokázal od doby svého vzniku schopnost přežít a přizpůsobit se novým právním, společenským i ekonomickým podmínkám ve společnosti.

Cílem tohoto příspěvku není popsat platnou právní úpravu, ale zamyslet se v historické perspektivě nad vývojem právní úpravy institutu dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr z hlediska jejich přínosu pro společnost a uživatele, zaměstnavatele i zaměstnance. Jedině tak můžeme pochopit, proč se dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr těší velké oblibě. V následujícím oddíle si nejprve ukážeme obtíže spojené se vzájemným rozlišením dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr navzájem, jakož i jejich odlišení od pracovní smlouvy vůbec. S institutem dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr byla vždy spojena snaha zákonodárce jejich využívání omezit či přímo zakázat. Nakolik byla či je tato snaha upřímná si ukážeme v oddíle zabývajícím se právem volby mezi jednotlivými smluvními typy a oddíle analyzujícím zákaz konkurence. V posledním oddíle si ukážeme odlišnosti v sociálních standardech u práce konané v pracovním poměru a v pracovněprávním vztahu založeném dohodou o práci konané mimo pracovní poměr.

1. Pojem a rozlišení

Zákoník práce 1965 rozlišil v ust. § 232 odst. 2 dohody od sebe velmi nejasně. Základním rozlišovacím kritériem byla povaha pracovního úkolu. Dohoda o provedení práce byla jako smluvní typ určena k zasmluvnění provedení ojedinělého určitého pracovního úkolu, který nebylo možno zajistit pracovníky organizace v rámci jejich povinností vyplývajících z pracovního poměru. Dohodu o provedení práce však bylo možné sjednat také tehdy, vyžadovala-li to povaha úkolů organizace, což v podstatě by byl rovněž důvod pro sjednání dohody o pracovní činnosti nebo dokonce pracovní smlouvy. Dohodu o pracovní činnosti bylo možné sjednat k provádění pracovní činnosti, jejíž výkon v pracovním poměru by byl vzhledem k jejímu rozsahu z hlediska organizace práce a ekonomického řízení neúčelný a nevhodný. Nemělo se tedy jednat o ojedinělý pracovní úkol ale o soustavnou pracovní činnost. Dohoda o pracovní činnosti tak přistupovala k pracovní smlouvě jako její zvláštní typ, protože z hlediska druhu vykonávané práce mezi nimi nebyl rozdíl. Pokud ale šlo o podstatné náležitosti, pak na rozdíl od pracovní smlouvy³ v dohodě musel být uveden způsob odměňování.⁴

Zásady o uzavírání dohod o pracovní činnosti mezi socialistickými organizacemi a pracovníky (které časově předešly zákoník práce 1965 a k jejich zrušení došlo až v roce 1967), vymezily v čl. 1 dohodu o pracovní činnosti jako smluvní typ určený k rozšíření, prohloubení a zkvalitnění služeb. Tyto dohody

³ V pracovní smlouvě měla organizace s pracovníkem dohodnout zpravidla jeho mzdové zařazení.

⁴ Srov. Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 5 Cz 6/75.

bylo lze uzavírat, jestliže rozsah služeb poskytovaných socialistickou organizací dosavadním způsobem (pracovníky v pracovním poměru) nekryl potřeby obyvatelstva nebo jestliže provádění těchto služeb dosavadním způsobem bylo i při novém způsobu řízení nevhodné. Mělo se jednat o poskytování drobných služeb, popřípadě drobných řemeslných prací a oprav. Dohody mělo být účelné uzavírat též k rozšíření služeb závodů veřejného stravování a ubytování, a to zejména v činnostech příležitostné povahy, jako je např. dovoz a odvoz zavazadel, obstarávání pochůzek, praní a žehlení prádla, čištění, žehlení a drobné úpravy oděvů, opravy punčoch, čištění obuvi, holičské a kadeřnické služby, mytí a hlídání motorových vozidel, služby v koupelnách, šatnách, toaletách a služby při hrách nebo sportu (např. v půjčovnách loděk a v lázních). Mimoto bylo možné dohody uzavírat i na příležitostný, popřípadě nepravidelný prodej zboží, jako je pochůzkový a stánkový prodej občerstvení, cigaret, katalogů, květin, upomínkových předmětů apod., zejména v rekreačních místech a při různých shromážděních. Pokud by nešlo o příležitostný, popřípadě nepravidelný prodej zboží, bylo možné uzavírat tyto dohody v oblasti obchodu jen výjimečně, k zajištění prodeje v malých prodejnách tabáku a v nejmenších pohostinských závodech.

Zákon č. 20/1975 Sb. kterým se mění a doplňují některá další ustanovení zákoníku práce, upravil vymezení obou dohod a výslovně poprvé u dohody o pracovní činnosti vnesl jako rozlišovací znak – délku pracovní doby (tzv. kvantitativní princip). Toto omezení však neplatilo u prací sezónní povahy, zde průměrná doba skutečného výkonu práce nesměla přesáhnout stanovenou týdenní pracovní dobu. Zákon č. 20/1975 Sb. zakotvil, že dohodu o pracovní činnosti bylo lze uzavírat k provádění opětuující se pracovní činnosti, při níž průměrná doba skutečného výkonu práce nepřesahovala polovinu stanovené týdenní pracovní doby, u prací sezónní povahy stanovenou týdenní pracovní dobu, a která je ve sjednaném rozsahu vykonávána buď:

- a) nepravidelně podle časových možností pracovníka, nebo
- b) pravidelně, avšak za takových provozních podmínek, že z hlediska zájmů společnosti bylo by pro organizaci neúčelné a nevhodné, aby výkon této činnosti soustavně řídila, sledovala její provádění a kontrolovala dodržování stanovené pracovní doby.

Dohody o provedení práce bylo možno uzavírat jen k provedení ojedinelého určitého pracovního úkolu vymezeného výsledkem práce, který nebylo možno zajistit pracovníky organizace v rámci jejich povinností z pracovního poměru buď proto, že tento úkol nevyplýval z běžné činnosti organizace, nebo proto, že to výjimečně vyžadovala povaha takového úkolu. Dohody tak bylo možné vzájemně odlišit podle druhu vykonávané práce, jejich pravidelného každodenního opakování a délky odpracované doby.⁵

⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 5 Cz 3/78.

Podstatná část úpravy však byla obsažena v usneseních vlády, která zavedla celou řadu administrativních omezení.⁶

Právě snahy o zjednodušení administrativních omezení vedly k další novelizaci zákoníku práce 1965 provedené zákonem č. 188/1988 Sb., kterým se mění a doplňuje zákoník práce. Cit. novelizace vnesla časový prvek též do dohody o provedení práce.⁷ Dle důvodové zprávy se tak stalo pro praktickou neschopnost kontrolovat jednorázovost či opakovanost předmětu sjednaného pracovního úkolu, čehož smluvní strany využívaly k obcházení úpravy dohody o pracovní činnosti. Organizace mohla s občanem uzavřít dohodu o provedení práce, jestliže předpokládaný rozsah práce (pracovního úkolu), na který se dohoda uzavírá, není vyšší než 100 hodin. Jediným připomenutím příbuznosti smlouvy o dílo a dohody o provedení práce bylo konkretizování rozsahu práce, kdy v ust. § 236 zákoníku práce 1965 bylo nově uvedeno: „*předpokládaný rozsah práce (pracovního úkolu)*“. Dohoda o pracovní činnosti⁸ byla i nadále omezena rozsahem v průměru nepřesahujícím polovinu stanovené týdenní pracovní doby (výjimka pro práce sezónní povahy vypadla, vládě bylo ale ponecháno oprávnění stanovit z tohoto pravidla výjimky). Polovina stanovené týdenní pracovní doby byla dle důvodové zprávy akceptována jako dostatečný časový rozsah pro výko vedlejšího zaměstnání. Dosavadní omezení ohledně pravidelnosti a nepravidelnosti konané práce byla přeformulována vztáhnuta na obě dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr. Shodně pro obě dohody se jednalo o práci:

- a) jejíž pravidelný výkon nemůže organizace zabezpečit v rámci předem stanoveného rozvržení pracovní doby a rozvrhu pracovních směn tak, aby její řízení, sledování jejího provádění a kontrola dodržování pracovní doby byly účelné a hospodárné,
- b) jejíž výkon v pracovním poměru by byl z hlediska zájmů společnosti pro organizaci neúčelný nebo nevhodný z jiných důvodů.

Výslovně již nebylo zmíněno, že práce bude vykonávána nepravidelně dle časových možností pracovníka, byť i tento případ by jistě bylo možné podřadit pod tzv. jiné důvody zmíněné pod písm. b). Současně došlo k zákazu sjednává-

⁶ V 80. letech se jednalo o usnesení vlády ČSSR č. 348/1980, 321/1982 a 355/1982, usnesení vlády ČSR č. 363/1980, 325/1982 a 13/1983 a usnesení vlády SSR č. 355/1980, 324/1982 a 15/1983. V roce 1983 byla organizačně administrativní opatření shrnuta do usnesení vlády ČSSR č. 298/1983, usnesení vlády ČSR č. 330/1983 a vlády SSR č. 372/1983.

⁷ Tak Dědič, J.; Soušková, M.: Několik úvah nad právní úpravou dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, Právník 1990, č. 7, str. 635.

⁸ Dohodu o pracovní činnosti mohla organizace uzavřít s občanem, pokud předpokládaný rozsah práce přesáhl 100 hodin, byť zákon matoucím způsobem výslovně uváděl, že dohodu o pracovní činnosti lze uzavřít i když předpokládaný rozsah práce nepřesahuje 100 hodin.

ní dohod na činnosti podle autorského zákona, s cílem vyloučit kolizi souběhu pracovních a autorských vztahů.⁹

Další posun ve vymezení obou dohod přinesl zákoník práce 2006. Ač bylo původně během přípravných prací zamýšleno dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr již do nového zákoníku práce nepřevzít, nakonec došlo k přehodnocení tohoto postoje a naopak v navýšení limitu rozsahu práce u dohody o provedení práce. Dohoda o provedení práce však byla pevněji vřazena do pracovního práva, což mělo za následek opuštění ojedinělosti pracovního úkolu jako jí převážně charakterizujícího prvku.¹⁰ V důvodové zprávě bylo výslovně konstatováno, že i dohoda o provedení práce vykazuje znaky závislé práce.¹¹ Za tento znak je nutno považovat též opakovaný charakter poskytovaných služeb. Pokud by bylo sjednáno zhotovení díla, o výkon závislé práce by se nejednalo.

Po nepřevzetí zákazu sjednávat dohody na činnosti dle autorského zákona a zásadní redukci omezení týkajících se neúčelnosti a nehospodárnosti organizace, řízení a kontroly prací prováděných na základě dohod, již nový zákoník práce neobsahuje žádný definiční znak, který by vzájemně rozlišil z hlediska povahy práce či její organizace jednak dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr navzájem, jednak tyto dohody od pracovní smlouvy. V pracovních vztazích založených každou z těchto dohod je možné konat totožnou práci jako v pracovním poměru založeném pracovní smlouvou; smluvní strany zůstaly omezeny pouze délkou výkonu této práce (kvantitativním znakem). U dohody o provedení práce to je 150 hodin v kalendářním roce, u dohody o pracovní činnosti polovina stanovené týdenní pracovní doby.¹² Za platné právní úpravy je proto obtížné nevidět v dohodách o pracích konaných mimo pracovní poměr pouze podtyp pracovní smlouvy.

2. Právo volby mezi jednotlivými smluvními typy

Organizacím bylo v původní redakci zákoníku práce 1965 umožněno uzavírat s občany dohody k provedení některých prací mimo pracovní poměr, pokud to bylo nezbytné k lepšímu plnění úkolů organizace, zkvalitnění služeb obyvatel-

⁹ Tento zákaz zůstal upraven v ust. § 223 odst. 3 slovenského zákoníku práce.

¹⁰ Slovenský zákonodárce vymezil předmět dohody o provedení práce jako práci, která je vymezená výsledkem. Srov. ust. § 223 odst. 1 slovenského zákoníku práce, toto vymezení zůstává zachováno i po účinnosti novely zákoníku práce provedené zákonem č. 257/2011 Z.z. Naopak předmět dohody o pracovní činnosti i dohody o brigádnické činnosti je vymezena druhem vykonávané práce, stejně jako u pracovní smlouvy.

¹¹ Důvodová zpráva, zvláštní část, komentář k ust. § 74 až 77, str. 214, tisk 1153, PS PČR.

¹² Zvláštní zákony však v některých případech implicitně zakázaly výkon dané práce na základě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, zmínit lze např. advokátní koncipienství (ust. § 37 odst. 1 písm. e) zákona o advokacii).

stvu nebo k umožnění širší účasti na společenské práci občanům, kteří pro svůj zdravotní stav, pokročilý věk nebo úkoly při výchově dětí nemohli konat práci v pracovním poměru.

Zákon č. 20/1975 Sb., kterým se mění a doplňují některá další ustanovení zákoníku práce, výslovně zakotvil, že organizace mohou jen výjimečně k plnění svých úkolů nebo k zabezpečení svých potřeb uzavírat s občany také dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr. Dále došlo též k úpravě podmínek, za nichž bylo možné sjednat dohody. Poprvé se do zákoníku práce dostalo omezení z hlediska množství pracovní doby nutné ke splnění určitého úkolu. Dohody o pracovní činnosti bylo lze uzavírat k provádění opětvující se pracovní činnosti, při níž průměrná doba skutečného výkonu práce nepřesahovala polovinu stanovené týdenní pracovní doby, u prací sezónní povahy stanovenou týdenní pracovní dobu, a která je ve sjednaném rozsahu vykonávána buď:

- a) nepravidelně podle časových možností pracovníka, nebo
- b) pravidelně, avšak za takových provozních podmínek, že z hlediska zájmů společnosti bylo by pro organizaci neúčelné a ne hospodárné, aby výkon této činnosti soustavně řídila, sledovala její provádění a kontrolovala dodržování stanovené pracovní doby.

S cílem zabezpečit preferenci pracovního poměru před dohodami, v nichž mělo být realizováno v zásadě pouze vedlejší zaměstnání, byla novelou provedenou zákonem č. 188/1988 Sb., kterým se mění a doplňuje zákoník práce, opět nově stanovena kritéria, podle nichž se posuzovala případná neúčelnost a ne hospodárnost sjednávání pracovního poměru. Shodně pro obě dohody se jednalo o práci:

- a) jejíž pravidelný výkon nemůže organizace zabezpečit v rámci předem stanoveného rozvržení pracovní doby a rozvrhu pracovních směn tak, aby její řízení, sledování jejího provádění a kontrola dodržování pracovní doby byly účelné a hospodárné,
- b) jejíž výkon v pracovním poměru by byl z hlediska zájmů společnosti pro organizaci neúčelný nebo ne hospodárný z jiných důvodů.

Zákonodárce zdůvodnil potřebu nové úpravy tím, že dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr umožňují využít iniciativy pracujících ke zlepšení služeb a zabezpečení pracovních sil ve vedlejších zaměstnání pro celou řadu úzko profilových činností, jsou však též někdy zneužívány k neodůvodněnému obohacování.¹³

Zákoník práce 2006 reguluje vztah mezi pracovním poměrem a pracovníp-
rávními vztahy založenými dohodami o pracích konaných mimo pracovní
poměr jedinou větou. Dle ust. § 74 odst. 1 zákoníku práce má zaměstnavatel

¹³ Zvláštní část důvodové zprávy k ust. § 232 až 239b, Federální shromáždění, tisk č. 100, viz http://www.psp.cz/eknih/1986fs/tisky/t0100_09.htm)Cit.: 9.7.2011).

zajišťovat plnění svých úkolů především zaměstnanci v pracovním poměru. Zákon tento příkaz (nikoliv doporučení, jak se domnívají někteří autoři) zaměstnavateli, aby zajišťoval plnění svých úkolů zaměstnanci v pracovním poměru, nijak blíže nekonkretizuje. Slovo „převážně“ nebylo zatím soudy vyloženo a kontrolní praxe se tomuto problému též vyhýbá. Dle našeho názoru zaměstnavatel nezajišťuje plnění svých úkolů především zaměstnanci v pracovním poměru, pokud plní své úkoly převážně zaměstnanci v pracovněprávních vztazích založených dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr. Pokud zaměstnavatel poruší stanovené povinnosti při vzniku pracovního poměru, dohody o provedení práce či dohody o pracovní činnosti, dopouští se správního deliktu a může být postižen za přestupek dle ust. § 12 zákona o inspekci práce nebo za správní delikt dle ust. § 25 cit. zákona.

3. Zákaz konkurence

Pracovník mohl v organizaci, u níž byl v pracovním poměru, konat na základě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr práce při splnění dvou podmínek, jednalo se o práce jiného druhu a k jejich výkonu docházelo mimo pracovní dobu stanovenou pro pracovní poměr. Tato úprava vedlejší činnosti platí s terminologickými změnami dodnes. Zákoník práce 1965 však původně omezoval pracovníka též při sjednávání dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr s jinou organizací. V původní redakci se jednalo o omezení ve sjednání dohody o pracovní činnosti. Zamýšlel-li dohodu o pracovní činnosti uzavřít pracovník, který již byl v pracovním poměru k jiné organizaci, byl povinen jí to předem oznámit. Pokud by činnost na základě dohody bránila pracovníku řádně plnit jeho povinnosti z pracovního poměru nebo by byla na újmu jeho zdraví, mohla mu (mateřská) organizace, u níž je v pracovním poměru, uložit, aby tuto dohodu zrušil. Zákon č. 153/1969 Sb. přitvrdil, organizace mohla sjednat dohodu o pracovní činnosti s pracovníkem jen s předchozím písemným souhlasem (mateřské) organizace. Vedle této úpravy přinesla další novelizace provedená zákonem č. 20/1975 Sb. umožnila organizaci omezit pracovníky ve sjednávání dohod o provedení práce. Dle ust. § 238 odst. 1 zákoníku práce 1965 bylo možno v pracovních řádech stanovit, ve kterých případech mohou pracovníci uzavřít dohodu o provedení práce s jinou organizací, než ke které jsou v pracovním poměru, se zřetelem na zájmy společnosti, plnění úkolů z pracovního poměru nebo na jejich zdravotní stav, jen s předchozím souhlasem organizace, ke které jsou v pracovním poměru.¹⁴

Zákon č. 188/1988 Sb. zrušil povinnost získat předchozí souhlas jiné organizace u dohody o pracovní činnosti a vypustil též úpravu umožňující omezit pracovníky ve sjednávání dohod o provedení práce v pracovních řádech. Nově stíhala pracovníky, kteří jednali dohodu o pracovní činnosti a byli u jiné orga-

¹⁴ Srov. stenoprotokol ze 12. společné schůze federálního shromáždění, 2. den - středa 14. prosince 1988, Digitální knihovna Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR, <http://www.psp.cz/eknih/1986fs/slsn/stenprot/012schuz/> (cit. 9.7.2011)

nizace zaměstnání v pracovním poměru po stanovenou týdenní pracovní dobu, pouze oznamovací povinnost. Oznámení muselo být písemné a muselo v něm být uveden název a sídlo organizace, která pracovníka přijala, doba trvání dohody, druh práce, rozsah sjednané týdenní pracovní doby.¹⁵ Mateřská organizace byla oprávněna pracovníku přikázat zrušení sjednané dohody o pracovní činnosti, pokud pracovník nesplnil vůči ní oznamovací povinnost, popřípadě byly naplněny další zákonem stanovené důvody (např. výkon práce podle této dohody bránil řádně plnit povinnosti vyplývající z pracovního poměru). Proti příkazu se pracovník mohl bránit soudně.

Oznamovací povinnost, stejně jako právo mateřské organizace přikázat zrušení dohody o pracovní činnosti bylo ze zákoníku práce vypuštěno 1.2.1991.

Již nyní lze však předeslat, že skutečný úmysl zákonodárce je seznatelný z právní úpravy, která nejen s dohodami stále počítá, ale v případě dohody o provedení práce soustavně rozšiřuje rozsah práce, který na jejím základě může být konán.

4. Nejvýznamnější odlišnosti od pracovního poměru

Pracovněprávní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr vždy vykazovaly určité odlišnosti od pracovního poměru, my se zde budeme věnovat pouze některým z nich. Prvním nikoliv pouze terminologickým rozdílem je důsledné upřednostňování pojmu „dohoda“ před „pracovněprávní vztah založených dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr“. Činí tak zákonodárce nejen dnes, ale též před rokem 1989, což je podivuhodné vzhledem k celkovému odklonu od smluvní podstaty práce v době kodifikace československého pracovního práva. Zákoník práce 1965 při úpravě pracovního poměru opustil toto individuální pojetí pracovního práva a kladl důraz především na kolektivní prvek při výkonu práce. Nezůstalo však pouze u odlišného názvosloví.

Na rozdíl od pracovní smlouvy, kde však byla tato úprava původně též zamýšlena, se alespoň na úrovni zákoníku práce 1965 realizovala myšlenka smluvní odměny za práci. Dohoda o způsobu odměňování byla podstatnou náležitostí dohody o pracovní činnosti; nedostatečná konkretizace způsobu odměňování měla za následek neplatnost dohody o pracovní činnosti.¹⁶ Organizace byla povinna poskytnout pracovníkům sjednanou odměnu. V praxi ale stát plně využil zákonné zmocnění dané Ústředním orgánům,¹⁷ kterým byla v ust. § 239 zákoníku práce 1965 ponechána možnost v dohodě s ministerstvem financí a s

¹⁵ Vláda ČSSR byla oprávněna po projednání s Ústřední radou odborů stanovit nařízením, ve kterých případech není oznámení třeba.

¹⁶ Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 5 Cz 6/75.

¹⁷ Novelizace zákon č. 20/1975 Sb. doplnil „vláda Československé socialistické republiky“.

ústředními výbory odborových svazů¹⁸ stanovit zásady pro odměňování pracovníků činných podle těchto dohod a bližší podmínky pro jejich uzavírání. Odměňování prací konaných podle dohod o provedení práce a vyskytujících se ve více odvětvích mělo upravit ministerstvo financí.¹⁹ Rozsah regulace odměňování v různých podzákoných předpisech dosáhl ohromného rozsahu a stal se jedním z vážných problémů této úpravy.²⁰ Vedle absence svrchovanosti zákona daná úprava především bránila adekvátnímu motivačnímu odměňování vykonané práce. Platná úprava nepovažuje ujednání o odměně za podstatnou náležitost dohody o práci konané mimo pracovní poměr a znevýhodňuje zaměstnance pracující na základě dohod jejich nezahrnutím do povinných příplatků ke mzdě či platu. Jak jinak vysvětlit ust. § 77 odst. 2 písm. e) zákoníku práce? Nežádoucí účinky této úpravy lze eliminovat pouze prostřednictvím zásady stejné odměny za stejnou práci.²¹

Dalším rozdílem, který ovšem zákoník práce 2006 nepřevzal, bylo oprávnění pracovníka práci konat za pomoci rodinných příslušníků uvedených v dohodě.²² Takto se násobil potenciál volného času pracovníků, kteří k plnění úkolů (často i pro mateřskou organizaci) využívali příslušníků vlastní rodiny. Zjevnou nevýhodou takto konané práce byla častá nemožnost zjistit skutečného viníka nekvalitně odvedené práce. Odpovědnost organizace²³ i pracovníka za škodu způsobenou při plnění pracovních úkolů nebo v přímé souvislosti s ní byla řešena stejně jako v pracovním poměru, výše náhrady škody způsobené pracovníkem z nedbalosti však nesměla přesáhnout třetinu skutečné škody a nesměla ani být vyšší než třetina odměny sjednané za provedení této práce. Pracovník odpovídal organizaci dle pracovněprávních předpisů i za škodu způsobenou ze strany jeho rodinných příslušníků, kteří mu při práci pomáhali. Vznikla-li ale při výkonu práce škoda rodinným příslušníkům, odpovídala organizace za úraz jen podle občanského zákoníku.

Zaměstnavatel není dle ust. § 74 odst. 2 povinen zaměstnanci rozvrhovat pracovní dobu, není ji ani povinen evidovat (ust. § 77 odst. 2 písm. b) zákoníku

¹⁸ Po novelizaci zákonem č. 153/1969 Sb. s „příslušnými odborovými orgány“ a po novelizaci zákonem č. 20/1975 Sb. „Ústřední radou odborů“.

¹⁹ Po novelizaci zákonem č. 153/1969 Sb. ministerstva práce a sociálních věcí České socialistické republiky a Slovenské socialistické republiky.

²⁰ K rozsah úpravy srov. derogační ustanovení vyhlášky č. 425/1991 Sb., o odměňování prací konaných mimo pracovní poměr.

²¹ Smluvní princip se naopak důsledně uplatnil ve slovenské úpravě (srov. ust. § 226 odst. 2 a § 228a odst. 1 slovenského zákoníku práce).

²² Možnost pracovníka nechat se zastoupit při výkonu práce v pracovním poměru se ovšem též dovozovala.

²³ Zdánlivě jinak tomu bylo v případech odpovědnosti za nemoc z povolání. Ust. § 235 odst. 2 v původní redakci upravovalo odpovědnost organizace pouze za úraz, který se pracovníku přihodil při výkonu práce. K nápravě došlo zákonem č. 153/1969 Sb., kterým se mění a doplňuje zákoník práce. Srov. bod 81, kterým se mění ust. § 235 odst. 2 zákoníku práce 1965. Srov. též důvodovou zprávu k předmetné úpravě, tisk 26, FS ČSSR http://www.psp.cz/eknih/1969fs/tisky/t0016_04.htm (Cit.: 11.7.2011).

práce. Tato úprava umožňuje zaměstnavateli nejen přidělovat zaměstnanci práci podle své okamžité potřeby, ale též zřejmě v rozporu s pravidly implementující unijní směrnici o některých aspektech rozvržení pracovní doby.²⁴ Evergrínem je obcházení kvantitativního limitu práce konané v pracovněprávních vztazích založených dohodami o práci konané mimo pracovní poměr. Na základě dohod jsou v praxi konány též práce svým rozsahem vyhrazené pracovnímu poměru. Při absenci evidence pracovní doby a mlčení zaměstnance mohou kontrolní orgány (a to též pro účely jiných druhů odpovědnosti zaměstnance) jen velmi obtížně zjistit skutečný rozsah odvedené práce.

S nerozvrhování pracovní doby souvisí neexistence práva zaměstnance na řádnou dovolenou a na omluvené pracovní volno a náhradu mzdy či platu za dobu trvání překážek v práci. Obě práva lze založit smluvně, u pracovněprávního vztahu založeného dohodou o pracovní činnosti však nejvýše v rozsahu stejném, jako je tomu v pracovním poměru. Nesjednáním nároku na dovolenou či překážky v práci ušetří zaměstnavatel náhradu mzdy či platu náležející jinak spolu s čerpanou dovolenou (omluveným pracovním volnem) nebo za dobu existence překážky v práci.²⁵

Pro obě dohody, resp. pracovněprávní vztahy jimi založené je příznačná nízká ochrana zaměstnance před skončením základního závazkového vztahu. U dohody o pracovní činnosti je upraveno právo smluvních stran skončit dohodu výpovědí z jakéhokoliv důvodu nebo bez uvedení důvodu s 15denní výpovědní dobou, která začíná dnem, v němž byla výpověď doručena druhému účastníku. Jakýkoliv výpovědní důvod neznamená akceptaci americké doktríny „termination at-will“, tímto důvodem totiž nemůže být diskriminační či amorální důvod. Dohoda o provedení práce postrádá v platné úpravě bližší úpravu skončení, smluvní strany obvykle způsob skončení pracovněprávního vztahu založeného touto dohodou, jinak z povahy věci skončí pracovněprávní vztah provedením práce. Podpurná aplikace úpravy u dohody o pracovní činnosti je diskutabilní.²⁶

Snad nejvýznamnějším důvodem k zasmulvnění výkonu určité práce (pokynutí služby) ve formě dohody o provedení práce je pro fyzické osoby, které nestíhá povinnost získat povolení k výkonu závislé práce na území České republiky, a dále též vždy pro zaměstnavatele, vynětí výdělečné činnosti konané na základě dohody o provedení práce z působnosti důchodového, nemocenského i veřejného zdravotního pojištění. Obě smluvní strany (zejména však právě zaměstnavatel) tak ušetří na jinak povinných odvodech, byť pro zaměstnance může mít vyloučení z osobního rozsahu pojistných systémů fatální důsledek.²⁷

²⁴ Více Stránský, J.: Dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr - flexibilita za každou cenu? in Acta Universitatis Brunensis Iuridica č. 382, str. 79 a násl.

²⁵ Srov. též rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 2163/2004.

²⁶ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 7 Cz 8/70 (R 88/1970).

²⁷ Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 6 Co 130/74.

Právě zájem na zachování této výhody i po zvýšení kvantitativního rozsahu dohody o provedení práce donutil předkladatele novelizace zákoníku práce provést zajímavý kotrmelec. S účinností od 1.1.2012 bude výkon práce v pracovněprávním vztahu založeném dohodou o provedení práce zakládat též účast na důchodovém, nemocenském a veřejném zdravotním pojištění, ale pouze tehdy, pokud bude zaměstnanci při splnění dalších podmínek zúčtován započitatelný příjem v částce vyšší než 10 000 Kč.²⁸ U zaměstnanců vykonávajících práce v pracovním poměru či pracovněprávním vztahu založeném dohodou o pracovní činnosti přitom zakládal v roce 2011 účast na důchodovém, nemocenském a veřejném zdravotním pojištění příjem pětikrát nižší (ve výši aspoň 2 000 Kč v daném měsíci). V čím zájmu je takováto úprava není těžké uhádnout.

Závěr

Důvody vzniku dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr byly v podstatě dva a v obměněné podobě platí i dnes, což je dle našeho názoru hlavní příčinou jejich oblíbenosti adresáty právních norem. Pro organizace (dříve) stejně jako dnes pro zaměstnavatele bylo/je neefektivní plnit některé úkoly prostřednictvím pracovníků/zaměstnanců pracujících v pracovním poměru. Převážně kogentní právní úprava totiž stále neumožňuje sjednat obsah pracovního poměru zcela dle vůle stran, zejména zaměstnavatele. Jestliže dříve šlo o snížení příliš vysokých nároků kladených na organizace z hlediska řízení a kontroly výkonu práce pracovníka,²⁹ pak dnes si zaměstnavatelé slibují od dohod především snížení ceny práce.

Druhý důvod spolupůsobí s prvním a tkví převážně mimo oblast pracovního práva. V době před rokem 1989 to byly nefungující subdodavatelské oblasti, a to jak mezi organizacemi, tak mezi organizací a malým živnostníkem. Přestože s návratem smlouvy o dílo do občanského práva, resp. obchodního práva by se zdálo, že dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr přestanou být používány a dojde k jejímu zrušení, opak je pravdou. Zákonodárce dnes argumentuje pro zachování tohoto institutu zažitou praxí, neúčelností výkonu určitých prací v pracovním poměru, jakož i přílišnou formálností pracovního poměru.³⁰ Z uvedených argumentů lze přijmout pouze zažitost užívání dohod v praxi. Není-li pro smluvní strany účelné, aby práce byla konána na základě pracovní smlouvy (či jmenování) v pracovním poměru, mohou si v souladu se zásadou autonomie vůle zvolit takový smluvní typ, který jim vyhovuje. Stěžejí lze proto z tohoto úhlu pohledu chápat snahu trvat na zachování pracovněprávního režimu, když zákoník práce pro dohody o pracích konaných mimo

²⁸ Srov. část jedenáctá (nové ust. § 7a zákona o nemocenském pojištění), část čtvrtá a pátá novely zákoníku práce, tisk č. 411 PS, PČR.

²⁹ Dědič, J.; Soušková, M.: Několik úvah nad právní úpravou dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, Právník 1990, č. 7, str. 633.

³⁰ Tak tisk 411 PS PČR, důvodová zpráva, zvláštní část, str. 81 a násl.

pracovní poměr počítá s rozsáhlými výjimkami z aplikace pracovněprávní úpravy (a to někdy přinejmenším na hraně rozporu s unijním právem).³¹ Nabízí se tak otázka, zda je skutečně pro zaměstnance užítí příslušného smluvního typu podle občanského zákoníku rizikovější, když ochranná funkce pracovního práva se právě u dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr ve značné míře neuplatní. Argumentuje-li zákonodárce malým rozsahem těchto prací,³² pak bylo ukázáno, že na základě dohody o pracovní činnosti může zaměstnanec pracovat po stanovenou týdenní pracovní dobu po polovinu kalendářního roku. Možnost využít roční pracovní fond z 50 % jistě nelze označit za marginální. O malém rozsahu by snad bylo možno uvažovat u dohody o provedení práce, i když i zde kvantitativní limit 300 hodin (který by měl platit od 1.1.2011) odpovídá 37,5 pracovním směnám (pracovním dnům) po 8 hodinách, tedy téměř dvěma pracovním měsíci.

Dohody o práci konané mimo pracovní poměr jsou v praxi velmi oblíbené, u dohody o provedení práce je tomu především z důvodů daňových a pojistných, u obou dohod o práci konané mimo pracovní poměr pak shodně pro nižší potenciální nároky zaměstnanců vůči zaměstnavatelům. Z doktrinního hlediska se jedná o institut, který umožňuje obejít pracovněprávní ochranu zaměstnance v pracovním poměru před zneužitím práva ze strany zaměstnavatele. Jedná se tedy o nástroj velmi nebezpečný, mohou-li jej extenzivně využívat zaměstnavatelé k najmutí hospodářsky slabých a sociálně ohrožených skupin obyvatelstva jako jsou např. cizinci z nečlenských států EU/EHS k výkonu práce nikoliv malého rozsahu.

³¹ Shodně Stránský, J.: Dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr - flexibilita za každou cenu? in Acta Universitatis Brunensis Iuridica č. 382, str. 81 a násl.

³² Tak tisk 411 PS PČR, důvodová zpráva, zvláštní část, str. 81 a násl.

Společné jmění manželů a členský podíl v družstvu

JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D.

Fakulta právnická Západočeská univerzita Plzeň

I. Úvodní výklady¹

Právní úprava členství a členského podílu v družstvu² je oproti právní úpravě účasti společníka v obchodní společnosti dosti specifická; to platí i ve vztahu členského podílu k společnému jmění manželů (dále jen „SJM“).^{3,4}

Přitom je nutně třeba rozlišovat jednak bytová družstva, která znají specifický institut společného členství manželů, a dále jiná než bytová družstva, která tento institut neznají; vzhledem k tomu je v následujícím textu diferencováno mezi předpisy platnými obecně pro všechny druhy družstev a zvláštními předpisy platnými jen pro družstva bytová.

¹ Tento příspěvek je psán z pohledu právního řádu České republiky podle stavu ke dni 1. 10. 2011;

V následujícím textu jsou použity tyto zkratky zákonných předpisů:

- obč. z. - zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů,
- obch. z. - zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů,
- o. s. ř. - zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a
- rod. z. - zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů.

- ² Členským podílem člena v družstvu se rozumí účast člena v družstvu a z ní plynoucí práva a povinnosti (§ 61 odst. 1 věta první ve spojení s § 260 obch. z.).
- ³ Institut SJM sice není totožný z původním institutem bezpodílového spoluvlastnictví manželů, nicméně jeho základní podstata je stejná – v obou případech se jedná o institut založený na bezpodílovém spoluvlastnictví společného majetku (a to věcí, práv a jiných majetkových hodnot), který vzniká *ex lege* jen mezi manžely, a kdy je každý z manželů úplným vlastníkem společného majetku omezený stejným právem druhého manžela.
- ⁴ Podíly v obchodních společnostech a družstvech *de lege lata* nejsou (s výjimkou akcií, na které se použijí přiměřeně předpisy o movitých věcech) věcí, nýbrž jinou majetkovou hodnotou, a proto *stricto sensu* nejsou předmětem vlastnického, nýbrž majitelského práva. Absence jakékoliv zvláštní úpravy majitelského práva vede k jedinému možnému závěru, totiž k nutnosti i na práva a jiné majetkové hodnoty aplikovat předpisy o vlastnickém právu, a to analogicky (§ 853 obč. z.). Jiný postup je tu vyloučen, neboť nelze dovodit, že pro majitelské právo žádné předpisy neplatí. Kromě toho i po věcné stránce je rozlišování na právo vlastnické a na právo majitelské v podstatě umělé. Ostatně i čl. 11 odst. 1 Listiny práv a svobod zjevně chrání jak právo vlastnické, tak i právo mu obdobné, tj. právo majitelské. Shodně viz *V. Knapp in Pavlíček, V. a kol. Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář. 2. díl, 2. vydání, Praha: Linde, 1999, s. 120.* Se zřetelem k tomu se v dalším textu hovoří výhradě o (spolu)vlastnictví podílu.

II. Obecné předpisy pro všechny druhy družstev

II.1 Vznik členství člena v družstvu a SJM; Výkon členských práv a povinností

Základem jakýchkoliv úvah o vztahu členského podílu člena družstva a SJM musí být vymezení jednotlivých možných variant tohoto vztahu; v úvahu připadají následující možnosti:

1. člen nabyt za trvání manželství a SJM členský podíl pouze ze svých výlučných prostředků. Členský podíl zde náleží pouze do jeho výlučného majetku a žádný vztah členského podílu a SJM zde nevzniká, nebo
2. člen nabyt za trvání manželství a SJM členský podíl alespoň zčásti z prostředků náležejících do SJM. Členský podíl zde náleží do SJM a výlučným členem družstva je pouze jeden z manželů – nabyvatel členského podílu, který jediný je oprávněn k výkonu členských práv a povinen k plnění členských povinností (§ 143 odst. 2 obč. z.).⁵

V obou těchto případech může druhý manžel jednat toliko jen jako zmocněnec manžela – člena na základě plné moci; to platí i v případě, že je z titulu SJM bezpodílovým spoluvlastníkem členského podílu. Jinak než jako zmocněnec druhý manžel jednat nemůže, neboť není členem družstva.

Otázkou je, zda je možná ještě třetí varianta, totiž že členský podíl do SJM nabyli společně výslovně oba manželé. Tato situace sice možná je, ovšem pouze pro oblast bytových družstev, protože pouze tam může vzniknout společné členství manželů, což kogentně stanoví § 703 odst. 2 obč. z. Pro oblast jiných než bytových družstev je něco podobného vyloučeno a jakákoliv analogie s § 114 odst. 3 obch. z., resp. § 156 odst. 9 obch. z. o společné účasti osob – (bez)podílových spoluvlastníků obchodního podílu v s. r. o. nebo akcie v a. s.⁶ je vyloučena právě pro zvláštní povahu členství člena v družstvu, které je – opět právě a jen s výjimkou bytových družstev – koncipováno na striktně individuální bázi.

Výjimkou by byla situace, kdy by zde vzniklo společné členství manželů v bytovém družstvu (k tomu viz výklady dále).

⁵ Shodně civ. R 68/2005. (Předmětný judikát byl sice vydán k řešení otázky, může-li nabytý obchodní podíl v s. r. o. náležet do SJM či nikoliv, právní závěr v něm formulovaný je však i zde využitelný analogicky.)

⁶ Úprava spoluvlastnictví (a to jak podílového, tak i bezpodílového) obchodního podílu v § 114 odst. 3 obch. z. nebo akcie v § 156 odst. 9 obch. z. vlastně zakládá pro s. r. o. a a. s. jakousi obdobu společného členství, když v obou případech se tedy smluvní stranou společenské smlouvy s. r. o. nebo stanov a. s. a tudíž i společným společníkem s. r. o. nebo společným akcionářem a. s. stávají všichni (bez)podíloví spoluvlastníci obchodního podílu nebo akcie. Oproti družstvům je ovšem tato úprava věcně podstatně širší.

II.2 Právní úkony související se vznikem, změnou nebo se zánikem členství v družstvu jinak než převodem nebo přechodem členského podílu

Skutečnost, že určitá osoba je členem družstva, nijak nemění její právní postavení z hlediska jejího (ne)podnikatelského statutu. Člen se z titulu svého členství v družstvu nestává nikdy podnikatelem, neboť výkon práv a povinností člena plynoucí z členství v družstvu není výdělečnou činností ve smyslu § 304 odst. 1 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.⁷

Se zřetelem k tomu platí, že právní úkony jednoho z manželů, kterými:⁸

1. se účastní na založení a vzniku a na zrušení a zániku družstva,
2. vzniká nebo zaniká jeho členství v již existujícím družstvu, nebo
3. se zvyšuje nebo snižuje jeho majetková účast na družstvu,

nejsou činnostmi, která by podléhala povinnosti předchozího souhlasu druhého manžela s použitím (části) majetku v SJM podle § 146 obč. z.

Vzhledem k § 145 odst. 2 obč. z. o správě majetku v SJM zde vzniká otázka, zda pokud jeden z manželů činí právní úkon ve výše uvedených případech, při kterých je alespoň zčásti užito majetku v SJM, lze takový právní úkon považovat za výkon obvyklé správy či nikoliv. V obou případech tu hrozí značná rizika a problémy.

Budeme-li považovat právní úkony jednoho manžela ve výše uvedených případech za výkon obvyklé správy, pak je tu naprosto anulována ochrana druhého manžela, neboť je zde možno jednat i bez jeho vědomí a souhlasu. Člen sice za dluhy⁹ družstva neručí (§ 222 odst. 2 věta první obč. z.), nicméně i tak může být druhý manžel při svévolném jednáním manžela – člena naprosto ožebračen, neboť oba manželé solidárně odpovídají za společné dluhy (§ 145 odst. 3 a 4 obč. z.); výjimka pro dluhy, jejichž rozsah přesahuje míru přiměřenou majetkovým poměrům manželů, které převzal jeden z nich bez souhlasu druhého, a které tedy do SJM nenáleží [§ 143 odst. 1 písm. b) obč. z.], není s to druhého manžela spolehlivě ochránit.

Krom toho družstvo může vůči členovi uplatnit své pohledávky z titulu platně uložené, leč členem dosud nesplněné uhrazovací povinnosti člena družstva (§ 222 odst. 2 obč. z.), a to jak vůči majetku v SJM, tak i vůči výlučným majetkům obou manželů, což se nutně též dotkne i druhého manžela.

⁷ Shodně např. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 4. 1998 sp. zn. 2 Cdon 1652/97, Soudní judikatura, 1998, č. 12, s. 275 a násl.; aj.

⁸ Zvláštní režim tu platí pro vznik a zánik společného členství manželů v bytovém družstvu; k tomu viz dále.

⁹ Nikoliv za závazky, jak zákon chybně stanoví.

Nebudeme-li však považovat právní úkony jednoho z manželů ve výše uvedených případech za výkon obvyklé správy, pak tu – vzhledem k možnosti druhého manžela dovolat se podle § 40a obč. z. relativní neplatnosti právních úkonů učiněných v rozporu s § 145 odst. 2 větou druhou obč. z. – hrozí naprostá právní nejistota, neboť se tu otvírá prostor pro zneplatňování změn stanov družstev. I tento výklad je naprosto neudržitelný.

Jedině myslitelný a prakticky funkční výklad je tu patrně ten „prostřední“, kdy budeme odlišovat právní úkony manžela – člena:¹⁰

- a) ve vztahu k družstvu, a
- b) ve vztahu k majetku v SJM.

Ad a) Co se týče právních úkonů manžela člena ve vztahu k družstvu, pak tyto právní úkony jsou věci osobního výkonu členských práv manžela – člena, a tudíž nepodléhají ani režimu § 145 odst. 2 obč. z., ani režimu § 146 obč. z.; manžel – člen si tu jedná zcela samostatně a nezávisle na druhém manželovi.

Ad b) Jestliže manžel – člen ve vztahu k družstvu, jehož je členem, realizuje právní úkon, který se týká majetku v SJM (např. použije část tohoto majetku jako předmět členského vkladu), pak se jedná (až na výjimky¹¹) o výkon jiné než obvyklé správy, který podléhá povinnosti souhlasu druhého manžela podle § 145 odst. 2 věty druhé obč. z., jinak se jedná o právní úkon relativně neplatný (§ 40a obč. z.).

Pokud se týče právních důsledků situace, kdy se druhý manžel dovolá úspěšně relativní neplatnosti takového právního úkonu, pak platí, že v takovém případě musí družstvo přijaté plnění vrátit.

Tato skutečnost ovšem nezakládá neplatnost právních úkonů manžela – člena ve vztahu k družstvu; těchto právních úkonů se nesouhlas druhého manžela s užitím (části) majetku v SJM vůbec netýká. Manžel – člen je samozřejmě i nadále povinen splatit svoji majetkovou účast v družstvu. Je přitom jen jeho věcí, jakým způsobem si opatří k tomu potřebné prostředky.

Jelikož se druhý manžel dovolal relativní neplatnosti právního úkonu, kterým manžel – člen použil část majetku ze SJM na úhradu své majetkové účasti v družstvu bez jeho souhlasu, nenáleží dluh z tohoto titulu vzniklý do SJM, neboť se jedná o dluh, který sice vznikl za trvání manželství a SJM, avšak týká se majetku (ve smyslu pasiva) náležejícího výhradně jen jednomu z manželů, a to tomu, který je členem družstva [§ 143 odst. 1 písm. b) obč. z.]. Proto manžel – člen odpovídá družstvu toliko svým majetkem, tj. svým výlučným majetkem a majetkem v SJM.

¹⁰ K tomuto závěru podle všeho směřuje i judikatura při řešení otázky, zda obchodní podíl v s. r. o. náleží do SJM čili nic (civ. R 68/2005).

¹¹ Tomuto režimu zjevně nepodléhá použití malých částek. Např. použije-li manžel částku 300 Kč ze SJM, aby mohl splatit základní členský vklad v družstvu, stěžejí dovodíme jiný závěr, než že se zde jedná o výkon obvyklé správy společného majetku.

Nelze zákon vykládat tak, že se sice druhý manžel může dovolat relativní neplatnosti právního úkonu učiněného jen jedním z manželů bez souhlasu druhého manžela podle § 145 odst. 2 druhé věty obč. z., avšak družstvo, kterému byla protiprávním jednáním jen jednoho z manželů způsobena škoda, se může její náhrady domáhat s tím, že – nebude-li škoda uhrazena dobrovolně – může postihnout veškerý (tj. společný i výlučný) majetek (obou) manželů bez výjimky. Takový výklad by nutně smysl § 40a a § 145 odst. 2 druhé věty obč. z. reálně anuloval.

Na druhé straně však ani toto druhému manželovi nemusí *in concreto* pomoci. To je dáno zákonnou konstrukcí, podle níž i za dluhy, které do SJM nenáleží, odpovídá pouze manžel, který je dlužníkem, a to celým svým majetkem, který je však tvořen jak jeho veškerým výlučným majetkem, tak i veškerým majetkem náležejícím do SJM, s tím, že druhý manžel je povinen tuto skutečnost strpět.

II.3 Převod členského podílu

Není příliš jasné, zda lze převod členského podílu v družstvu, který náleží do SJM, považovat za výkon obvyklé správy čili nic. S ohledem na to, že se zde jedná o dispozici s majetkovou hodnotou (zpravidla) nikoliv bezvýznamnou, lze dovodit ten závěr, že se zde o výkon obvyklé správy nejedná. Tento závěr ovšem vyvolává celou řadu dosti závažných otázek nikoliv zanedbatelného významu.

I tehdy, když se převod členského podílu odehrává v rámci podnikání člena, je existence souhlasu druhého manžela podle § 146 obč. z. z hlediska platnosti příslušného právního úkonu nerozhodná. Relevantní je zde pouze souhlas druhého manžela udělený *in concreto* podle § 145 odst. 2 druhé věty obč. z., neboť převod členského podílu nelze považovat za použití společného majetku k podnikání ve smyslu § 146 obč. z. Absence souhlasu druhého manžela má za následek relativní neplatnost příslušné smlouvy (§ 40a obč. z.).

Výše uvedený závěr přitom platí i ve vztahu k bytovému družstvu. Smlouva o převodu členského podílu v bytovém družstvu uzavřená jen jedním z převádějících manželů – společných členů bytového družstva zavazuje oba manžele společně a nerozdílně, pokud se ten z nich, kdo je jí dotčen, neplatnosti pro takový důvod nedovolá (civ. R 100/2009).

II.4 K otázce, zda se může druhý manžel stát členem družstva při trvání členství prvního manžela v tomtéž družstvu

Jestliže za trvání manželství a SJM je pouze jeden z manželů členem družstva, přičemž členský podíl je v SJM, vzniká otázka, zda se i druhý z manželů může stát také členem v tomtéž družstvu.

Co se týče družstev, je třeba zde důsledně respektovat odlišnou povahu členství v družstvu, jakož i všechny zvláštnosti z této úpravy plynoucí.

Chce-li se tedy i druhý manžel – nečlen stát členem družstva, jehož členem je pouze druhý manžel, musí podat členskou přihlášku a být přijat za člena družstva nebo nabýt členský podíl v družstvu převodem nebo přechodem (s tím, že i tento druhý členský podíl bude při splnění podmínek § 143 odst. 1 obč. z. taktéž náležet do SJM). Členská práva a povinnosti si však každý z manželů – výlučných členů bude plnit výlučně vždy ve vztahu ke „svému“ členskému podílu, ovšem s tím, že oba členské podíly budou náležet do SJM.

Poněkud jiná situace je ovšem ve vztahu k bytovému družstvu, kde za určitých podmínek výše řečené neplatí.

III. Zvláštní předpisy pro bytová družstva

III.1 Základní vymezení

Pro oblast bytových družstev je třeba vždy pečlivě rozlišovat předpisy pro členský podíl v bytovém družstvu, se kterým:

1. je spojeno právo nájmu družstevního bytu,
2. je spojeno právo nájmu družstevního nebytového prostoru, a
3. není spojeno ani právo nájmu družstevního bytu ani právo nájmu družstevního nebytového prostoru. Ve vztahu k těmto členským podílům žádné zvláštní předpisy neexistují a vzhledem k tomu se tu použije toliko úprava obecná.

III.2 Zvláštní předpisy pro členský podíl v bytovém družstvu, se kterým je spojeno právo nájmu družstevního bytu

III.2.1 Společné členství manželů

1. Vznikne-li jen jednomu z manželů za trvání manželství právo na uzavření smlouvy o nájmu družstevního bytu, vznikne se společným nájmem družstevního bytu manžely i jejich *společné členství v bytovém družstvu*; z tohoto členství jsou manželé *oprávněni a povinni společně a nerozdílně* (§ 703 odst. 2 obč. z.).

Společné členství – stejně jako SJM – vzniká *ex lege* výlučně mezi manžely. Mezi jinými osobami (např. registrovanými partnery, druhem a družkou apod.) vzniknout nemůže. Společné členství může vzniknout jen tehdy, pokud vznikne právo na uzavření smlouvy o nájmu družstevního bytu; pouhé složení

vstupního nebo základního členského vkladu ke vzniku společného členství nestačí (civ. R 5/1982). Toto se týká pouze *nájmu* družstevního bytu, nikoliv však jeho podnájmu.

Pokud právo na uzavření smlouvy o nájmu družstevního bytu vzniklo před vznikem manželství, pak okamžikem vzniku manželství zde sice vzniká *společný nájem družstevního bytu* (§ 704 odst. 2 obč. z.), avšak trvá *výlučné členství* toho z manželů, kterému toto právo vzniklo. Druhý manžel není oprávněn ani povinen se jakkoliv podílet na výkonu práv a povinností plynoucích z členství v bytovém družstvu, ovšem s výjimkou těch, která se váží na společný nájem družstevního bytu. Na druhé straně je ovšem druhý manžel – nečlen povinen strpět, aby pohledávky bytového družstva vzniklé z titulu členských povinností jeho manžela – člena byly uspokojeny ze SJM (§ 145 odst. 3 obč. z.).

Společné členství vzniká, jestliže manželé spolu trvale žijí. Pokud spolu manželé *trvale* nežijí, pak společné členství a společný nájem družstevního bytu nevzniká (§ 703 odst. 3 obč. z.); rozhodující je tu stav ke dni, kdy by společné členství vzniklo, resp. mělo vzniknout. K pozdějšímu zániku společného soužití tu již nelze přihlížet.

To, zda manželé spolu trvale nežijí, je nutno posuzovat podle § 24 odst. 1 rod. z. Pouze podle okolností konkrétního případu však lze hodnotit, jestli jsou podmínky § 703 odst. 3 obč. z. splněny či nikoliv. Pokud by se podařilo manželský rozvrat odstranit, pak zde vznikne okamžikem odstranění tohoto stavu právo společného nájmu i společné členství v bytovém družstvu.

2. Jestliže vzniklo společné členství manželů, náleží členský podíl obligatorně a bezvýjimečně vždy do SJM (§ 143 odst. 2 obč. z.); právo na kompenzaci tomu z manželů, který poskytl na pořízení členského podílu (zcela nebo zčásti) prostředky ze svého výlučného majetku, tím není dotčeno (§ 149 odst. 2 obč. z.).

Jestliže však vzniklo právo nájmu družstevního bytu ještě před vznikem manželství, pak vznikem manželství společné členství manželů v bytovém družstvu nevzniká (pouze se dosavadní výlučný nájem družstevního bytu výlučným členem mění na společný nájem družstevního bytu oběma manžely při zachování výlučného členství dosavadního člena) a členský podíl náleží *ex lege* obligatorně do výlučného majetku toho z manželů, který je výlučným členem bytového družstva.

3. Společné členství vzniká:

- a) přidělením družstevního bytu rozhodnutím k tomu příslušného orgánu (obvykle představenstva) bytového družstva,
- b) výměnou družstevního bytu. Jelikož podle § 714 obč. z. dosavadní nájem původního družstevního bytu zaniká, avšak podle § 703 odst. 2 obč. z. vzniká právo na uzavření smlouvy o nájmu vyměněného družstevního bytu, vznikne zde nejen společný nájem družstevního

bytu, nýbrž i společné členství manželů. Je otázkou, zda není tento stav ve své podstatě rozporný s čl. 11 odst. 1 Listiny práv a svobod o ochraně vlastnického práva, neboť zde dochází nikoliv k přírůstku nového majetku, nýbrž toliko k záměně jednoho majetku (= členského podílu spojeného s právem nájmu původního družstevního bytu) za jiný majetek (členský podíl spojený s právem nájmu nového družstevního bytu), což obecně na podkladě § 143 odst. 1 písm. a) obč. z. nevede k nabytí vyměněného majetku do SJM, nýbrž do výlučného majetku toho manžela, jehož majetek byl měněn (tzv. teorie transformace výlučného majetku). Rigidní zákonná konstrukce však patrně nepřipouští jiný výklad kogentních zákonných ustanovení, což nutně vede k závěru o protiústavnosti takovéto úpravy; a

c) převodem členského podílu za trvání manželství a SJM podle § 230 obch. z. To platí jak při úplatném převodu (=koupi), tak i při bezúplatném převodu (=darování) členského podílu. Jedná-li se o převod bezúplatný, nepoužije se zde § 143 odst. 1 písm. a) obč. z., podle něhož nenáleží do SJM majetek nabytý darováním, protože tomu brání zvláštní zákonná kogentní úprava vzniku společného členství manželů. Je přitom *de lege lata* zcela lhostejné, jaká je vůle dárce a obdarovaných manželů, neboť kogentní zákonná úprava zde jiný výklad nedovoluje. Je otázkou, zda není tento stav ve své podstatě rozporný s čl. 11 odst. 1 Listiny práv a svobod o ochraně vlastnického práva, neboť je zde bez jakéhokoliv ospravedlnitelného důvodu ignorována jednak vůle dárce, jednak princip smluvní svobody, a dochází zde k ničím věcně neospravedlnitelnému majetkovému přírůstku manžela obdarovaného. Rigidní zákonná konstrukce však jiný výklad kogentních zákonných ustanovení nepřipouští, což nutně vede k závěru o protiústavnosti takovéto úpravy.

III.2.2 *K otázce, zda vzniká společné členství manželů při dědění členského podílu v bytovém družstvu*

Jestliže některý z manželů nabude za trvání svého manželství děděním od osoby, která není jeho manželem, členský podíl v bytovém družstvu, se kterým je spojeno právo nájmu družstevního bytu, pak zde nevzniká společné členství manželů¹² (společný nájem družstevního bytu však ano) a členský podíl obli-

¹² Shodně M. Hulmák a M. Novotný in Švestka, J., Spáčil, J., Škárková, M., Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. II. díl, 2. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 2054.; J. Oehm in Fiala, J., Novotný, M., Oehm, J., Horák, T., Holejšovský, J. Zákon o vlastnictví bytů. Komentář. 4. vydání, Praha: C. H. Beck, 2011, s. 295-296; J. Spáčil in Dvořák, J., Spáčil, J. Společné jmění manželů v teorii a v judikatuře. 3. vydání, Praha: ASPI, 2011, s. 258-259.

Přitom ještě před několika málo lety bylo silně preferováno stanovisko opačné – viz např. J. Oehm in Fiala, J., Novotný, M., Oehm, J., Horák, T. Zákon o vlastnictví bytů. Ko-

gatorně náleží do jeho výlučného majetku, protože dědici zde nevzniká právo na uzavření nájemní smlouvy, nýbrž *ex lege* sukceduje do již existujícího nájemního vztahu zůstavitele.

Bez významu zde není ani skutečnost, že manžel dědice členského podílu by zde v případě vzniku společného členství byl značně zvýhodněn, když by najednou obdržel podíl z (části) dědictví, kde přitom dědicem nebyl. Proti tomu ovšem možno argumentovat tak, že při zániku SJM by ten z manželů, který dědicem byl, mohl požadovat, aby mu bylo uhrazeno, co ze svého výlučného majetku vynaložil na majetek v SJM (§ 149 odst. 2 věta druhá obč. z.), tudíž argument je to nejistý.

Pokud měl zůstavitel jediného dědice, pak se stane výlučným členem bytového družstva tento jediný dědic (§ 706 odst. 3 obč. z.).

Jestliže měl zůstavitel dva a více dědiců, pak se členem stane ten z dědiců, jemuž připadne členský podíl. Dědicové se musí dohodnout, kdo z nich převzme členský podíl a stane se členem. Pokud se však dědicové nedohodnou, vzniká zde závažný problém. *De lege lata* platí, že soud v usnesení o dědictví potvrdí nabytí dědictví podle dědických podílů, nedojde-li mezi dědici k dohodě [§ 175q odst. 1 písm. d) o. s. ř.]. Soud zde nemůže autoritativně rozhodnout, kdo z dědiců se stane dědicem členského podílu (civ. R 46/1972).

Výjimkou je pouze potvrzení nabytí členského podílu manželům (§ 703 odst. 1, § 707 odst. 2 obč. z.), kteří se tak stanou společnými členy bytového družstva;¹³ ani zde však soud nerozhoduje, nýbrž pouze potvrzuje nabytí členského podílu. Tato varianta by ovšem připadala v úvahu jedině tehdy, pokud by oba manželé byli (zákonnými nebo závětními) dědici zůstavitele a oba by také členský podíl společně zdědili. I zde pak platí, že došlo-li k vzniku společného členství, členský podíl náleží do SJM.

Jestliže nedojde mezi dědici k dohodě, kdo z nich se stane členem bytového družstva, soud potvrdí dědicům, jejichž dědické právo bylo prokázáno, nabytí dědictví podle dědických podílů i ohledně členského podílu v bytovém družstvu [§ 484 obč. z., § 175q odst. 1 písm. d) o. s. ř.].¹⁴ Žádný z dědiců zde nenabyl členský podíl celý, nýbrž pouze ideální spoluvlastnický podíl na členském podílu, což má své důsledky zejména ve vazbě na nájem družstevního bytu, neboť jestliže žádný z dědiců nenabyl celý členský podíl, pak ani nemůže být

mentář. 3. vydání, Praha: C. H. Beck, 2005, s. 250; nebo usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 22. 10. 2009 sp. zn. 20 Cdo 3672/2007, ASPI JUD157824CZ.

Tento výklad pokládám za rozporný s čl. 11 odst. 1 Listiny práv a svobod, podle něhož má vlastnické právo každého vlastníka stejný zákonný obsah a ochranu, vlastnictví je chráněno a právo na dědění se zaručuje, jakož i s § 143 odst. 1 písm. a) obč. z., podle něhož majetek nabytý dědictvím do SJM nenáleží.

¹³ Usnesení Městského soudu v Praze ze dne 30. 5. 1997 sp. zn. 24 Co 159/97, Ad notam, 1998, č. 1, s. 21 a násl.

¹⁴ Shodně civ. R 31/1995. Srovnej k tomu též rozsudek Nejvyššího soudu SR z roku 1997 sp. zn. 3 Cdo 4/97, Zo súdnej praxe, 1997, č. 4, s. 74 a násl.

členem bytového družstva, a tudíž nedochází zde k přechodu nájmu družstevního bytu ve smyslu § 706 odst. 2 obč. z. Tuto situaci lze řešit pouze žalobou některého z dědiců na určení, kdo z nich bude i nadále členem podle § 80 písm. c) o. s. ř., anebo též dodatečně učiněnou dohodou dědiců o tom, kdo z nich se stane členem.¹⁵

Jiná situace ovšem nastává, pokud byl zůstavitel jedním ze společných členů (k tomu viz výklady dále).

III.2.3 Vypořádání společného členského podílu v bytovém družstvu po zániku SJM

Při vypořádání členského podílu v bytovém družstvu je třeba pečlivě rozlišovat, zda se jedná o vypořádání po zániku SJM:

- a) zánikem manželství, nebo
- b) zaniklého za trvání manželství.

III.2.3.1 Vypořádání společného členského podílu v bytovém družstvu po zániku SJM zánikem manželství

III.2.3.1.1 Obecně

V souvislosti s vypořádáním členského podílu v bytovém družstvu, se kterým je spojeno právo nájmu družstevního bytu, platí následující.

Prvou možností tu je, že se jeden z manželů stal členem bytového družstva a nájemcem družstevního bytu ještě před vznikem manželství. V takovém případě se sice dnem vzniku manželství mění výlučný nájem družstevního bytu na společný nájem (§ 704 odst. 2 obč. z.), jeho výlučné členství v bytovém družstvu však zůstává nedotčeno a jeho členský podíl nepřetržitě náleží do jeho výlučného majetku. Dnem zániku manželství se společný nájem družstevního bytu zpětně mění na výlučný nájem (§ 705 odst. 2 věta první obč. z.). Vzhledem k tomu je tedy tento manžel ode dne zániku manželství výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu a věcně vzato tu není co vypořádávat. Druhou možností je, že zde vzniklo společné členství a společný nájem družstevního bytu (§ 703 odst. 2 a 3 obč. z.). Dojde-li poté k zániku manželství, musí dojít i k následnému zániku společného členství manželů a vypořádání společného členského podílu náležejícího do SJM. Nelze přitom samostatně vypořádávat právo společného nájmu družstevního

¹⁵ Usnesení Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 31. 1. 1995 sp. zn. 7 Co 2628/94, Soudní rozhledy, 1995, č. 3, s. 61 a násl. (a Ad notam, 1995, č. 3, s. 67 a násl.).

bytu, neboť toto právo je vždy spojeno se společným členským podílem v bytovém družstvu a není tudíž způsobilým předmětem SJM.¹⁶

III.2.3.1.2 Vypořádání po rozvodu manželství

III.2.3.1.2.1 Základní otázky

Samotným rozvodem manželství společné členství manželů v bytovém družstvu nezaniká (civ. R 19/1990). K zániku společného členství a vypořádání členského podílu v SJM však i zde musí dojít. Proces vypořádání je zde však poněkud komplikovanější, neboť se rozpadá na dvě části, a to na určení:

- kdo ze společných členů bude nadále výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, a
- jaká bude výše náhrady, která připadne tomu z rozvedených manželů, který se nestal výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu.

III.2.3.1.2.2 Určení, kdo z rozvedených manželů bude výlučným členem

1. Podle § 705 odst. 2 obč. z. připadají v úvahu jen dvě možnosti určení, kdo z rozvedených manželů – společných členů bude výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu.

2. Prvou možností zde je, že se společní členové – rozvedení manželé mezi sebou dohodnou, kdo z nich bude nadále výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu. Dohodu nelze uzavřít před rozvodem manželství, protože zákon výslovně hovoří o dohodě rozvedených manželů. Dohoda uzavřená před rozvodem manželství je pro počáteční nemožnost plnění absolutně neplatná (§ 37 odst. 2 obč. z.).¹⁷

Pochybnosti vyvolává otázka, zda lze platně uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí, kterou se rozvádějící se manželé dohodnou, kdo z nich se po rozvodu manželství stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu. Proti výše uvedenému postupu lze argumentovat tak, že se zde jedná o obcházení účelu a smyslu zákona, který právo dohody příznává pouze rozvedeným manželům. Lze ovšem argumentovat i obráceně, totiž že zákon předběžnou dohodu výslovně nezakazuje a dále, že ve smlouvě o vypořádání vzájemných majetkových vztahů manželů pro dobu po rozvodu podle §

¹⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 25. 4. 2007 sp. zn. 29 Odo 460/2005, Soudní rozhledy, 2007, č. 12, s. 473 a násl.

¹⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 7. 2008 sp. zn. 20 Cdo 1849/2006, ASPI JUD138336CZ.

24a rod. z., se rozvádějící manželé mají mj. dohodnout i o právech a povinnostech společného bydlení. Uzavření smlouvy o smlouvě budoucí zde není vyloučeno, když smlouva o vypořádání vzájemných majetkových vztahů manželů pro dobu po rozvodu podle § 24a rod. z. v tomto ohledu sama implicitně plní funkci smlouvy o smlouvě budoucí.

Vztahy mezi členem a bytovým družstvem mají povahu absolutních obchodních závazkových vztahů; to platí i pro vztahy mezi společnými členy a bytovým družstvem [§ 261 odst. 3 písm. b) obch. z.]. Ovšem v daném případě se nejedná o vztah mezi členem a bytovým družstvem, nýbrž o vztah mezi společnými členy, který je podřízen výhradně režimu občanského zákoníku. Proto se i smlouva o smlouvě budoucí řídí výhradně § 50a obč. z.

3. Druhou možností tu je, že se rozvedení manželé nedohodnou, kdo z nich bude nadále výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu. V takovém případě společné členství trvá až do doby, dokud soud na návrh některého z rozvedených manželů nerozhodne o tom, kdo z nich se stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu; do doby právní moci rozhodnutí soudu jsou oba rozvedení manželé – společní členové i nadále vůči bytovému družstvu oprávněni a *závázáni rovným dílem*.¹⁸

Právo podat žalobu k soudu na určení, který ze společných členů bude i nadále výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, je právem, které se nepromlčuje, neboť se jedná o právo na vypořádání právního vztahu.¹⁹

Pochybnost může vyvolávat otázka, zda lze v řízení na určení, který ze společných členů bude i nadále výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, toliko vydat rozhodnutí o této věci anebo zda zde musí dojít i k řešení otázky kompenzace tomu z rozvedených manželů, který se výlučným členem nestal. Vzhledem k tomu, že se zde jedná o klasické sporné řízení, je zde pro soud určující žalobní petit (§ 153 odst. 2 o. s. ř.). Je-li proto požadováno pouze určení, kdo ze společných členů se má stát nadále výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, je soud podanou žalobou vázán a nemůže ji překročit.

III.2.3.1.2.3 Vypořádání hodnoty společného členského podílu

1. O výši náhrady, která náleží tomu z rozvedených manželů, který se nestal výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, se mohou rozvedení manželé dohodnout v podstatě jakkoliv. Není proto

¹⁸ Rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 30. 10. 1998 sp. zn. 25 Co 441/98, Soudní rozhledy, 2000, č. 10, s. 335 a násl.

¹⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 22. 5. 2008 sp. zn. 22 Cdo 2380/2007, ASPI JUD140666CZ.

vyloučeno, že např. jeden z rozvedených manželů přenechá druhému dříve společný členský podíl zcela bez práva na jakoukoliv kompenzaci jen proto, aby rozvedená manželka měla kde bydlet s jejich nezaopatřeným dítětem, které má ve své péči atd. atp. Dohodnou-li se rozvedení manželé po dobrém a sami (v duchu zásady fair-play), není nejmenšího důvodu jim do toho zasahovat.

Někdy se objevují dohody, kdy některý z rozvedených manželů např. ponechá své bývalé manželce dříve společný členský podíl sice bez práva na jakoukoliv kompenzaci, leč s určitou podmínkou. V praxi se objevují nejružnější podmínky, jako např. ta, že členský podíl bude přenechán bývalou manželkou jejich společnému dítěti po dosažení jeho zletilosti atp. Je-li zde jednáno v intencích § 36 obč. z. o právních podmínkách a nejedná-li se o ujednání nemravné nebo zákonem zakázané, pak je taková podmínka dovolená a není důvodu ji odmítnout.

2. Nedohodnou-li se rozvedení manželé, pak tomu z rozvedených manželů, který se nestal výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, náleží 1/2 hodnoty společného členského podílu (§ 149 odst. 2 obč. z.).

Jestliže bezpodílové spoluvlastnictví manželů a společné členství manželů v bytovém družstvu zaniklo přede dnem 1. 1. 1992 (tj. před nabytím účinnosti obchodního zákoníku a novely občanského zákoníku provedené zákonem č. 509/1991 Sb.), a k vypořádání společného členského podílu rozhodnutím soudu došlo:²⁰

- a) přede dnem 1. 1. 1992, pak pro ocenění vypořádávaného společného členského podílu byla určující zůstatková hodnota členského podílu,
- b) po 1. 1. 1992, pak pro ocenění vypořádávaného společného členského podílu byla určující jeho cena obvyklá (tržní).

Jestliže bezpodílové spoluvlastnictví manželů do 31. 7. 1998, resp. po 1. 8. 1998 SJM (po novele občanského zákoníku provedené zákonem č. 91/1998 Sb.), a společné členství manželů v bytovém družstvu zaniklo po 1. 1. 1992 (tj. po nabytí účinnosti obchodního zákoníku a novely občanského zákoníku provedené zákonem č. 509/1991 Sb.), pak pro ocenění vypořádávaného společného členského podílu je určující jeho cena obvyklá (tržní).²¹ Cenou obvyklou (tržní) se rozumí cena, za niž by bylo možno členský podíl v rozhodné době a

²⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 4. 2005 sp. zn. 22 Cdo 630/2005, Soudní rozhledy, 2005, č. 10, s. 371 a násl.

²¹ Nelze-li určit obvyklou cenu členského podílu jinak, pak je zpravidla nutné postupovat v součinnosti se znalcem z oboru ekonomiky – odhady cen. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 11. 12. 2003 sp. zn. 30 Cdo 887/2002, ASPI JUD83144CZ.

čase převést,²² neboť cena zde není regulována žádným (právním ani cenovým) předpisem.²³

Pro určení obvyklé ceny členského podílu je rozhodný den zániku společného členství, nikoliv den rozvodu manželství nebo den zániku SJM (je-li ode dne rozvodu manželství odchylný).²⁴

Při ocenění členského podílu nelze přihlížet k pozdějším změnám v ceně členského podílu. Důvodem tu je, že základ pro určení částky, která náleží tomu z rozvedených manželů, který se nestal výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, musí být zjištěn podle stavu ke dni, kdy tento přestal být (bezpodílovým) spoluvlastníkem vypořádávaného společného členského podílu. Pozdější změny obvyklé ceny členského podílu tu jsou nerozhodné.²⁵

Při ocenění členského podílu je třeba vzít zřetel na zvláštnosti právní úpravy zániku společného členství a zániku práva společného nájmu družstevního bytu a vycházet ze stavu členského podílu v jeho (kvantitativní i kvalitativní) podobě v době přeměny společného členství na výlučné členství jednoho z rozvedených manželů.

²² Nelze zde vycházet z ceny samotného bytu určené nákladovou metodou. Usnesení Krajského soudu v Českých Budějovicích – pobočky v Táboře ze dne 20. 7. 1999 sp. zn. 15 Co 103/99, Soudní rozhledy, 2000, č. 4, s. 107 a násl.

²³ Rozsudek velkého senátu Nejvyššího soudu ČR ze dne 14. 11. 2002 sp. zn. 31 Cdo 2428/2000, *Balák, F., Púry, F. a kol.* Soubor rozhodnutí Nejvyššího soudu. Svazek 21. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 170 a násl. (Otištěn byl též v časopisech Právní rozhledy, 2003, č. 3, s. 145 a násl.; a Bulletin advokacie, 2003, č. 5, s. 53.)

²⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 22. 2. 2001 sp. zn. 22 Cdo 2244/99, ASPI JUD22543CZ.

²⁵ Justice tento názor nesdílí. Bylo judikováno, že: „Při vypořádání společného členského podílu v bytovém družstvu mezi manžely v případě, že byl již výlučným členem bytového družstva převeden na jinou osobu, se vychází zásadně z jeho obvyklé ceny v době převodu. Pokud by však jeho skutečná cena, za níž byl převeden, převyšovala cenu obvyklou, vypořádá se skutečně získaná cena (výtěžek z převodu původně společného majetkového práva). Převede-li však rozvedený manžel členský podíl za cenu nižší, než je cena obvyklá, je určující cena obvyklá.“ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 1. 2006 sp. zn. 22 Cdo 3121/2005, ASPI JUD93003CZ.

To je podle mého soudu pojetí nesprávné, neboť se zde zohledňují změny obvyklé ceny členského podílu v době, kdy členský podíl již není společný. Jestliže určitý majetek náležející do zaniklého SJM je celý určen soudem do výlučného majetku jednoho z rozvedených manželů s tím, že druhému náleží kompenzace ve stanovené výši, pak následný prodej tohoto majetku za vyšší cenu, než na jakou byl tento majetek pro účely soudního vypořádání zaniklého SJM oceněn, nezakládá právo druhého manžela požadovat revizi vypořádání zaniklého SJM a dorovnání hodnoty tohoto majetku. (To přitom platí i obráceně).

Shodně též *J. Spáčil* in *Dvořák, J., Spáčil, J.* Společné jmění manželů v teorii a v judikatuře. 3. vydání, Praha: ASPI, 2011, s. 268.

Mezi významná hlediska pro hodnocení stavu členského podílu nepochybně patří především stav a kvalita družstevního bytu. Jako se v průběhu času mění ceny věcí v téže kvalitě i kvantitě, ať již vlivem cenových předpisů nebo vlivem nabídky a poptávky, stejně tak se mění i obvyklá cena vypořádaného členského podílu.²⁶

V praxi vznikají pochybnosti, zda se má při určování obvyklé ceny členského podílu zohlednit tzv. obsazenost předmětného družstevního bytu v těch případech, kdy v něm dosud bydlí ten z rozvedených manželů, kterému zde svěřeno právo bydlení (§ 712a obč. z.).

Podle judikatury je třeba od zjištění obvyklé ceny vypořádaného členského podílu odečíst tržní hodnotu náhradního bytu (popř. jiných nákladů spojených s jeho zajištěním), když právě na zajištění náhradního bytu je vázána povinnost druhého z rozvedených manželů, který se nestal výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, předmětný družstevní byt vyklidit; to neplatí pouze tehdy, pokud by se druhý z rozvedených manželů práva na bytovou náhradu vzdal nebo byla-li by mu bytová náhrada jinak zajištěna do doby rozhodnutí soudu o vypořádání společného členského podílu.²⁷

S tím lze souhlasit, neboť by bylo nepřipustným zvýhodněním toho z rozvedených manželů, který se nestal výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, aby obdržel od druhého rozvedeného manžela jak nesníženou výši finanční náhrady, tak mu byla zajištěna i bytová náhrada. Je však naopak spravedlivé, aby obdržel nesníženou výši finanční náhrady v těch případech, kdy soud mu nepřizná proti druhému z rozvedených manželů, který se stal výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, právo požadovat po něm zajištění bytové náhrady.

Při určování obvyklé ceny členského podílu nelze přihlížet ke skutečnosti, že v družstevním bytě bydlí, resp. budou bydlet nezaopatřené děti.²⁸ K zájmům nezaopatřených (nikoliv pouze nezletilých) dětí soud *ex officio* přihlíží v řízení o zrušení práva společného nájmu družstevního bytu (§ 705 odst. 2 a 3 obč. z.). Rovněž tak jsou zájmy svých nezaopatřených dětí povinni zohlednit vždy jejich rozvedení rodiče při uzavírání dohody, kdo z nich se stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu a při řešení otázky, jaká bude výše vypořádání placená tomu z nich, který se výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu nestal.

²⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. 11. 2004 sp. zn. 22 Cdo 900/2004, Právní rozhledy, 2005, č. 7, s. 261 a násl.

²⁷ Usnesení Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 30. 11. 2001 sp. zn. 20 Co 186/2001, Právní rozhledy, 2002, č. 10, s. 520 a násl.

²⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. 6. 2005 sp. zn. 22 Cdo 1119/2005, Právní rozhledy, 2005, č. 19, s. 721 a násl.

Zaniklo-li společné členství rozvedených manželů v bytovém družstvu do 3 let od rozvodu manželství, pak²⁹ se může ten z rozvedených manželů, který se nestal výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, domáhat po uplynutí 3 let od rozvodu manželství na druhém z rozvedených manželů zaplacení 1/2 obvyklé ceny vypořádaného členského podílu z titulu vypořádání majetkového práva náležejícího do zaniklého SJM, které se stalo výlučným majetkovým právem toho z rozvedených manželů, který se stal výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu. Zde totiž jde jen o majetkové právo jednoho z rozvedených manželů vůči druhému, které může být uplatněno u soudu poprvé v den, kdy nastaly právní účinky domněnky vypořádání zaniklého SJM podle § 150 odst. 4 obč. z., tj. v den, kdy uplynuly 3 roky od rozvodu manželství. Proto tímto dnem začíná také běžet obecná promlčecí lhůta.³⁰

Může být předmětem pochybnosti, zda se zde má aplikovat obecná občanskoprávní tříletá promlčecí lhůta podle § 101 obč. z.³¹ anebo – vzhledem k tomu, že právní vztahy plynoucí z členství v družstvu mají povahu absolutních obchodních závazkových vztahů [§ 261 odst. 3 písm. b) obch. z.] – se zde má aplikovat obecná obchodněprávní čtyřletá promlčecí lhůta podle § 397 obch. z. Určující tu podle mého soudu je ta skutečnost, že se zde nejedná o právní vztah mezi členem a bytovým družstvem, nýbrž o majetkoprávní vztah mezi dvěma fyzickými osobami – společnými členy, který souvisí s vypořádáním jejich majetkových práv a povinností, a který není obchodním závazkovým vztahem a režimu obchodního práva tudíž nepodléhá. Lze proto mít za to, že výše uvedený výklad soudní praxe je správný.

3. Nedojde-li v zákonné tříleté lhůtě od rozvodu manželství k dohodě nebo k podání žaloby k soudu na určení, kdo z rozvedených manželů bude nadále výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, pak se zde neuplatní domněnka vypořádání podle § 150 odst. 4 obč. z. v plném rozsahu, neboť společné členství bude trvat i po tomto okamžiku nedotčeno dále.

Právní účinky domněnky vypořádání zaniklého SJM se projeví pouze ve vztahu k členskému podílu, který i nadále bude společný, přestane však náležet do zaniklého SJM a stane se předmětem podílového spoluvlastnictví obou rozvedených manželů – společných členů, přičemž spoluvlastnické podíly obou manželů jsou vždy stejné (analogicky § 137 odst. 2 obč. z.). Je přitom pojmově vyloučeno, aby společné členství trvalo bez společného členského podílu.

²⁹ Nedošlo-li ovšem mezi rozvedenými manžely k jiné dohodě nebo nebyla-li podána žaloba na vypořádání zaniklého SJM a v rámci tohoto řízení by se řešilo i vypořádání hodnoty společného členského podílu (nebo nebyla-li podána samostatná žaloba, kterou by bylo vypořádání hodnoty společného členského podílu řešeno).

³⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 5. 2004 sp. zn. 22 Cdo 590/2003, Soudní judikatura, 2004, č. 6, s. 417 a násl.

³¹ K tomuto názoru se přiklonil i Nejvyšší soud ČR. Viz rozsudek cit. v předchozí poznámce.

Tento stav přitom může přetrvávat bohužel i celé desítky let, což je krajně nežádoucí, neboť je v zájmu bytového družstva, aby bylo najisto určeno, který z rozvedených manželů je jeho výlučným členem a výlučným nájemcem družstevního bytu. Bytové družstvo však nemůže rozvedeným manželům nařídit, aby tuto situaci řešili vzájemnou dohodou anebo soudní cestou ani je nemůže z družstevního bytu nechat vystěhovat jen proto, že zde dosud přetrvává společné členství rozvedených manželů.

4. Právo na vypořádání hodnoty společného členského podílu v bytovém družstvu nemůže být promlčeno dříve, než zanikne společné členství rozvedených manželů v bytovém družstvu. Tříletá promlčecí lhůta podle § 101 obč. z. zde začne běžet až dnem následujícím po zániku společného členství. Na realizaci tohoto práva § 150 odst. 4 obč. z. nedopadá.

5. Soud rozhodující o vypořádání hodnoty společného členského podílu v případě, kdy společné členství zaniklo až poté, co již uplynuly 3 roky od rozvodu manželství, nebude postupovat podle § 150 odst. 4 obč. z., nýbrž podle § 142 obč. z., i když toliko analogicky (§ 853 obč. z.). Jestliže totiž společné členství manželů nezanklo ve lhůtě 3 let ode dne rozvodu manželství, pak přetrvává i po tomto datu, ovšem s tím, že členský podíl je nikoliv v zaniklém SJM, nýbrž v podílovém spoluvlastnictví společných členů. Proto zde soud musí aplikovat předpisy o vypořádání (nikoliv o zrušení) podílového spoluvlastnictví, což má za následek, že se zde nelze odchýlit od zásady rovnosti spoluvlastnických podílů (což v řízení o vypořádání zaniklého SJM podle § 149 obč. z. lze).³²

Pohledávka z vypořádání hodnoty společného členského podílu vzniká tomu z rozvedených manželů, který se nestal výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, již na základě dohody rozvedených manželů nebo rozhodnutí soudu o tom, že se druhý z nich stává výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu a nikoliv teprve na základě vypořádání jejich zaniklého SJM, při němž bylo k této (dosud neuspokojené) pohledávce přihlédnuto.³³ To má svůj význam z hlediska určení počátku běhu zákonné promlčecí lhůty, která běží vždy od vzniku této pohledávky.

6. Při vypořádání společného členského podílu, se kterým je spojeno právo nájmu k dvěma nebo více družstevním bytům, je možno se vypořádat i takovým způsobem, že se jeden z rozvedených manželů stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu č. 1 a druhý z rozvedených manželů se stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu č. 2; tento postup přitom nevyklučuje – např. v situaci, kdy jeden z bytů je cihlový 3+kk v dobré lokalitě a druhý panelový

³² Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 3. 2004 sp. zn. 22 Cdo 2565/2003, Právní rozhledy, 2004, č. 12, s. 476 a násl.

³³ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. 12. 2008 sp. zn. 21 Cdo 4994/2007, ASPI JUD145057CZ.

1+kk na sídlišti – vyplacení přiměřené kompenzace (ve finanční nebo i v jiné podobě).

7. Podle soudní praxe nelze vypořádat hodnotu společného členského podílu dříve, než bude postupem podle § 705 odst. 2 obč. z. určeno, který z rozvedených manželů – společných členů se stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu.³⁴ S tímto názorem lze souhlasit, neboť dokud není určeno, kdo se stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, nemůže být ani určeno, kdo má komu plnit kompenzaci.

Není vyloučeno, aby se společní členové dohodli, že vypořádání proběhne až v určité době poté, co bude určeno, kdo z nich se stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu; přitom jsou omezeni pouze tříletou zákonnou promlčecí lhůtou ode dne zániku společného členství jeho přeměnou na výlučné členství jednoho z rozvedených manželů (§ 101 obč. z.).

III.2.3.1.3 Vypořádání po smrti některého z manželů

1. Jestliže společné členství zaniklo smrtí jednoho z manželů, pak zůstává výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu pozůstalý manžel (§ 707 odst. 2 obč. z.).

Dědici nebo dědicům zesnulého společného člena náleží 1/2 hodnoty společného členského podílu; pro tyto účely je třeba vycházet z ceny obvyklé. Pro určení ceny je rozhodný den zániku společného členství, tj. den smrti jednoho ze společných členů.³⁵

2. Otázkou je, jaký postup má být zvolen v případě, že manželství zaniklo rozvodem, ovšem až do smrti některého z rozvedených manželů nedošlo k určení, kdo z nich bude výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu, ani nebyl v této věci před smrtí jednoho z rozvedených manželů podána v tomto směru žaloba k soudu.

V takovém případě musí být postupováno podle § 707 odst. 2 obč. z. analogicky (§ 853 obč. z.), tj. že výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu zůstane ten z rozvedených manželů, který zůstal

³⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 4. 2008 sp. zn. 22 Cdo 775/2007, ASPI JUD107997CZ; a usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 25. 8. 2008 sp. zn. 22 Cdo 5384/2007, ASPI JUD141594CZ.

³⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 14. 11. 2002 sp. zn. 31 Cdo 2428/2000, *Balák, F., Púry, F. a kol.* Soubor rozhodnutí Nejvyššího soudu. Svazek 21. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 170 a násl. [Otištěn byl též v časopisech *Právní rozhledy*, 2003, č. 3, s. 145 a násl.; a (zkrácený pouze ve formě právní věty) *Bulletin advokacie*, 2003, č. 5, s. 53.]

naživu, s tím, že dědici nebo dědicům zesnulého rozvedeného manžela náleží 1/2 tržní hodnoty členského podílu.³⁶

Toto stanovisko je rozumné, neboť je nepochybně racionálnější než alternativní postup, totiž vyžadovat, aby se žijící rozvedený manžel a všichni dědicové zesnulého rozvedeného manžela dohodli nebo podali k soudu žalobu na určení, kdo z nich bude výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu. V takovém případě by muselo být (soudem nebo dohodou rozvedeného žijícího manžela a všech dědiců) řešeno majetkové vypořádání doposud společného členského podílu. Prvá výše uvedená varianta, ke které se přiklonila i soudní praxe, je jednodušší pro všechny dotčené osoby,³⁷ neboť řeší otázku, kdo se stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu.³⁸

3. Při vypořádání členského podílu, se kterým je spojeno právo nájmu k dvěma nebo více družstevním bytům, je možno se vypořádat i takovým způsobem, že – typicky proto, aby nebylo nutno vyplácet finanční (nebo jiné) kompenzace, na což ani pozůstalý manžel, ani dědicové zesnulého manžela nemusí mít potřebné finanční prostředky – pozůstalý manžel bude nadále výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem pouze družstevního bytu č. 1 a jediný dědic zesnulého manžela se stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu č. 2.³⁹

Právně se zde bude postupovat cestou přechodu nových členských podílů vzniklých rozdělením dosavadního členského podílu na jednotlivé dědice a popř. též i pozůstalého manžela (§ 707 odst. 2 poslední věta obč. z.).

³⁶ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 7. 2. 2001 sp. zn. 26 Cdo 1285/2000, Soudní judikatura, 2001, č. 8, s. 313 a násl.

³⁷ Včetně bytového družstva, které do dění zasáhnout nijak nemůže, ačkoliv se ho tato situace též zásadním způsobem týká.

³⁸ Nedohodli-li by se totiž dědicové zesnulého rozvedeného manžela a žijící rozvedený manžel na tom, kdo z nich se stane výlučným členem bytového družstva a výlučným nájemcem družstevního bytu ani v dědickém řízení nebo nepodal-li by někdo z nich v této věci žalobu podle § 705 odst. 2 věty druhé obč. z., mohl by tento stav jakéhosi „pseudospolečného členství“ trvat i nadále, jen počty spoluvlastníků členského podílu by dále rostly; dědický soud by totiž při absenci dohody pouze potvrdil nabytí dědictví podle dědických podílů i ve vztahu k členskému podílu [§ 175q odst. 1 písm. d) o. s. ř.].

³⁹ Shodný závěr dovozovala – na podkladě v podstatě obdobné právní úpravy – i soudní judikatura. Rozsudek Nejvyššího soudu ČSR ze dne 24. 2. 1983 sp. zn. 4 Cz 3/83, ASPI JUD10689CZ.

III.2.3.2 Vypořádání společného členského podílu v bytovém družstvu po zániku SJM za trvání manželství

III.2.3.2.1 Vypořádání společného členského podílu v bytovém družstvu po zániku SJM uložením trestu propadnutí majetku

Není příliš jasné, jaké důsledky ve vztahu k společnému členskému podílu bytovém družstvu, se kterým je spojeno právo nájmu družstevního bytu, má zánik SJM, dojde-li k jeho zániku uložením trestu propadnutí majetku (§ 66 odst. 4 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů). Důvodem pochybností je skutečnost, že zde nedochází ani k přeměně ani k zániku společného členství manželů. Vzhledem k absenci zvláštní úpravy lze proto soudit, že zde platí následující pravidla.

Jestliže ke dni zániku SJM trvalo společné členství manželů, pak zánikem SJM nezaniká. V takovém případě přechází členský podíl náležející do zaniklého SJM dnem úplného vypořádání zaniklého SJM, jinak dnem, kdy uběhla zákonná tříletá lhůta pro vypořádání zaniklého SJM podle § 150 odst. 4 obč. z. do podílového spoluvlastnictví obou manželů – společných členů, přičemž spoluvlastnické podíly obou manželů jsou zde stejné (analogicky § 137 odst. 2 obč. z.). Jakékoliv jiné řešení je tu z povahy věci vyloučeno.

III.2.3.2.2 Vypořádání společného členského podílu v bytovém družstvu po zániku SJM prohlášením konkursu na majetek některého z manželů

1. Vypořádání členského podílu v bytovém družstvu, dojde-li k zániku SJM za trvání manželství prohlášením konkursu na majetek některého z manželů, je odvislé od toho, na majetek kterého z manželů byl konkurs prohlášen.

Zanikne-li SJM prohlášením konkursu na majetek některého z manželů – společných členů, pak dnem, kdy nastaly právní účinky prohlášení konkursu, zaniká jejich společné členství v bytovém družstvu (§ 231 odst. 1 obch. z.), a to bezvýjimečně vždy; k přeměně společného členství manželů na výlučné členství druhého manžela, na jehož majetek konkurs prohlášen nebyl, tu pro absenci zvláštní zákonné úpravy nemůže dojít (civ. R 11/2008). V takovém případě nedochází k vypořádání hodnoty členského podílu, neboť zánikem členství zaniká i členský podíl v bytovém družstvu (a podle § 714 obč. z. i nájem družstevního bytu). Do zaniklého SJM náleží v takovém případě vypořádací podíl, který vyplácí bytové družstvo k rukám insolvenčního správce.

Dojde-li posléze k pravomocnému zrušení konkursu z jiných důvodů než po splnění rozvrhového usnesení nebo proto, že majetek dlužníka je zcela nepostačující, obnovuje se i společné členství manželů v bytovém družstvu (§ 231 odst. 2 obch. z.); zaniklé SJM se však neobnovuje. Vzhledem k tomu, že je zde opět členský podíl společný oběma manželům, avšak SJM se neobnovuje, pak

nelze dovodit jiný závěr, než že se členský podíl dostává do podílového spoluvlastnictví obou manželů – společných členů, přičemž spoluvlastnické podíly obou manželů jsou zde stejné (analogicky § 137 odst. 2 obč. z.)

2. Výše řečené platí i v případě, že byl prohlášen konkurs na majetek některého z rozvedených manželů, jejichž manželství zaniklo rozvodem, avšak jejichž společné členství v bytovém družstvu dosud trvá.

III.2.4 Zúžení SJM rozhodnutím soudu a vypořádání členského podílu v bytovém družstvu

Členský podíl v bytovém družstvu, který náleží do SJM, může po zúžení SJM rozhodnutím soudu podle § 148 odst. 1 nebo 2 obč. z. náležet do výlučného majetku jen jednoho z manželů; to ovšem neplatí bezvýjimečně.

Jestliže vzniklo společné členství manželů, pak je zde pojmově vyloučeno, aby jeden z manželů – společných členů přestal být spoluvlastníkem členského podílu; je vyloučeno, aby člen bytového družstva neměl členský podíl, což platí i pro společného člena; to skutečnost musí respektovat každý. Z kogentní dikce zákona přitom nelze dovodit, že zúžení SJM rozhodnutím soudu má za následek zánik společného členství.

Zánik společného členství je vázán výhradně na zánik manželství (§ 705 odst. 2 a § 707 odst. 2 obč. z.), nikdy ne na zánik nebo na zúžení SJM. Toto stanovisko bylo v novější literatuře zpochybněno s poukazem na současnou zákonou úpravu zúžení SJM za trvání manželství.⁴⁰ Jakkoliv by takováto změna byla *de lege ferenda* nepochybně vítaná, *de lege lata* pro ni neshledávám opory, když celá úprava společného členství je nutně *lex specialis* k právní úpravě SJM.

Se zřetelem k této skutečnosti lze soudit, že – vzhledem ke striktně kogentní úpravě společného členství manželů – v takovém případě již členský podíl nemůže náležet do SJM, do výlučného majetku některého z manželů však také, neboť společné členství manželů zde zůstává nedotčeno. V takovém případě zde připadá v úvahu – bez ohledu na způsob vypořádání zúženého SJM – pouze jediná možnost, a to že se členský podíl stane předmětem podílového spoluvlastnictví obou manželů – společných členů, přičemž spoluvlastnické podíly obou manželů jsou zde stejné (analogicky § 137 odst. 2 obč. z.)

⁴⁰ J. Spáčil in Dvořák, J., Spáčil, J. Společné jmění manželů v teorii a v judikatuře. 3. vydání, Praha: ASPI, 2011, s. 266.

III.2.5 Smlouvy o změně rozsahu SJM a členský podíl v bytovém družstvu

Není akceptovatelný závěr, že společné členství sice vzniklo, avšak členský podíl náleží jen jednomu ze společných členů, neboť členský podíl (a tudíž ani majetkovou hodnotu členského podílu) zde nelze oddělit od členství. Každý člen má svůj členský podíl a žádný nečlen jej nemá; *tertium non datur*.

Manželé se mohou podle § 143a obč. z. dohodnout na změně rozsahu SJM, ovšem nikoliv neomezeně.

Není totiž dovolena přeměna společného členství na výlučné členství některého z manželů smlouvou o změně rozsahu SJM, neboť tomu brání kogentní dikce § 705 odst. 2 a § 707 odst. 2 obč. z. o způsobech zániku společného členství manželů jeho přeměnou na výlučné členství některého z bývalých manželů. Smlouva uzavřená v rozporu s tímto principem je absolutně neplatná pro počáteční nemožnost plnění (§ 37 odst. 2 obč. z.).⁴¹

Výše řečené ovšem podle všeho neplatí obráceně.

Přeměna výlučného členství některého z manželů na společné členství manželů podle všeho povolena je. I když tato otázka není úplně jednoznačná, soudím, že takový postup možný je, když § 230 obch. z. je i zde aplikovatelný, i když podle všeho pouze analogicky (§ 853 obč. z.); důsledkem takového postupu bude nutně vznik společného členství manželů. Právně se ovšem nejedná o převod části členského podílu, nýbrž o smluvní rozšíření SJM postupem podle § 143a obč. z., když ovšem musí být (analogicky) splněny i podmínky § 230 obch. z.⁴² Zatímco v prvním případě přeměně společného členství manželů na výlučné členství některého z nich brání kogentní zákonná úprava, zde takový zákaz není obsažen, když z dikce § 703 odst. 2 obč. z. nelze dovodit, že by se jednalo o jediný způsob vzniku společného členství. Důsledkem takového ujednání je pak nejen vznik společného členství, nýbrž i zahrnutí členského podílu do SJM.

⁴¹ Shodně J. Dvořák in Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kol. Občanské právo hmotné. I. díl, 4. vydání, Praha: ASPI, 2005, s. 393; a rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 30. 8. 2005 sp. zn. 1 Cm 12/2005, Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. II. díl, 2. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 2061. Opačně J. Oehm in Fiala, J., Novotný, M., Oehm, J., Horák, T., Holejšovský, J. Zákon o vlastnictví bytů. Komentář. 4. vydání, Praha: C. H. Beck, 2011, s. 295; a M. Hulmák a M. Novotný in Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. II. díl, 2. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 2055-2056.

⁴² Argumentace J. Oehma (in Fiala, J., Novotný, M., Oehm, J., Horák, T., Holejšovský, J. Zákon o vlastnictví bytů. Komentář. 4. vydání, Praha: C. H. Beck, 2011, s. 295) je nejasná, protože pro vyvedení členského podílu ze SJM notářský zápis podle § 143a odst. 1 obč. z. vyžaduje, ovšem pro jeho zahrnutí do SJM nikoliv; přitom se právně jedná o tutéž operaci podle § 143a odst. 1 obč. z.

Tento postup je možný jen tehdy, je-li s členským podílem spojeno právo nájmu družstevního bytu. V ostatních případech tento postup možný není, neboť zde nemůže vzniknout společné členství a členský podíl tudíž nemůže náležet do SJM.

To, že je tento stav nevyhovující, neboť silně omezuje smluvní svobodu kontrahentů, je zjevné.

Je ovšem naprosto vyloučeno, aby smlouva o rozsahu SJM podle § 143a obč. z. určila, že za trvání:

- a) společného členství manželů bude vyveden členský podíl ze SJM, nebo
- b) výlučného členství některého z manželů bude členský podíl zahrnut do SJM.

Členství a členský podíl jsou od sebe neoddělitelné; protože musí vždy členský podíl (spolu)náležet (společnému) členovi. Členský podíl, se kterým je spojeno právo nájmu družstevního bytu, je vždy společný za trvání společného členství a vždy výlučný za trvání výlučného členství; *tertium non datur*. Vzhledem k tomu je smlouva uzavřená v rozporu s tímto principem absolutně neplatná pro počáteční nemožnost plnění (§ 37 odst. 2 obč. z.).

III.3 Zvláštní předpisy pro členský podíl v bytovém družstvu, se kterým je spojeno právo nájmu družstevního nebytového prostoru

Značně sporná je existence společného členství a společného nájmu ve vztahu k nájmu družstevního nebytového prostoru. Platná právní úprava tuto otázku výslovně neřeší, když zákon č. 116/1990 Sb., o nájmu a podnájmu nebytových prostor, ve znění pozdějších předpisů, zde vůbec mlčí, a občanský zákoník společný nájem a společné členství upravuje výslovně jen ve vztahu k družstevním bytům, přičemž ze systematického zařazení této úpravy mezi zvláštní předpisy o nájmu bytu lze *a contrario* usuzovat, že společný nájem ani společné členství družstevního nebytového prostoru není možné.

Judikatura původně dovozovala, že společný nájem nebytového prostoru může soud zrušit za analogického užití § 705 odst. 2 a 3 obč. z. (např. civ. R 66/2004), z čehož bylo možno dovodit, že společný nájem družstevního nebytového prostoru a tudíž také společné členství manželů v bytovém družstvu jen ve vztahu k společnému nájmu družstevního nebytového prostoru je možné.

Následně ovšem došlo k naprostému obratu, když bylo dovozeno, že po 1. 5. 1990, kdy nabyl účinnosti zákon č. 116/1990 Sb., je existence jakéhokoliv společnému nájmu (ne)družstevního nebytového prostoru manželů (a tudíž i existence společného členství manželů) vyloučena, neboť zákon č. 116/1990 Sb. ani jiný zákon jej neupravuje a po zrušení § 197 obč. z. neexistuje úprava

společného nájmu nebytového prostoru ani nikde jinde (civ. R 47/2007). S tímto stanoviskem nelze souhlasit, neboť pro takovýto dalekosáhlý závěr není žádného rozumného důvodu; spíše lze soudit, že správné bylo stanovisko původní.

V jedné věci se ovšem Nejvyšší soud ČR mylí zcela bezpečně, a to dovozují-li, že existence společného nájmu nebytového prostoru není možná již od 1. 5. 1990. To není pravda, neboť zákon č. 116/1990 Sb. nabyt sice účinnosti již 1. 5. 1990, ke zrušení § 197 obč. z. však došlo až s účinností od 1. 1. 1992 novelou občanského zákoníku provedenou zákonem č. 509/1991 Sb. Zákon č. 116/1990 Sb. totiž § 197 obč. z. nezrušil (jak se mylně domnívá Nejvyšší soud ČR), nýbrž zrušil pouze § 196 obč. z., což existenci společného nájmu nebytového prostoru až do 31. 12. 1991 (kdy teprve byl § 197 obč. z. zrušen) nijak nebránilo.⁴³

Vzhledem k výše řečenému lze podle mého soudu s přihlédnutím k neexistenci výslovné normativní úpravy dovodit, že *de lege lata* je možný vznik společného členství manželů, se kterým je spojen (pouze) nájem družstevního nebytového prostoru; pro tento případ tu platí veškeré právní předpisy a závěry, které se týkají společného členství manželů, se kterým je spojen nájem družstevního bytu analogicky (§ 853 obč. z.).

⁴³ Důvod této chyby není jasný. Ovšem vzhledem k tomu, že v jistém období (jež se časově shoduje s vydáním předmětného judikátu) bylo v jednom z právních informačních systémů užívaných na území České republiky chybně uvedeno, že § 197 obč. z. byl zrušen již k 1. 5. 1990, není vyloučeno, že soud svůj verdikt vynesl právě na podkladě této chyby.

II. ČASŤ

PÔSOBENIE INŠTITÚTOV VEREJNÉHO PRÁVA A PRÁVA SÚKROMNÉHO NA REGULAČNÝ SY- TÉM EKONOMIKY

Možnosti a hranice regulačného pôsobenia daňového práva na ekonomiku¹

prof. JUDr. Vladimír Babčák, CSc.

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

I. Úvodné poznámky

Právo sa vo všeobecnosti traduje ako významná forma organizácie, realizácie a rozvoja spoločenských vzťahov. V tomto chápaní je základným poslaním právnych noriem vytvárať nevyhnutné organizačno-právne predpoklady pre objektívne a efektívne fungovanie spoločenských vzťahov a pre ich účinnú ochranu. Táto základná programová línia práva je prirodzene vlastná aj daňovému právu, i keď treba súčasne priznať, že nie vždy sa mu to darí presadzovať.

Postavenie a význam daňového práva na Slovensku je determinovaný celkovou spoločenskou, politickou i ekonomickou realitou. Daňovo-právne normy regulaťívne pôsobia na daňové vzťahy v prvom rade s cieľom zabezpečiť fiskálne záujmy štátu a následne aj orgánov územnej samosprávy. Práve **nadradenosť postavenia** štátu, resp. orgánov územnej samosprávy v daňovo-právnych vzťahoch, ktorá je vyjadrená ich právnym statusom a **priorita fiskálnych záujmov** týchto verejnoprávnych subjektov patria medzi kľúčové charakteristické znaky, ktoré vystihujú podstatu daňového práva. K nim sa pripája **imperatívnosť a kogentnosť** daňovo-právnych noriem, ktoré sú obsiahnuté takmer absolútne v normách najvyššej právnej sily.

Hovoriť alebo písať o daňovom práve a právnych normách, ktoré ho vytvárajú je v odbornej komunite do značnej miery „módnou záležitosťou“. Dane sú veľmi vďačnou témou pre politikov, ekonómov i právnikov, pre sociológov, psychológov, ale i pre rôzne iné povolania. S istou dávkou zveličovania možno povedať, že dane a ich právna úprava sú každodennou súčasťou života celého spoločenského organizmu. Napokon širšiu verejnosť najviac zaujíma parlamentné dianie vtedy, ak sa prejednávajú návrhy daňových zákonov (abstrahujúc od iných, prevažne politických bodov rokovania, ako sú napríklad hlasovanie o vyslovení dôvery vláde alebo o odvolaní niektorého z ministrov či o podpore tzv. eurovalu).

O daniach a daňovo-právnej regulácii sa najmä v predvolebnom období veľmi radi vyjadrujú predovšetkým politici. V tejto súvislosti opozícia kritizuje koalíciu napríklad za zvyšovanie daní, za zavedenie lineárneho alebo na strane druhej progresívneho zdaňovania príjmov, príp. za iné nástroje, o ktorých prehla-

¹ Príspevok vznikol v rámci riešenia grantového projektu VEGA č. 1/0118/09 „Daňové právo a jeho rozvoj v národnom a medzinárodnom kontexte (teória a prax).“

suje, že nemajú systémový charakter, že budú pôsobiť proti rastu výkonnosti ekonomiky, že spôsobia zvyšovanie nezamestnanosti atď. Sú to obľúbené populistické vyjadrenia koalíčných aj opozičných politikov (minulých i terajších), ktorí prispôbujú svoj slovník záujmu zo strany svojich voličov – aktuálnych aj tých nádejných. Väčšina z nich vôbec neprekáča, že im chýba ekonomické alebo právnické vzdelanie. Po voľbách a zmene pomeru síl v orgánoch verejnej moci sa však väčšinou nič nezmení v sociálnom statuse obyvateľstva, či v rozvoji podnikateľských aktivít. Žiaľ, už vyše dvadsať rokov sa na Slovensku hovorí iba o makroekonomických úspechoch bez toho, aby sa to nejako výraznejšie dotklo podnikových či rodinných financií väčšiny obyvateľstva, pokiaľ nebudem spomínať nutnosť utáňovať si opasky.

O daniach však nehovoria iba politici. Vyjadrujú sa k nim aj ekonómovia, právnici a iní bežní ľudia, pričom každý z nich je presvedčený, že má najlepší recept na zavedenie objektívneho, spravodlivého a efektívneho zdaňovania, ktoré by viedlo k zefektívneniu výkonnosti ekonomiky, rozvoju podnikateľských aktivít a zlepšeniu životnej úrovne obyvateľstva, a to všetko bez nadmerného daňového zaťaženia. Som presvedčený o tom, že takýto recept neexistuje a ani nemôže existovať už iba preto nie, lebo by to odporovalo všeobecne uznávaným princípom zdaňovania, napríklad je to známy rozpor medzi daňovou spravodlivosťou a efektívnosťou zdaňovania.

Daňové právo so svojou sústavou materiálnych i procesno-právnych noriem patrí medzi rozhodujúce zložky systému verejného práva. Verejné právo v porovnaní so súkromným právom vykazuje oveľa intenzívnejšie a najmä bezprostrednejšie a priamejšie väzby na ekonomiku nášho štátu, a to tak v jej národnom, ako i medzinárodnom kontexte. Znamená to, že si uvedomujem nielen spojenie verejného práva s ekonomikou prostredníctvom najmä regulačnej a represívnej funkcie väčšiny právnych odvetví, ale aj to, že z ovplyvňovania ekonomických a sociálnych procesov prebiehajúcich v spoločnosti nemožno vylučovať ani odvetvia súkromného práva, i keď je ich vplyv výrazne menší a skôr sprostredkovaný, ako bezprostredný.

Táto medzinárodná konferencia je zameraná na tri zložky spoločenskej reality, ktoré chápem v istej symbióze pôsobenia, a to na: Právo – Obchod – Ekonomiku. V rámci možných tematických okruhov ma zaujal najmä druhý tematický okruh, ktorý je zameraný na pôsobenie právnych inštitútov (z oblasti verejného i súkromného práva) na regulačný systém ekonomiky. V tomto duchu by mal pôsobiť aj môj príspevok pod názvom „Možnosti a hranice regulačného pôsobenia daňového práva na ekonomiku“. Plne si v tomto smere uvedomujem, že táto téma má svoje prirodzené úskalnia predovšetkým v tom, že výrazne prekračuje rámec rozsahových a časových eventualít, pričom najmä možnosti daňovo-právnej regulácie sú širokospektrálne tak z pohľadu podmetového, ako i predmetového zamerania tejto regulácie.

Už samotný názov príspevku signalizuje, že treba hľadať odpoveď na dve základné otázky:

1. aké sú možnosti regulačného pôsobenia daňového práva na ekonomiku a
2. či existujú hranice regulačného pôsobenia daňového práva v ekonomike.

Na obidve otázky nemôže existovať odpoveď, ktorá by nebrala do úvahy ich vzájomné interakcie a ani v skutočnosti nemožno oddeľovať možnosti od hraníc regulačného pôsobenia.

II. Možnosti regulačného pôsobenia daňového práva na ekonomiku

Možnosti regulačného pôsobenia daňového práva vyplývajú v prvom rade z jeho funkcií. Nemám na mysli len samotnú regulatívnu funkciu daňového práva, ale aj niektoré ďalšie, ako sú napríklad fiskálna funkcia či funkcia represívna. Pôsobenie týchto funkcií treba v praktickej rovine vidieť v jednotnom smerovaní.

Pokiaľ mám hovoriť o možnostiach regulačného pôsobenia daňového práva, treba si predovšetkým uvedomiť, že zdaňovať sa dá takmer všetko – akýkoľvek príjem, dôchodok, výnos, majetok, spotreba, činnosť, dokonca zdaňovať by sa dala aj nečinnosť (pokiaľ by sa to neprejavovalo v uplatnení sankčného mechanizmu) a že daňová povinnosť nemá vnútroštátne hranice ani nezávisí od veku, pohlavia či štátneho občianstva daňovníka.

Ako som už naznačil, regulačné pôsobenie daňového práva má svoj *podmetový* i *predmetový* aspekt.

Z **podmetového** hľadiska daňové právo reguluje daňovo-právne vzťahy týkajúce sa dvoch základných skupín subjektov:

1. fyzických osôb (v rámci tejto skupiny sa daňovo-právna regulácia účelovo rozlišuje predovšetkým na zdaňovanie príjmov osôb, ktoré im vyplývajú zo závislej činnosti alebo na zdaňovanie podnikateľských subjektov v tom najširšom slova zmysle, t.j. bez ohľadu na to, či majú príjmy z podnikania, z inej samostatnej zárobkovej činnosti alebo z prenájmu, ktorý je realizovaný v rámci podnikania);
2. právnických osôb – na prvom mieste sú to obchodné spoločnosti, družstvá a iné podnikateľské subjekty, v druhom rade aj ostatné subjekty, vrátane tých, ktorí neboli založení alebo zriadení za účelom podnikania.

V obidvoch prípadoch sa jedná prevažne o subjekty zo sféry súkromného práva, ktorí majú trvalý pobyt alebo sídlo na území Slovenskej republiky, hoci to neznamena, že sa nemôže jednať aj o zdanenie zahraničných osôb pôsobiacich na našom území.

Z **predmetového** hľadiska sa daňové právo zameriava na právnu reguláciu:

1. jednotlivých druhov daňových príjmov fyzických a právnických osôb;
2. zdaňovania majetku a

3. zdaňovania spotreby.

Regulatívna funkcia daňového práva je vo vzťahu k daniam veľmi podrobná a žiadnym iným právnym odvetvím alebo skupinou právnych noriem nenahraditeľná. Daňovo-právne normy pôsobia na oblasť spoločenských vzťahov, ktorú regulujú, priamo a bezprostredne, bez akýchkoľvek rušivých zásahov, resp. podmienok zo strany iných právnych odvetví. Daňové právo nie je teda priamo závislé na iných odvetviach práva a vďaka tomu slobodne a nezávisle konštruje vlastné právne inštitúty. Daňové právo sa môže opierať o jemu vlastné princípy a zásady, ktoré majú oporu v ústavných normách slovenského práva. Daňovo-právne normy takto predstavujú osobitnú a celistvú skupinu právnych noriem, pričom normy iných právnych odvetví pôsobia vo vzťahu k nim iba subsidiárne. To však neznamená, že daňovo-právne normy pôsobia v praxi izolovane.

Okrem právneho zakotvenia existencie jednotlivých druhov daní, daňovo-právne normy podrobne upravujú aj práva a povinnosti daňových subjektov pri jednotlivých daniach, týkajúce sa ich vyrubovania, vyberania a platenia, ako aj procesný postup príslušných orgánov pri vydávaní, preskúmaní a nútenej realizácii daňových rozhodnutí za účelom vybratia daní a daňových nedoplatkov.

Je nad rámec tohto príspevku zaoberať sa všetkými aspektmi regulatívnej funkcie daňového práva a preto sa sústredím iba na tie, ktoré rozhodujúcou mierou a priamo ovplyvňujú ekonomické dianie na Slovensku. V tejto súvislosti chcem svoju pozornosť zamerať na možnosti daňového práva podporovať podnikateľské prostredie (bez ohľadu na to, či sa to bude týkať zdaňovania fyzických osôb – podnikateľov alebo právnických podnikateľských subjektov).

Hospodársky rast na Slovensku nie je možný bez vytvorenia a podpory podnikateľského prostredia, ktoré bude konkurencie schopné, relatívne stabilné, nezaťažené nadmernou byrokraciou a nespútané nezmyselnými právnymi pravidlami. V tomto smere má veľa čo povedať aj daňové právo so svojim daňovým inštrumentáriom. Je bez akýchkoľvek pochybností, že daňové právo sa vo vzťahu k podnikateľskému prostrediu môže aktivizovať pozitívne alebo aj negatívnym spôsobom. Často aj také opatrenie výkonnej moci, ktoré sa na počiatku prezentuje ako prevratné a v istom význame i moderné, sa môže neskôr prejavíť v negatívnom svetle a nepriaznivo pôsobiť na podnikanie. Záleží to na celom rade rôznych okolností vnútroštátneho aj medzinárodného charakteru.

Vo vnútroštátnom rámci sú to v prvom rade konkrétne politické pomery a ekonomická úroveň daného štátu, miera jeho fiskálnej decentralizácie, stabilita meny a pod.

Oveľa vážnejšie sú z môjho pohľadu medzinárodné súvislosti. V tomto smere som toho názoru, že ovplyvňovanie ekonomiky ako celku a podnikateľského prostredia ako jej zložky na Slovensku je determinované najmä dvoma faktormi:

1. členstvom Slovenskej republiky v EÚ a všetkými záväzkami, ktoré z tohto členstva vyplývajú a

2. globalizáciou svetovej ekonomiky a už niekoľko rokov aj globálnou ekonomickou a finančnou krízou.

Obidva tieto faktory, samozrejme, treba vnímať v istej jednote pôsobenia a z tohto dôvodu ich nemožno od seba ani oddeľovať.

Určite budete so mnou súhlasiť, že dane, ich výška, spôsob platenia, daňové zvýhodnenie či znevýhodnenie rôznych podnikateľských aktivít atď. ovplyvňuje aj rozhodovanie podnikateľských subjektov o ich hospodárskych aktivitách. Z toho vyplýva, že daňovo-právne normy majú schopnosť vytvárať priaznivé ekonomické ovzdušie (prostredie) pre rozvoj obchodu a podnikania, ale na strane druhej túto atmosféru môžu aj negatívne ovplyvňovať a vlastne takéto ovzdušie dokonca utlmať. Koniec - koncov poukazujú na to aj samotní predstavitelia vedy o obchodnom či hospodárskom práve². Priaznivá podnikateľská klíma by mala umožňovať nerušený rozvoj podnikateľských aktivít a súčasne by sa nestávala brzdou tohto rozvoja.

Medzi primárne činitele, ktoré pozitívne alebo negatívne ovplyvňujú podnikateľské prostredie treba zaradiť aj to, v akom rozsahu, či v akom rámci bude prevládať ten – ktorý všeobecne uznávaný princíp zdaňovania. Ako diametrálne odlišný a protirečivý sa v tomto smere vyníma napríklad vzťah princípu efektívnosti a daňovej spravodlivosti. To, čo je vo všeobecnosti považované za efektívne, sa väčšinou súčasne chápe aj ako daňovo nespravodlivé. A naopak, relatívne daňovo spravodlivé riešenie v oblasti právnej regulácie sa zákonite často dostáva do rozporu s efektívnosťou zdaňovania. Vo všeobecnosti možno konštatovať, že všetko, čo sa uskutoční v daňovom systéme je buď spravodlivé alebo efektívne. V daňovom systéme platí teda nepriama úmera, že čím je tento systém spravodlivejší, tým menej bude efektívnym. Čo vlastne uprednostniť v konkrétnych spoločensko-ekonomických a politických pomeroch závisí preto na konkrétnom zložení politického spektra na Slovensku, na tom, ktoré politické strany sú v určitom období vládnymi stranami a ktoré majú v parlamente status opozície. Vo vzťahu princípov daňovej spravodlivosti a efektívnosti zdaňovania a ich konkrétneho uplatňovania v konkrétnom čase je najvypuklejšie vidieť spojenie politiky s ekonomikou a s daňovým právom. Ak by som mal použiť expresívnejší výraz, potom mi neprichodí nič iné než konštatovať, že daňové právo je presiaknuté politickými vplyvmi a záujmami viac, ako iné právne odvetvia. Skutočné potreby ekonomiky nášho štátu, ktorú vytvárajú a rozvíjajú predovšetkým obchodné spoločnosti a fyzické osoby – ako podnikatelia alebo ako zamestnanci, sú pre daňové právo často druhoradé. V tomto sa prejavuje začarovaný kruh medzi politikou, daňovým právom a ekonomikou. Politikum sa premieta do daňovo-právnej regulácie a táto ovplyvňuje ekonomi-

² Pozri napríklad: SUCHOŽA J., HUSÁR. J. a kol.: Obchodné právo, IURA EDITION, spol. s r.o., 2009, s. 71; obdobne: SUCHOŽA J. a kol.: Slovenské obchodné právo, I. diel, UMB, B. Bystrica, 1998, s. 50, príp. HUSÁR, J.: Právna regulácia ingerencie verejnej moci do podnikania (Hospodárske právo – náčrt teórie a systému), I. vydanie, EQUI-LIBRIA, s.r.o., Košice, 2007, s. 25.

ku, t.j. firmy a ďalšie subjekty, ktoré sa podieľajú na hospodárskom raste a späťne sa to odráža v prístupe politických strán a hnutí k otázkam zdaňovania jednotlivých subjektov ekonomického diania. Nie nadarmo sa ako jeden z princípov, na ktorých je daňové právo vybudované, uznáva politický kompromis, ako výsledok právnej regulácie, ktorý je podmienený nevyhnutnosťou materiálneho zabezpečenia činnosti štátu a územnej samosprávy³. Toto všetko má svoj negatívny dopad aj na konkrétne kroky výkonnej moci v oblasti zdaňovania, ktoré sú často skôr otázkou taktiky postupu výkonnej moci v oblasti zdaňovania voči adresátom daňovo-právnych noriem, ako strategických cieľov daňovej politiky štátu. Som toho názoru, že takéto strategické ciele v súčasnej daňovej politike na Slovensku absentujú. Jedným z nich by mala byť určite stabilita zdaňovania daňových subjektov, najmä tých, na ktorých je ekonomika tohto štátu založená. Dôsledkom je potom nestabilita daňového práva, čo je na škodu ekonomiky, hospodárskeho rastu štátu, rozvoja podnikateľských aktivít i samotnej kúpyschopnosti obyvateľstva.

Nestabilita daňovo-právnych noriem nevyhnutne **podrýva autoritu** daňového práva, ktorá sa na Slovensku formovala v zložitých podmienkach dlhé roky. Časté zmeny v daňovej legislatíve nijako neprospievajú prehľadnosti daňových zákonov. Slovenské daňové právo sa takto stáva neprehľadným súborom platných právnych noriem, ktoré však niekedy strácajú platnosť ešte skôr, než nabudli účinnosť.

Nestabilná daňovo-právna regulácia výrazným spôsobom ovplyvňuje aj samotnú kvalitu realizácie daňového práva a daňovo-právnych vzťahov. Vzhľadom na nestabilné ekonomické a treba povedať i politické prostredie a nekonceptnosť v tejto oblasti sú daňovo-právne normy iba odrazom tohto stavu. Daňové zákony sú príliš komplikované a často bez pomoci daňových poradcov aj málo zrozumiteľné. Ako vážny dôsledok uvedeného stavu v tejto oblasti sa prezentuje veľmi nízka úroveň daňovo-právneho vedomia slovenskej spoločnosti, ktorá je však v istom ohľade aj prirodzená.

Nestabilita daňového práva na Slovensku je výrazná a nie je len symptómom súčasnej globálnej economickej a finančnej krízy. Množstvo noviel, ale aj nových daňovo-právnych predpisov, a to nielen k začiatku nového zdaňovacieho obdobia, ale často aj v jeho priebehu, spôsobuje už celé roky neistotu v radoch podnikateľských subjektov. Mnohokrát sa daňovým subjektom neposkytne ani dostatočne dlhá legisvakančná doba na to, aby sa mohli bližšie oboznámiť so zámermi zákonodarcu. Nie je mysliteľné, aby sa takmer periodicky so zmenou zloženia vládnej moci každé štyri roky pripravovala a realizovala malá či väčšia daňová reforma, resp. zmeny pod týmto veľkolepým označením. Je prinajmenšom schyzofrenické, keď predstavitelia výkonnej moci odôvodňujú zavedenie niektorých daňových nástrojov ako zásadné systémové opatrenia, aby sa po dvoch až troch rokoch od nich upustilo, pretože sa zrazu stali nesystémovými. Sú to vlastne scenáre známe v iných situáciách pod označením pokus – omyl.

³ Pozri: BABČÁK, V.: Daňové právo Slovenskej republiky, Epos, Bratislava, 2010, s. 44.

Príkladov v tomto smere by bolo iste dost; za všetky postačí aspoň jediný. Svojho času, v súvislosti s nadobudnutím účinnosti predchádzajúceho zákona o daniach z príjmov⁴ sa ako systémový nástroj zaviedol osobitný spôsob zdaňovania príjmov daňovníkov prevádzkujúcich niektoré činnosti (známy pod legislatívnou skratkou „paušálna daň“), aby sa po necelých troch rokoch zrušil ako nesystémové opatrenie. Možnosť osobitného zdaňovania sa týkala napríklad tých daňovníkov, ktorí dosahovali príjmy z poľnohospodárskej výroby, lesného a vodného hospodárstva, príjmy zo živnosti atď.⁵ Pokiaľ mám v konečnom dôsledku paušálnu daň hodnotiť ako nesystémový nástroj, potom mi prichodí s určitou dávkou sarkazmu konštatovať, že aj platný zákon o dani z príjmov⁶, vzhľadom na existenciu niekoľko desiatok prípadov oslobodenia od dane a prípadov príjmov, ktoré netvoria predmet zdanenia, je ako celok nesystémovým nástrojom štátu.

V rámci všeobecných úvah o možnostiach daňového práva ovplyvňovať ekonomiku je jednou zo zásadných otázok aj problém úrovne daňového zaťaženia; inými slovami povedané, aká by mala byť výška daňových sadzieb pri jednotlivých daniach. Z môjho pohľadu na túto otázku nie je možné dať jednoznačnú a uspokojivú odpoveď. Už som viackrát spomenul, že daňové právo podlieha veľmi vážnym politickým vplyvom. Z tohto dôvodu aj politické subjekty, ktoré sú k určitému dátumu pri moci, prispôsobujú štruktúru daňových sadzieb svojim volebným a povolebným preferenciám.

Jednoznačná odpoveď na otázku úrovne daňového zaťaženia teda neexistuje. Na strane druhej, však daňová sústava Slovenskej republiky, ktorá pozostáva z viacerých daní priameho i nepriameho charakteru, by mala pôsobiť ako jednotný a harmonický celok.

Pri ustanovení úrovne daňového zaťaženia by normy daňového práva mali brať do úvahy:

- dostatočnosť daňových prínosov pre štátny rozpočet, resp. rozpočty územnej samosprávy,
- súlad medzi priamym a nepriamym zdaňovaním z pohľadu výšky daňových sadzieb,
- konkurencieschopnosť daňovej sústavy voči zahraničným daňovým sústavám, resp. daňovým systémom.

Už samotný aspekt dostatočnosti daňových výnosov sa pritom dostáva do rozporu s konkurencieschopnosťou našej daňovej sústavy voči zahraničiu.

⁴ Zákon č. 366/1999 Z. z. o daniach z príjmov v znení neskorších predpisov.

⁵ Podstata tohto systémovo-nesystémového opatrenia spočívala v tom, že daňovník, ktorý dosahoval takéto príjmy sa mohol rozhodnúť pre ich zdaňovanie paušálnou daňou, ktorej sadzba bola od 2 % (pri príjmoch do 500 tis. Sk) až do 2.75 % (pri príjmoch do 2 mil. Sk).

⁶ Zákon č. 595/2003 Z. z. o daniach z príjmov v znení neskorších predpisov.

V každom prípade som však presvedčený, že úroveň, resp. hladina zdanenia najmä právnických podnikateľských subjektov musí byť nastavená tak (z hľadiska výšky daňových sadzieb, avšak aj z pohľadu niektorých výhod pre investorov), aby naša daňová sústava bola schopná prilákať viac investorov, ako daňové sústavy okolitých štátov.

K tomu, aby daňovo-právne normy efektívnejšie a účinnejšie pôsobili na rozvoj podnikateľského prostredia musia byť konformné s pôsobením právnych noriem iných právnych odvetví, predovšetkým zo sféry obchodného práva. V právnej praxi sa takto formuje vzťah medzi odvetviami pochádzajúcimi z dvoch historicky rozdeľovaných a tradične akceptovaných skupín práva – verejného a súkromného. To je však iba abstraktný a teoretický pohľad. Dôležitejší pre oblasť podnikania bude ich vzájomné ovplyvňovanie v oblasti zdaňovania v každodennej ekonomicko-právnej praxi podnikateľských subjektov.

Je celkom prirodzené, že ťažisko podpory podnikateľského prostredia je premietnuté do rámca daňovo-právnej regulácie. Ide predovšetkým o právne úpravy priamych daní, jednoznačne najmä dane z príjmov, ale i o právne predpisy upravujúce oblasť nepriameho zdaňovania. Nemožno však prehliadať ani to, že podporu podnikateľského prostredia v oblasti daní umožňujú aj iné zákonné predpisy, ktoré regulujú oblasť štátnej pomoci, investičnej pomoci, stimulov pre výskum a vývoj atď.

Súčasnú slovenskú daňovú a súvisiacu zákonodarstvo zakotvuje celý rad inštitútov a nástrojov, ktorých zmyslom je napomáhať podpore podnikateľského prostredia. Ide o inštrumentárium, ktorému vcelku nemožno uprieť systémový charakter. Na strane druhej však o niektorých z nich ako o nástrojoch systémovej povahy možno uvažovať iba s veľkou námahou.

Bez toho, aby som chcel diferencovať medzi originálnou daňovo-právnou úpravou a súvisiacim zákonodarstvom možno podľa môjho názoru k *systémovým nástrojom* podpory podnikania zaradiť:

1. nástroje, ktoré majú za cieľ zjednodušenie zdaňovania, predovšetkým vedenia daňovej evidencie, resp. tzv. daňového účtovníctva,
2. štátnu pomoc,
3. investičnú pomoc,
4. stimuly pre výskum a vývoj.

Druhou oblasťou podpory podnikania sú nástroje a inštitúty, ktoré nemožno podľa mojej mienky ponímať ako systémové. Svojou povahou predstavujú *nesystémové opatrenia* v podobe rôznych výnimiek, ale najmä oslobodení. V prípade dane z príjmov fyzických osôb možno k nim zaradiť aj tzv. zamestnaneckú prémie a daňový bonus.

Z rámca nástrojov *systemovej povahy* treba na prvom mieste uviesť tie, ktorých zmyslom je **zjednodušiť zdaňovanie** podnikateľských subjektov. K týmto nástrojom treba zaradiť najmä:

1. možnosť *paušálneho preukazovania výdavkov* vo vzťahu k fyzickým osobám – podnikateľom. Zákon o dani z príjmov v tejto súvislosti vychádza z toho, že daňovník uplatní výdavky v ustanovenej paušálnej sume. Jedinou prekážkou možnosti tohto uplatnenia je štatút platiteľa dane z pridanej hodnoty. Pokiaľ je daňovník platiteľom dane z pridanej hodnoty po celé zdaňovacie obdobie, takúto možnosť nemá. Paušálna suma, v ktorej môže daňovník uplatniť výdavky, je v súčasnosti jednotne ustanovená vo výške 40 % z úhrnu príjmov. Vo vzťahu k možnosti paušálneho preukazovania výdavkov v budúcnosti rezonuje v ostatnom čase snaha výkonnej moci obmedziť takúto možnosť na ustanovenú sumu. Pôvodne to bola suma 200,- eur mesačne, v súčasnosti sa už hovorí o dvojnásobku tejto sumy;
2. možnosť *vedenia daňovej evidencie zjednodušeným spôsobom* vo vzťahu k fyzickým osobám – podnikateľom (najmä živnostníkom). Uvedená možnosť sa podľa zákona o dani z príjmov vzťahuje na daňovníka, ktorý vykonáva podnikanie alebo inú samostatnú zárobkovú činnosť za podmienky, že túto činnosť vykonáva samostatne bez zamestnanca a že z tejto činnosti dosiahol v bezprostredne predchádzajúcom zdaňovacom období príjmy (výnosy) nepresahujúce sumu 170 tis. eur a uplatňuje pri týchto príjmoch (výnosoch) preukázateľné daňové výdavky. Pri splnení týchto podmienok nie je povinnosťou daňovníka viesť účtovníctvo podľa zákona o účtovníctve, príj. evidenciu (ak si uplatňuje paušálne výdavky);
3. možnosť *rozloženia hmotného majetku na jednotlivé oddeliteľné súčasti* hmotného majetku, ak vstupná cena každej jednotlivej oddeliteľnej súčasti je vyššia ako 1 700,- eur. S tým súvisí aj presun niektorých druhov hmotného majetku z vyšších do nižších odpisových skupín, ale i samotné zvýšenie vstupnej ceny hmotného majetku z 996,- eur na 1 700,- eur a nehmotného majetku z 1 660 na 2 400,- eur (ide o opatrenie, ktoré by malo zlepšiť cash flow firiem z dôvodu nižšej daňovej povinnosti).

Štátnu pomoc upravuje na Slovensku zákon o štátnej pomoci⁷. Uvedený zákon sa vzťahuje na podnikateľov a združenia podnikateľov, a v postavení poskytovateľov štátnej pomoci na štátne orgány, vyššie územné celky, obce a iné právnické osoby poskytujúce štátnu pomoc.

Zákon o štátnej pomoci účelovo vymedzuje štátnu pomoc ako každú pomoc v akejkoľvek forme, ktorú poskytuje na podnikanie alebo v súvislosti s ním poskytovateľ priamo alebo nepriamo z prostriedkov štátneho rozpočtu, zo svojho rozpočtu alebo z vlastných zdrojov podnikateľovi. Súčasne rozlišuje dve základné formy štátnej pomoci:

⁷ Zákon č. 231/1999 Z. z. o štátnej pomoci v znení neskorších predpisov.

- a) priamu formu (predovšetkým ide o dotáciu, príspevok, grant, úhradu úrokov alebo časti úrokov z úveru, príp. aj časti úveru poskytnutého podnikateľovi, návratnú finančnú výpomoc a pod.);
- b) nepriamu formu.

Vo vzťahu k daňovej problematike prichádza do úvahy iba *nepriama forma* štátnej pomoci, ktorá sa prejavuje buď v podobe poskytnutia úľavy na dani alebo pokute, úroku alebo na iných sankciách alebo v podobe odkladu platenia dane alebo povolenia zaplatenia dane v splátkach. V týchto prípadoch podnikateľský subjekt síce nedostane priamy príspevok z verejných zdrojov a prostriedkov, ale bude zvýhodnený nepriamo, napríklad odpustením sankcie za porušenie príslušného daňového zákona, ktorú by inak musel zaplatiť.

Poskytovanie **investičnej pomoci** na Slovensku upravuje zákon o investičnej pomoci⁸. Investičná pomoc vo vzťahu k daňovej problematike má formu úľavy na dani z príjmov podľa zákona o dani z príjmov. Poskytuje sa na podporu počiatočnej investície a vytvárania pracovných miest.

Podstata úľavy na dani príjmom investičnej pomoci spočíva v tom, že daňovník, ktorému bolo vydané rozhodnutie o schválení investičnej pomoci obsahujúce úľavu na dani podľa zákona o investičnej pomoci, môže si uplatniť nárok na túto úľavu do výšky dane pripadajúcej na pomernú časť základu dane. Daňovník však musí spĺňať podmienky ustanovené zákonom o investičnej pomoci, ako aj osobitné podmienky podľa zákona o dani z príjmov (napríklad daňovník počas zdaňovacích období, za ktoré si uplatňuje úľavu na dani, využije všetky ustanovenia zákona znižujúce základ dane, na ktoré mu vzniká nárok, a to najmä uplatnením odpisov hmotného majetku a nehmotného majetku, opravných položiek a rezerv atď.).

Nárok na daňovú úľavu si môže daňovník uplatniť najviac na päť bezprostredne po sebe nasledujúcich zdaňovacích období.

Jedným z príkladov takejto investičnej pomoci prejavujúcej sa vo forme úľavy na dani na území Slovenska je automobilka VW. Vtedajšia vláda ešte 17. decembra 2008 schválila návrh na investičnú pomoc, ktorá zahrňovala aj pomoc vo forme daňových úľav⁹ s tým, že uvedená automobilka do roku 2012 vytvorí 760 nových pracovných miest. Ešte sa nepíše rok 2012 a teda zatiaľ ani nie je známe, koľko nových pracovných miest automobilka v skutočnosti aj vytvorila.

Podstata úľavy na dani formou poskytnutia **stimulov pre výskum a vývoj** spočíva v tom, že daňovník, ktorému bolo vydané rozhodnutie o schválení poskytnutia

⁸ Zákon č. 561/2007 Z. z. o investičnej pomoci v znení neskorších predpisov.

⁹ Daňové úľavy činili pre rok 2010 sumu 2,9 mil eur, v roku 2011 čiastku 5,- mil eur a v roku 2012 pôjde o sumu 6,4 mil eur.

nutia stimulov podľa zákona o stimuloch pre výskum a vývoj¹⁰ si môže uplatniť nárok na úľavu na dani jednotlivu za každé zdaňovacie obdobie počas celého obdobia, na ktoré bolo toto rozhodnutie vydané. Tento nárok môže uplatniť najviac do výšky nákladov vykázaných v účtovnej závierke daňovníka hradených z jeho vlastných prostriedkov na ustanovený účel.

Daňovník však musí spĺňať podmienky, ktoré ustanovuje zákon o stimuloch pre výskum a vývoj, ale aj osobitné podmienky podľa zákona o dani z príjmov (napríklad využije všetky ustanovenia zákona znižujúce základ dane, na ktoré mu vzniká nárok, najmä uplatnením odpisov, pričom v tomto období nie je možné prerušiť odpisovanie hmotného majetku atď.).

Nárok na úľavu na dani si daňovník môže uplatniť najviac na tri bezprostredne po sebe nasledujúce zdaňovacie obdobia.

Žiadateľom o stimuly môže byť mikropodnikateľ, malý podnikateľ, stredný podnikateľ¹¹ a veľký podnikateľ¹². Stimul sa však v zmysle zákona neposkytuje fyzickej osobe – podnikateľovi.

Pokiaľ ide o druhú oblasť, t.j. nástroje a inštitúty, ktorým nemožno priznať systémový charakter, k týmto treba započítať **nesystémové opatrenia** v podobe rôznych výnimiek, ale najmä oslobodení, príp. ďalších nástrojov, ako sú zamestnanecká prémie a daňový bonus.

Oslobodenie od dane predstavuje osobitný nástroj daňovej podpory pri dosahovaní konkrétnych daňových zámerov. Oslobodenie môže vyplývať priamo zo zákona na základe splnenia v zákone ustanovenej podmienky, alebo môže byť udelené rozhodnutím správcu dane alebo iného príslušného orgánu. Aj v tomto prípade bude oslobodenie viazané na splnenie v zákone ustanovenej podmienky alebo v rozhodnutí správcu dane alebo iného príslušného orgánu určenej podmienky.

Daňový subjekt môže byť oslobodený od daňovej povinnosti iba v plnej výške. Pokiaľ by nemusel platiť časť dane, je správnejšie hovoriť o znížení dane, príp. o úľave na dani, a nie o oslobodení, aj keď súčasný právny stav na Slovensku toto neakceptuje.

Oslobodenie od dane vo všeobecnosti predstavuje nesystémový prvok v daňovom systéme, i keď na strane druhej treba súčasne vidieť v niektorých

¹⁰ Zákon č. 185/2009 Z. z. o stimuloch pre výskum a vývoj a o doplnení zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov v znení neskoršieho predpisu.

¹¹ Právnická osoba s priemerným prepočítaným počtom zamestnancov nepresahujúcim 250 a zároveň s obratom za kalendárny rok alebo hospodársky rok nepresahujúcim 50 mil. eur alebo s čistou hodnotou majetku vykázanou v súvahe nepresahujúcou 43 mil. eur.

¹² Právnická osoba s priemerným prepočítaným počtom zamestnancov vyšším ako 250 a zároveň s obratom za kalendárny rok alebo hospodársky rok vyšším ako 50 mil. eur alebo s čistou hodnotou majetku vykázanou v súvahe vyššou ako 43 mil. eur.

prípadoch nutnosť jeho existencie. Preto aj ešte stále platný a účinný zákon o správe daní a poplatkov¹³ umožňuje, aby Ministerstvo financií Slovenskej republiky celkom alebo sčasti oslobodilo od daní z príjmov novovzniknuté daňové subjekty, ktoré odvádzajú daň z príjmov do štátneho rozpočtu. Okruh daňových subjektov a bližšie podmienky na oslobodenie ustanovuje vláda Slovenskej republiky svojim nariadením.

Zamestnanecká prémie a daňový bonus sú ďalšie nástroje, ktoré podľa môjho názoru nemajú systémový charakter a navyše narúšajú integritu daňového práva v tom zmysle, že vnášajú do právnej úpravy zdaňovania výrazne sociálne a teda aj politické prvky a vplyvy. Takéto nástroje majú byť skôr doménou iných právnych odvetví či právnych inštitútov, ako predmetom úpravy v rámci daňovo-právnych predpisov. Osobne som zástancom toho, že daňové nástroje v trhovom hospodárstve nemajú vykazovať výrazne sociálne aspekty, pretože narúšajú princípy trhovej ekonomiky.

Nárok na **zamestnaneckú prémie** za príslušné zdaňovacie obdobie daňovníkovi vzniká v prípade splnenia všetkých v zákone ustanovených podmienok (napríklad dosiahol posudzované príjmy v úhrnnej výške aspoň 6-násobku minimálnej mzdy, poberal posudzované príjmy aspoň šesť kalendárnych mesiacov atď.). Aj v prípade splnenia všetkých v zákone ustanovených podmienok však nárok nevznikne, ak ide o zamestnanca, na ktorého podporu udržiavania v zamestnaní sa v príslušnom zdaňovacom období poskytol príspevok podľa osobitného predpisu.

Daňový bonus predstavuje v súčasnosti sumu 20,02 eura (aj napriek tomu, že zákon hovorí o sume 19,32 eura) mesačne¹⁴ na každé vyživované dieťa žijúce v domácnosti s daňovníkom (prechodný pobyt dieťaťa mimo domácnosti nemá vplyv na jeho uplatnenie). Daňový bonus možno uplatniť najviac do výšky dane vypočítanej za príslušné zdaňovacie obdobie. O daňový bonus sa daňovníkovi znižuje vypočítaná daň.

Možnosť aplikovať daňový bonus má daňovník, ktorý v zdaňovacom období mal zdaniteľné príjmy zo závislej činnosti aspoň vo výške 6 násobku minimálnej mzdy, alebo ktorý mal zdaniteľné príjmy z podnikania, z inej samostatnej zárobkovej činnosti alebo z prenájmu aspoň vo výške 6 násobku minimálnej mzdy a vykázal z týchto príjmov základ dane (čiastkový základ dane). V priebehu roka má zamestnanec nárok na *mesačný daňový bonus*, pri splnení ostatných podmienok (podpísané vyhlásenie, príslušné doklady) len vtedy, ak jeho hrubé zdaniteľné príjmy zo závislej činnosti v príslušnom kalendárnom mesiaci sú aspoň vo výške polovice platnej mesačnej minimálnej mzdy, čo je v súčasnosti 158,50 eura (317,- eur je výška mesačnej minimálnej mzdy).

¹³ Zákon č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov a o zmenách v sústave územných finančných orgánov v znení neskorších predpisov.

¹⁴ Výška daňového bonusu sa upravuje k 1. júlu v súvislosti so zmenou výšky životného minima.

Právna úprava umožňuje, aby pomernú časť daňového bonusu aplikoval po časť zdaňovacieho obdobia jeden z daňovníkov a po zostávajúcu časť druhý z daňovníkov.

III. Hranice regulačného pôsobenia daňového práva na ekonomiku

Hovoriť o hraniciach regulačného pôsobenia daňového práva na ekonomiku predpokladá predovšetkým vyriešiť otázku, pokiaľ môže a má zájsť regulačné pôsobenie daňového práva v ekonomike. Môžu tieto hranice určovať prevažne ekonomické, alebo z času na čas, avšak nie vždy celkom vážne myslené sociálne záujmy, alebo to majú byť prirodzené hranice, ktoré má stanovovať právo ako normatívny systém so svojimi právnymi odvetviami, právnymi inštitútmi či iba jednotlivými právnymi úpravami? Má sa právo stať vazalom ekonomických záujmov politických strán a hnutí, záujmov rôznych lobistických skupín, „vyšších“ záujmov politikov a inštitúcií EÚ, príp. iných subjektov?

Hranice regulačného pôsobenia daňového práva determinuje samotná povaha daňovo-právnych noriem, pre ktoré je charakteristická ich imperatívnosť a kogentnosť, čo je prejavom uplatňovania v zásade prikazovacej metódy pri regulácií daňovo-právnych vzťahov. Štát v tejto súvislosti je oprávnený požadovať od daňových subjektov plnenie len tých povinností, ktoré sú jasné, presne a spravodlivo ustanovené. To je z mojej strany jednoznačná odpoveď na predtým formulované otázky.

Právo predstavuje normatívny a regulatívny systém spoločnosti, ktorý vytvára štát na dosiahnutie a presadenie vymedzených spoločenských cieľov a na ochranu svojich záujmov, ktorého normy sú vynútiteľné štátnou mocou. Tento systém má svoju vnútornú dynamiku a účelnosť a jeho pôsobenie je zamerané na žiaducu, resp. želanú realizáciu spoločenských vzťahov.

Som toho názoru, že hranice regulačného pôsobenia daňového práva možno a treba odvodzovať od hraníc regulačného vplyvu práva ako normatívneho a regulatívneho systému. Daňové právo plní také funkcie, aké mu vyplývajú z ekonomickej a sociálnej podmienenosti práva a mechanizmu jeho pôsobenia. V žiadnom prípade nemožno ani preceňovať ani podceňovať daňovo-právnu reguláciu. V tomto zmysle je nevyhnutné poznať zákonitosti vývoja spoločensko-ekonomických vzťahov v rámci Slovenska, ale i v širších geopolitických súvislostiach.

Daňové právo môže regulovať spoločenské vzťahy v daňovej oblasti iba v takom rámci, v akom tieto vzťahy obsahujú prvok právnej významnosti. Daňovo-právne normy nemôžu ísť za hranice tejto relevancie. V tomto smere možno zdôrazniť, že hranice regulačného pôsobenia daňového práva musia rešpektovať nasledovné požiadavky:

- objektívnu potrebu právnej reglementácie daňových, resp. daňovo-právnych vzťahov,
- vhodnosť a primeranosť daňovo-právnej úpravy,
- účelnosť daňovo-právnej regulácie a
- akceptáciu daňovo-právnej normy väčšinou spoločnosti.

Otázku objektívnej potreby právnej reglementácie daňových, resp. daňovo-právnych vzťahov, musí zodpovedať dôkladná analýza platnej právnej úpravy týchto vzťahov, opierajúca sa o zistenie, ako sa aplikujú a realizujú daňovo-právne normy v daňovej praxi, aká je efektívnosť ich pôsobenia, v čom zaostávajú alebo predbiehajú zákonitosti spoločenského vývoja vo vnútroštátnom i medzinárodnom meradle atď.

Posúdenie otázky vhodnosti a primeranosti daňovo-právnej úpravy je závislé na tom, či navrhovaná daňovo-právna úprava bude pôsobiť na chovanie a správanie jednotlivých článkov sociálnej štruktúry spoločnosti, to znamená, či je takéto pôsobenie žiaduce a dostatočné alebo je žiaduce ale nedostatočné, a teda i zbytočné. Sú ciele, ktorých realizáciu pôsobením právnych noriem nemožno dosiahnuť.

V súvislosti s otázkou vhodnosti a primeranosti daňovo-právnej regulácie treba brať do úvahy aj etické, morálne a psychologické hranice pôsobenia takejto právnej regulácie. Z toho vyplýva, že je nutné pri navrhovaní novej daňovo-právnej úpravy rešpektovať aj tradície a dosiaľ prevládajúce názory a postoje časti spoločnosti, motivačné činitele, rôzne záujmy a pod.

Právo nie je jediným prostriedkom spoločenskej regulácie a je teda vhodné overiť si aj možnosti pôsobenia iných neprávnych normatívnych systémov, ako sú napríklad morálka, etika a pod.

Ku koncepcii regulačnej politiky v oblasti daní a daňovej legislatívy patrí aj schopnosť rozlišovania cieľov, ktoré je vhodné presadzovať novou právnou úpravou a takých, u ktorých je vhodnejšie nechať ich realizáciu iným spoločenským mechanizmom. Z tohto pohľadu hranice daňovo-právneho pôsobenia limituje aj účelnosť daňovo-právnej regulácie.

Akceptácia daňovo-právnej normy väčšinou spoločnosti je činiteľom, ktorý tiež ovplyvňuje, resp. determinuje hranice regulačného pôsobenia daňového práva. Pokiaľ väčšina sociálnej štruktúry spoločnosti nebude akceptovať niektoré daňovo-právne normy, čoho dôsledkom bude nedisciplinovanosť daňových subjektov a následne nízka vymožitelnosť daňového práva, potom je namieste otázka, či takáto právna úprava má mať miesto v systéme daňovo-právnych noriem. Daňovo-právne normy sú síce konštruované prevažne tak, aby sankcia daňovo-právnej normy reprezentovala jej donucovací charakter voči tým daňovým subjektom, ktorí neplnia povinnosti vyplývajúce z jej dispozície, avšak toto nie je

základný cieľ pôsobenia daňovo-právnej regulácie; ten je iný, a to zabezpečiť dostatočné príjmové zdroje pre chod štátu a územnej samosprávy.

IV. Záver

V súvislosti s otázkami týkajúcimi sa ďalších možností daňového práva regulačne pôsobiť na ekonomiku dospievam k presvedčeniu, že prevratné zmeny daňovo-právnej úpravy týkajúce sa podpory podnikateľského prostredia v najbližších rokoch nemožno očakávať. Presun daňového zaťaženia z priamych daní na nepriame dane ako tendencia uplynulého obdobia je s najväčšou pravdepodobnosťou na konci. Som toho názoru, že daňové zákonodarstvo istým spôsobom „vyčerpalo“ svoj akčný rádius a sústredí sa skôr na presadzovanie opatrení čiastočnej povahy, ako na nejaké komplexné zmeny charakteru daňových reforiem.

Výkonná moc bude aj v ďalšom období sústreďovať svoje úsilie skôr na získavanie vyšších daňových príjmov, než na skutočné škrty vo svojich výdavkoch. V tomto smere existujú ešte isté možnosti, ako tieto príjmy zvýšiť. Otvorenou otázkou je napríklad zvýšenie daňového zaťaženia z titulu dane z nehnuteľností, ktoré je v porovnaní s ekonomicky vyspelými štátmi na dlhodobo veľmi nízkej úrovni. Možno očakávať, že budú prezentované aj výraznejšie snahy o zavedenie akejsi „bankovej dane“. Osobne som presvedčený o tom, že súčasná ekonomická a finančná kríza je „výsledkom“ viacerých príčin, medzi iným aj nezodpovedného konania a správania sa súkromných bánk a laxného prístupu politikov a inštitúcií Európskej únie k otázke kontroly ich hospodárenia a dohľadu nad finančným trhom. Z tohto pohľadu by zavedenie bankovej dane bolo iba objektívnym výsledkom nezodpovedného konania súkromných bánk. Sledujúc dianie na politickej scéne (vnútroštátnej i európskej sa však obávam, že zavedenie takéhoto daňového nástroja by v konečnom dôsledku pocítila nielen podnikateľská sféra, ale aj ostatní daňovníci.

V najbližšej budúcnosti bude veľa záležať aj na tom, ako skončí snaha Európskej únie presunúť rozhodovanie o ťažiskových otázkach priamych daní z jednotlivých členských štátov na inštitúcie Európskej únie, najmä pokiaľ ide o presadenie spoločného konsolidovaného základu dane z príjmov právnických osôb [(korporácií) (Common consolidated corporate tax base – CCCTB)].

Aké sú teda reálne možnosti pôsobenia daňového práva na podnikateľské prostredie? Som toho názoru, že daňovo-právne normy musia:

1. **vytvárať**, resp. **formovať priaznivé podmienky pre rozvoj podnikania**. Toto považujem za jeden zo základných cieľov pôsobenia daňovo-právnych noriem na podnikateľské prostredie. Vzniká otázka, ktoré prostriedky má zvoliť zákonodarná moc na to, aby daňové zákonodarstvo umožnilo dosiahnutie tohto cieľa? Podľa môjho názoru je v záujme naplnenia uvedeného

cieľa nevyhnutné venovať pozornosť realizácii aspoň týchto vzájomne súvisiacich otázok:

- a) zabezpečenie väčšej stability daňovo-právnej regulácie,
- b) zjednodušenie zdaňovania podnikateľských subjektov,
- c) sprehľadnenie systému povinných platieb podnikateľských subjektov do verejných rozpočtov,
- d) zjednotenie systému výberu daní, odvodov poistného a cla,
- e) zjednotenie organizačno-právnej základne orgánov daňovej správy,
- f) odstránenie nadmernej byrokracie súvisiacej so správou konkrétnej dane,
- g) zníženie administratívnych nákladov na správu dane nielen u správcov dane, ale aj u podnikateľských subjektov,
- h) celkové zjednodušenie a sprehľadnenie zdaňovania príjmov podnikateľských subjektov aj formou zavedenia širokého, až univerzálneho daňového základu,
- i) zjednotenie všeobecného a daňového účtovníctva,
- j) umožnenie modernejších metód odpisovania hmotného majetku a nehmotného majetku, napríklad popri možnosti rovnomerného a regresívneho odpisovania uvažovať aj o zavedení mimoriadneho odpisovania, založeného na možnosti mesačného odpisovania,
- k) prehodnotiť pri zdanení príjmov fyzických osôb rozlišovanie na to, či tieto príjmy dosahujú ako zamestnanci alebo ako podnikatelia. Treba súhlasiť s názorom prezentovaným v odbornej literatúre, že u podnikajúcich fyzických osôb preda len existujú vyššie riziká pre dosiahnutie príjmov, ktoré by mali byť kompenzované spôsobom zdanenia. Vedie to k názoru, že takýto stav nie je v súlade s požiadavkou spravodlivosti v zdanení¹⁵;

zabezpečiť nevyhnutnú mieru súladu medzi princípom efektívnosti a princípom daňovej spravodlivosti v oblasti zdaňovania podnikateľských subjektov. Pochopiteľne, že tým nechcem oslabiť význam princípu priority fiskálnych záujmov štátu v právnej úprave daňových vzťahov, ktorý považujem za jeden z meridiánov daňového práva. Som však toho názoru, že medzi princípom efektívnosti a princípom daňovej spravodlivosti treba hľadať istý konsenzus, resp. kompromis v tom zmysle, aby ani o jednom z nich nebolo možné v daňovej praxi podnikateľských subjektov pochybovať.

¹⁵ Pozri: BAKEŠ, M. In: Papoušková, Z.: Finanční věda a finanční právo v prostředí hospodářské krize, Právnická fakulta, Univerzita Palackého, Olomouc, 2010, s. 13.

Daňový systém v České republice jako jeden z regulačních nástrojů ekonomiky

prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze
JUDr. Zdeněk Karfík, CSc.
advokát, rozhodce

Daňový systém jako jeden z regulačních nástrojů ekonomiky¹ je tématem, které je poměrně často zpracováváno a je stále aktuální, a to z důvodu permanentních změn daňových zákonů.² V České republice vláda dne 24.8.2011 projednala novou právní úpravu, obecně označovanou za daňovou reformu. Domníváme se, že nejde o daňovou reformu, ale pouze o změny, i když někdy dost podstatné, v dosavadním daňovém systému.

V běžném životě, v denním tisku a ostatních médiích, ale i v odborné literatuře se používá pojem „ekonomie“ s různými přívlasky, které by jako specifikovaly tento často používaný pojem. Jak to již bývá, tak právníci hledají a dožadují se definice a zjišťují, že právě obecně používané pojmy v obecně závazných právních předpisech definovány nejsou. Pouze resortní předpis Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy SK15/96 Standard vzdělávání ve čtyřletém gymnáziu ze dne 30.4.1996, který použil určitou definici pojmu „ekonomie“:

„Člověk v ekonomických vztazích. Výroba a spotřeba, druhy spotřeby. Hodnota zboží a tvorba ceny, funkce peněz. Tržní vztahy, nabídka a poptávka. Spotřební, kapitálový a pracovní trh, principy jejich fungování. Ekonomické subjekty, jejich znaky a typy. Etika podnikání.

*Hospodářský život společnosti a státní politika, plánovaná a tržní ekonomika. Principy ekonomického rozhodování, státní příjmy a výdaje, investice. České hospodářství ve světové ekonomice, ekonomická integrace. Vztahy ekonomiky a životního prostředí. Hospodářské právo“.*³

Obsah tohoto pojmu vychází z názorů Paula A. Samuelsona a Williama D. Nordhause publikovaných v učebnici *Ekonomie*, kde uvedení autoři na str. 4 uvá-

¹ Tento příspěvek byl zpracován v rámci výzkumného záměru Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, který je registrován pod č. MSM 0021 620 804.

² Srov. KARFÍKOVÁ, M.: Úloha daňového systému při zajišťování funkcí státu. In: *Role státu v transformující se české společnosti*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2002, s. 274 a násl.

BAKEŠ, M., KARFÍKOVÁ, M.: Daňový systém v České republice. In: BABČÁK, V. a kolektiv: *Daňové právo a jeho rozvoj v národním a mezinárodním kontexte*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2010, s. 43 a násl.

³ *Věstník Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy* č.4/1996.

dějí definic několik: např. Ekonomie je věda o činnostech, které se týkají výroby a směny statků, Ekonomie zkoumá změny v ekonomice jako celku.⁴

Encyklopedie potom definují pojem ekonomie v zásadě takto: „Studium organizačních forem, jejichž prostřednictvím lidstvo řeší fundamentální problém vzácnosti. Potřeby každé společnosti přesahují možnosti disponibilních zdrojů (výrobních faktorů), musí proto existovat mechanismus, který tyto zdroje alokuje mezi vzájemně si konkurujícím užitím“⁵

S ohledem na výše uvedené lze s klidným svědomím konstatovat, že daňový systém je opravdu jedním z regulačních nástrojů ekonomiky. Pro účely našeho příspěvku se budeme zabývat aktuálními vládou projednanými návrhy změn v daňových předpisech České republiky. Ministr financí Miroslav Kalousek představil reformu přímých daní a odvodů takto:

„Jedná se o komplexní daňovou reformu po již fungujícím procesním pilíři (nový daňový řád účinný od 1.1.2011) a připravovaném institucionálním pilíři (Jedno inkasní místo – JIM). Naším hlavním cílem je snížit administrativní náklady daňových poplatníků a státu. To může přinést pouze jednoduchý a přehledný daňový systém, který bude dlouhodobě stabilní bez neustálých změn,“ uvedl ministr financí. „Kromě toho chceme dosáhnout rovných podmínek. Není možné, aby nesystémové výhody byly dotovány přes daňový systém těmi poplatníky, kteří tyto výhody nemohou využívat. Navíc relativně nízká sazba daně z příjmů (19 %)⁶ je udržitelná pouze při odstranění nákladných a nesystémových výjimek,“ dodal ministr Kalousek.⁷

V rámci reformních kroků dojde ke sjednocení základů daně z příjmů a pojistného na zdravotní a sociální pojištění. Zaměstnanci budou moci nově využít výdajový paušál ve formě slevy na dani, která zohlední jejich výdaje na dosažení příjmů. Do reformy se promítají priority vlády jako podpora vědy a výzkumu či dobrovolné solidarity a také snižování zdanění práce, které je v České republice jedno z největších ze skupiny vyspělých zemí.

První fáze reformy bude účinná od 1. 1. 2013, aby se daňová správa i poplatníci mohli dostatečně připravit na novou legislativu. Výjimku tvoří zvýšení odvodové zátěže loterijních společností, kde je navrhována účinnost od 1. 1. 2012. Účinnost od roku 2013 je spojena s fungováním Jednoho inkasního místa, kde si poplatník bude moci vyřídit veškerou odvodovou agendu, kterou nyní vyřizuje u pěti různých správců odvodů.⁸

⁴ SAMUELSON, Paul A., NORDHAUS, William D.: Ekonomie, Nakladatelství Svoboda, Praha 1995, s. 4.

⁵ PEARCE David W.: Macmillanův slovník moderní ekonomie, VICTORIA PUBLISHING, a.s., Praha 1995, s. 84.

⁶ Pozn. Sazba daně z příjmů ve výši 19% se týká daně z příjmů právnických osob, pro daň z příjmů fyzických osob je sazba ve výši 15%.

⁷ KALOUSEK M., ministr financí, tisková konference 18.3.2011.

⁸ Internetová zpráva po jednání vlády dne 24.srpna 2011.

Avizovaná daňová reforma má být řešena zákonem s názvem: „o změně zákonů související se zřízením jednoho inkasního místa a dalších změnách daňových a pojistných zákonů“. Navrhovaný zákon má sedmdesát tři částí, kdy každá část novelizuje jeden konkrétní zákon. Navrhovaná právní úprava tedy novelizuje sedmdesát tři zákonů. Část sedmdesátá čtvrtá se týká účinnosti navrhované právní úpravy.

Účinnost předložené právní úpravy se navrhuje k 1. lednu 2013, s výjimkou odvodu z provozování loterií nebo jiných podobných her a s ním souvisejících změn, kde je navrhována účinnost od 1. ledna 2012.

Současné pojetí zdaňování příjmů fyzických a právnických osob na základě zákona o daních z příjmů bylo vypracováno v letech 1991 a 1992. Tento jeden zákon tak nahradil předtím platné zákony o dani ze mzdy, o dani z příjmů z literární činnosti a umělecké činnosti, o dani z příjmů obyvatelstva a další předpisy, zavedením univerzální daně z příjmů fyzických i právnických osob. V roce 1993 došlo k zavedení nové daňové soustavy, která mimo jiné zásadním způsobem změnila rozdělovací a přerozdělovací procesy v návaznosti na postup transformace ekonomiky České republiky. Posíleny byly základní principy nezbytné pro fungování tržní ekonomiky, a to princip daňové neutrality a daňové univerzality.

V průběhu dosavadního více než sedmnáctiletého působení byl tento zákon předmětem celkem 109 novel, z nichž pouze čtrnáct lze označit za klíčové, zakládající systémové změny a naplňující proces postupného snižování daňového zatížení.

Navrhovaná právní úprava, jakožto III. pilíř daňové reformy, představuje podle předkladatelů první fázi reformy přímých daní. U nepřímých daní jde především o úpravu sazby daně z přidané hodnoty. Cílem této reformy je dosažení jednoduchého a přehledného systému, který by přispěl k dlouhodobé stabilitě bez nesystémových zásahů, ke snížení administrativních nákladů poplatníků i státu. Dále by mělo dojít k mírnému snížení daňové zátěže, ale hlavně k nastavení rovných podmínek.

Navrhovanou právní úpravou je sledováno zejména naplnění konceptu jednoho inkasního místa, což představuje obrovské zjednodušení komunikace daňových subjektů s příslušnými orgány veřejné správy. V současné době musí daňové subjekty komunikovat zvláště s finančními úřady, orgány správy sociálního zabezpečení, zdravotními pojišťovnami či úrazovými pojišťovnami.

V důsledku navrhované právní úpravy by však tato komunikace probíhala pouze v rámci jednoho inkasního místa, tedy daňový subjekt a orgán finanční správy, jelikož správa pojistného na sociální zabezpečení a pojistného na veřejné zdravotní pojištění bude prováděna orgány finanční správy. Toto zjednodušení komunikace není možné spatřovat pouze v zúžení subjektů, se kterými bude nutné komunikovat, ale také ve zjednodušení samotné formy komunikace. Podání se totiž bude činit na společném formuláři a placení bude

probíhat jednou platbou na jednotný převodový účet. Zjednodušení pro poplatníky je přitom jedním z hlavních cílů této reformy.

Odůvodnění hlavních principů navrhované právní úpravy

Mezi hlavní změny, které jsou obsahem navrhované právní úpravy, patří:

Změna zákona o daních z příjmů⁹

I. Změny ve zdaňování příjmů fyzických osob obecně:

- Sazba daně 19 %.

V návaznosti na zrušení konceptu tzv. „superhrubé mzdy“ dochází ke zvýšení sazby daně z příjmů fyzických osob ze současných 15 % na 19 %.

- Odstranění řady výjimek.

Navrhuje se zrušit osvobození příjmu podle § 4 plynoucího dlužníkovi ve zdaňovacím období, ve kterém bylo rozhodnuto o povolení reorganizace podle insolvenčního zákona, plnění poskytovaného ozbrojenými silami vojákům v základní službě, žákům škol, vojákům v záloze povoláním na cvičení a vojákům v aktivní záloze dobrovolné, kázeňských odměn poskytovaných příslušníkům ozbrojených sil a bezpečnostních sborů, odchodného u vojáků z povolání a příslušníků bezpečnostních sborů, odstupného za uvolnění bytu a využití příjmů z prodeje bytu, rodinného domu nebo členského práva v bytovém družstvu na uspokojení vlastní bytové potřeby, příjmu nabyvatele bytu, garáže a ateliéru přijatého v souvislosti se vzájemným vypořádáním prostředků podle zákona o vlastnictví bytů, příjmu plynoucího ve formě povinného výtiisku a ve formě autorské rozmnoženiny a příjmu plynoucího ve formě darů poskytnutých pro provoz zoologické zahrady. Dále se navrhuje eliminovat neodůvodněné výjimky ze zdanění z titulu zaplacených členských příspěvků odborové organizaci a z titulu úhrady za zkoušky ověřující výsledky dalšího vzdělávání.

- Zrušení základní slevy na dani pro osoby s měsíčními příjmy převyšujícími čtyřnásobek průměrné mzdy.

Omezuje se možnost odpočtu základní slevy na poplatníka u vysoko příjmových poplatníků. V souvislosti s omezením odpočtu základní slevy na poplatníka u vysoko příjmových poplatníků v § 35ba odst. 4 zákona se ukládá povinnost podat daňové přiznání i poplatníkovi s příjmy ze závislé činnosti a funkčními požitky, u něhož základ daně přesáhne 48násobek průměrné hrubé měsíční mzdy vyhlášené Českým statistickým úřadem za kalendářní rok bezprostředně předcházejícímu zdaňovacímu období, za něž se daňové přiznání podává.

⁹ Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

- Snížení podpory vlastního bydlení. Odpočet úroků bude omezen maximální částkou 80 000 Kč.

Navrhuje se snížení nezdanitelné částky z titulu bytové potřeby z dosavadních 300 000 Kč na 80 000 Kč a současně se navrhuje uvedenou částku nekrátit podle měsíců, ve kterých poplatník úroky platil.

- Zvýšení maximálního limitu pro odpočet darů na veřejně prospěšné účely na 10 %.

Tento návrh vychází z programového prohlášení vlády.

- Sjednocení základů daně z příjmů fyzických osob a základů povinných pojistných.

V souvislosti s připravovaným projektem jednoho inkasního místa bude úpravami nejen zákona o daních z příjmů dosaženo maximálního možného sjednocení základů povinných pojistných a základů daně z příjmů fyzických osob. Tím bude dosaženo významného zjednodušení při stanovení a správě povinných odvodů.

II. Změny ve zdaňování příjmů fyzických osob ze závislé činnosti a funkčních požitků, včetně změn v oblasti sociálního a zdravotního pojištění:

- Zrušení konceptu superhrubé mzdy, přičemž základem daně z příjmů a základem jednotlivých pojistných bude hrubá mzda

Nezbytným předpokladem harmonizace základů pro výpočet daně a povinného pojistného u poplatníků s příjmy ze závislé činnosti a funkčními požitky (zaměstnanců) a realizace projektu jednoho inkasního místa je stanovení nové konstrukce univerzálního základu daně a pojistných. Za tímto účelem je třeba nově konstruovat stanovení základu daně resp. základu pro výpočet zálohy na daň, neboť stávající rozšířený základ daně spočívající ve výpočtu tzv. superhrubé mzdy je nevyhovující. Navrhuje se, aby novým základem pro výpočet daně a jednotlivých pojistných byla u zaměstnanců tzv. hrubá mzda, přesněji řečeno zdanitelný příjem, který je předmětem daně z příjmů a není od této daně osvobozený.

- Zrušení řady osvobození a jejich nahrazení novou roční slevou, která bude zohledňovat výdaje na dosažení příjmů.

Zrušení některých daňových úlev představuje dokončení realizace závěrů auditu výjimek v zákoně o daních z příjmů. Navrhuje se zrušit osvobození stravování poskytovaného nepeněžitelnou formou na pracovišti nebo v rámci závodního stravování zajišťovaného jinými subjekty včetně stravenek. Osvobození nepeněžitelných plnění vynakládaných na péči o zaměstnance a jejich rodinné příslušníky poskytované zaměstnavatelem z fondu kulturních a sociálních potřeb, sociálních fondů resp. z nedaňových výdajů/nákladů bude sice i nadále ponecháno, ale bude omezeno u poplatníka zavedením ročního limitu ve

výši 10 000 Kč vztahujícím se na veškerá plnění definovaná v tomto ustanovení, a to včetně rekreace a zájezdů. Dále se navrhuje zrušit osvobození zvýhodnění poskytovaných zaměstnavatelem provozujícím veřejnou dopravu osob svým zaměstnancům a jejich rodinným příslušníkům ve formě bezplatných nebo zlevněných jízdenek, osvobození peněžního plnění za výstrojní a proviantní náležitosti poskytovaná příslušníkům ozbrojených sil a naturální náležitosti, zvláštní požitky poskytované příslušníkům bezpečnostních sborů a úhrada majetkové újmy, osvobození náhrady za ztrátu na služebním příjmu (platu) poskytovanou příslušníkům bezpečnostních sborů podle právních předpisů účinných do 31. prosince 2005, osvobození hodnoty přechodného ubytování, nejde-li o ubytování při pracovní cestě, poskytovanou jako nepeňěžní plnění zaměstnavatelem zaměstnancům v souvislosti s výkonem práce, pokud obec přechodného ubytování není shodná s obcí, kde má zaměstnanec bydliště, osvobození mzdového vyrovnání pracovníkům v hornictví dlouhodobě nezpůsobilým k dosavadní práci vyplácené podle zvláštních předpisů ve výši rozdílu mezi dávkami nemocenského pojištění, osvobození náhrady za ztrátu na důchodu přiznanou podle zákoníku práce za dobu před 1. lednem 1989 a vyplácená po 31. prosinci 1992, osvobození peněžního zvýhodnění plynoucí zaměstnancům v souvislosti s poskytováním bezúročných půjček nebo půjček s úrokem nižším, než je obvyklá výše úroku a osvobození zvláštního příplatku nebo příplatku za službu v zahraničí poskytovaného v cizí měně vojákům a příslušníkům bezpečnostních sborů vyslaným v rámci jednotky mnohonárodních sil nebo mezinárodních bezpečnostních sborů mimo území České republiky po dobu působení v zahraničí. Tímto krokem dojde k odstranění řady výjimek, a tedy k nastavení rovnějších podmínek pro poplatníky.

V souvislosti se zrušením výjimek v oblasti daňového osvobození se navrhuje jako určitou kompenzaci zavést u zaměstnanců zvláštní slevu na dani ve výši 3 000 Kč ročně. Jedná se o slevu určenou výlučně pro zaměstnance ve smyslu § 6 odst. 2 zákona, tzn. pro poplatníka s příjmy ze závislé činnosti nebo funkčními požitky.

III. Změny ve zdaňování příjmů fyzických osob z podnikání a z jiné samostatné výdělečné činnosti, včetně některých změn v oblasti sociálního a zdravotního pojištění:

- Základem daně a pojistných, a to jak u daně z příjmů, tak u jednotlivých pojistných, bude 100 % hrubého zisku.

Dojde ke sjednocení se základem daně z příjmů ze závislé činnosti a funkčních požitků, jelikož zde je také základem 100 % příjmů, a to jak pro daň z příjmů, tak pro jednotlivá povinná pojistná. Tímto krokem je sledován cíl dosažení harmonizace daně z příjmů fyzických osob a povinných pojistných. Aby však nedošlo ke zvýšení odvodové povinnosti OSVČ na pojistná, sníží se sazba u důchodového a zdravotního pojištění na 6,5 %.

IV. Změny ve zdaňování příjmů fyzických osob podle § 8 až 10:

- Zrušení daňového režimu státních dluhopisů, které mohou podle emisních podmínek nabývat výhradně fyzické osoby.

Vzhledem k obsolentnosti ustanovení týkajících se daňového režimu státních dluhopisů, které mohou podle emisních podmínek nabývat výhradně fyzické osoby, se navrhuje v § 8 a 10 zrušení příslušných ustanovení. Tato ustanovení byla do zákona o daních z příjmů zakotvena jeho novelou č. 199/2010 Sb., jako reakce na změnu zákona o dluhopisech č. 199/2010 Sb., ve znění pozdějších předpisů, provedenou v části čtvrté téhož zákona.

V. Změny ve zdaňování příjmů právnických osob:

- Zrušení některých daňových úlev.

Zrušení některých daňových úlev představuje dokončení realizace závěrů auditu výjimek u právnických osob, kde již od roku 2008 bylo postupně zrušeno celkem 6 výjimek a nyní se navrhuje dokončení úkolu zrušením dalších 7 výjimek. Přitom pouze zrušení dvou výjimek představuje věcnou změnu, a to zrušení investiční pobídky ve formě slevy na dani a zrušení osvobození příjmů dlužníka v reorganizaci, které se ukazuje v případě vykazování ztráty jako kontraproduktivní. Zrušení dalších dvou výjimek navazuje na připravované změny ve zdanění loterií a her a na přesun podpory zaměstnávání zdravotně a tělesně postižených do působnosti Ministerstva práce a sociálních věcí. Zbývající tři výjimky navrhované ke zrušení představují pouze zrušení již obsolentních ustanovení. Po navrhovaných úpravách by v oblasti zdanění příjmů právnických osob měly nadále zůstat pouze systémové a věcně odůvodnitelné výjimky.

- Zjednodušení tvorby rezerv a opravných položek k pohledávkám.

Pro zjednodušení tvorby rezerv a opravných položek k pohledávkám se navrhuje zjednodušení systému pro tvorbu opravných položek k výnosovým pohledávkám, kde oproti současným 6 pásmům stanovujícím výši opravné položky jsou navrhovány pouze 2 pásma a, s výjimkou pohledávek nabytých postoupením, odpadá i podmínka soudního řízení. U ostatních finančních institucí by požadavek regulace měl naplnit návrh, aby opravné položky bylo možné tvořit pouze ke spotřebitelským úvěrům poskytovaným podle zákona č. 145/2010 Sb.

- Sjednocení maximálního limitu pro odpočet darů na veřejně prospěšné účely na 10 %.

Pro naplnění požadavku programového prohlášení vlády umožnit široké zapojení občanů a firem do podpory nejen kulturního dědictví a živého umění, ale i do podpory ostatních veřejně prospěšných aktivit, a to i formou mecenáš-

ství, je navrhováno sjednocení výše darů odčitatelných od základu daně u právnických osob na 10 %, což s výjimkou darů poskytovaných středním odborným školám, vysokým školám a vědeckovýzkumným institucím znamená pro ostatní oblasti veřejně prospěšných aktivit – školství, kultura, věda, výzkum, zdravotnictví, sociální služby, duchovní služby, sport, životní prostředí apod. zvýšení o 100 %.

- Zavedení slevy na dani ve výši sražené a odvedené daně z dividend.

Navrhovaná sleva na dani ve výši daně sražené a odvedené z dividend, jež bude moci být bez omezení uplatněna v následujících zdaňovacích obdobích, je reakcí jednak na požadavek odstranění dvojího zdanění zisku a jednak na požadavek odstranění znevýhodnění kapitálového financování oproti financování dluhovému, které je v platné právní úpravě daňovou uznatelností úroků bez výjimky u nespojených osob výrazně zvýhodněno.

- Nulové zdanění subjektů kolektivního investování a důsledné zdanění výplat ze systému.

Nulové zdanění subjektů kolektivního investování a důsledné zdanění výplat ze systému by mělo naplnit princip daňové neutrality v oblasti kapitálového trhu, což znamená, že individuální investice by měla mít srovnatelné daňové zacházení a tím obdobné daňové zatížení jako investice prostřednictvím subjektů kolektivního investování. Nulová sazba daně současně vytváří předpoklad, aby dotčené subjekty nemohly aplikovat směrnici EHS o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností, podle které jsou dividendové příjmy za splnění stanovených podmínek od daně osvobozeny, což však nelze aplikovat v situaci, kdy není uplatněno žádné zdanění. Důsledně však budou zdaněny výplaty ze systému, a to u investorů právnických osob bez ohledu na to, zda příslušný fond zvolí politiku výplat podílů na zisku nebo reinvestování vytvořeného zisku. Navrhovaná úprava současně eliminuje dosud platné neodůvodněné zvýhodnění fondů kvalifikovaných investorů a nemovitostních fondů.

- Podpora výzkumu a vývoje.

Podpora výzkumu a vývoje bude rozšířena o odpočet od základu daně také v případě pořízení výsledků výzkumu a vývoje od vysokých škol a vědeckovýzkumných institucí a zvýšením odpočtu o dalších 10 % v případě meziročního přírůstku výdajů na výzkum a vývoj.

VI. Odvod z úhrnu mezd na veřejná pojištění:

- nahradí pojistná placená zaměstnavatelem za zaměstnance;
- sazba odvodu bude diferencovaná podle rozsahu účasti zaměstnanců na veřejném pojištění;
- poplatníky odvodu budou ti, kdo zúčtovávají nebo vyplácí příjmy ze závislé činnosti a funkční požitky;

- základem odvodu bude úhrn příjmů ze závislé činnosti a funkčních požitků;
- strop je stanoven součinem čtyřicetiosminásobku průměrné mzdy a počtu zaměstnanců;
- odvodovým obdobím bude kalendářní rok a odvod se bude platit zálohově;
- výnos odvodu bude příjmem státního rozpočtu a na základě rozpočtového určení bude část výnosu určena na pojistné na veřejné zdravotní pojištění.

Odvod z úhrnu mezd v sobě bude zahrnovat současné pojistné placené zaměstnavatelem na důchodové pojištění, na nemocenské pojištění, na veřejné zdravotní pojištění, na úrazové pojištění a dále příspěvek na státní politiku zaměstnanosti. Cílem této právní úpravy je zjednodušení a zpřehlednění současného systému pojistného na sociální zabezpečení a na veřejné zdravotní pojištění.

Subjektem odvodu a tedy poplatníky odvodu z úhrnu mezd je ten, kdo zúčtovává nebo vyplácí příjmy ze závislé činnosti a funkční požitky (dále jen „zaměstnavatel“). Subjektem odvodu budou i zahraniční zaměstnavatelé, kteří budou mít na základě koordinačních nařízení nebo na základě mezinárodních smluv povinnost odvádět pojistné do České republiky.

Předmětem odvodu z úhrnu mezd jsou zúčtované nebo vyplacené příjmy ze závislé činnosti a funkční požitky.

Pro určení základu odvodu z úhrnu mezd se bude vycházet ze zaokrouhlených základů pro výpočet zálohy na daň ze závislé činnosti zúčtovaných plátcem příjmů ze závislé činnosti a funkčních požitků a ze základů pro daň vybíranou srážkou podle zvláštní sazby daně z příjmů ze závislé činnosti a funkčních požitků, a to za zdaňovací období poplatníkům s příjmy ze závislé činnosti a funkčními požitky.

Sazby odvodu z úhrnu mezd budou diferencované, a to podle rozsahu účasti jednotlivých zaměstnanců na veřejných pojištěních. Odvodovým obdobím bude kalendářní rok. Odvod se však bude platit ve formě měsíčních záloh. S tímto krokem je spojena řada procesních institutů, jako nutnost podávat měsíční hlášení a odvodové přiznání.

Odvod z úhrnu mezd bude sdíleným příjmem státního rozpočtu a zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění.

Změna daňového řádu¹⁰

I. Rozšíření uplatnění daňové informační schránky.

V souvislosti se zavedením povinné elektronické formy u vybraných podání je nutné zjednodušit také formu této komunikace se správcem daně a zpřístup-

¹⁰ Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů.

nit jí tak širokému okruhu daňových subjektů. Stane se tak prostřednictvím daňové informační schránky. Doposud daňová informační schránka sloužila pouze k nahlížení do vybraných údajů ve spisu daňového subjektu a na stav jeho osobních daňových účtů. Přijetím tohoto návrhu se však z daňové informační schránky stane jednoduše přístupný komunikační portál, prostřednictvím něhož bude možné elektronickou cestou komunikovat se správcem daně. Zejména u formulářových podání dojde pro obě strany k výraznému zjednodušení stávající situace. Výhodou komunikace přes daňovou informační schránku bude nejen bezplatnost, ale také možnost personalizovaného podání, tj. podání, které již bude předem vyplněno těmi údaji, které správce daně o daňovém subjektu již má k dispozici. Nově se bude do daňové informační schránky přistupovat pomocí přístupových údajů, které daňový subjekt získá automaticky při zřízení jeho daňové informační schránky.

II. Změna v registraci daňových subjektů.

Daňový řád upravuje vedle procesních podmínek registrace rovněž podmínky hmotněprávní. Podmínky, za nichž podle současné právní úpravy vzniká povinnost podat přihlášku k registraci, jsou přitom poplatné pouze zákonu o daních z příjmů, což představuje nesystémové vybočení z koncepce, že daňový řád je předpisem obecným. Podstatou této změny tedy je, že součástí úpravy daňového řádu již nebudou hmotně právní ustanovení, ale pouze obecná úprava registrační povinnosti s tím, že specifikace povinnosti podat přihlášku k registraci stanoví daňové zákony podle zvláštností jednotlivých daní. V daňovém řádu nadále zůstanou jen pravidla, která jsou jednotná pro většinu daní (např. rozhodnutí o registraci, řešení tzv. „přeregistrace“). Tato koncepce odpovídá premise, že ustanovení poplatná pouze jednomu zákonu (či jedné dani) by neměla být součástí obecného předpisu, ale předpisu speciálního.

Změna zákona o loteriích a jiných podobných hrách¹¹

Návrh vychází z Programového prohlášení vlády, které uvádí, že „vláda přistoupí k vyššímu zdanění loterií, veškerého hazardu a k odstranění výjimek v této oblasti. Příjmy firem podnikajících v této oblasti budou zdaňovány jednotnou sazbou 20 %. Tato daň bude příjmem státního rozpočtu“ a rovněž z jeho dodatku, kde je uvedeno „Vláda navrhne zrušení osvobození daně z příjmů právnických osob pro loterijní společnosti a navrhne zavedení zvláštní loterijní daně tak, aby celková výše odvodů do veřejných rozpočtů byla vyšší, než stanovuje Poslaneckou sněmovnou schválená novela loterijního zákona. Koalice učiní všechny nezbytné kroky, aby legislativní proces byl ukončen do 31. 12. 2011 tak, aby loterijní daň byla zavedena od 1. 1. 2012.“. V tomto kontextu návrh přináší tyto zásadní změny:

¹¹ Zákon č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění pozdějších předpisů.

- zrušení **odvodu z části výtěžku** a s ním možnosti poplatníka tuto dávku alokovat;
- zavedení odvodu z provozování loterií nebo jiných podobných her; na rozdíl od odvodu z části výtěžku bude sazba tohoto odvodu lineární;
- odvod bude spravován finančními úřady; tím dojde k významnému snížení administrativních nákladů zejména na straně provozovatelů a obcí a k mírnému nárůstu agendy finančních úřadů;
- odvod bude příjmem státního a obecních rozpočtů;
- zrušení osvobození od daně z příjmů pro příjmy z provozování loterií a jiných podobných her a dalších výjimek v zákoně o daních z příjmů;
- zrušení místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj a jiné technické herní zařízení; rozpočtový výpadek obcí bude kompenzován podílem na části odvodu z provozování loterií nebo jiných podobných her;
- úprava **výše správních poplatků**, které do budoucna budou mít ryze poplatkový charakter a nikoliv charakter skrytého zdanění.

Sjednocení výše odvodu a zrušení osvobození od daně z příjmů, kde povinný odvod bude snižovat základ daně z příjmů, by mělo zvýšit celkové inkaso z herního průmyslu o 0,8 mld. Kč a mělo by tak dosáhnout téměř 8 mld. Kč. Rozpočtově budou tyto příjmy rozděleny mezi státní rozpočet a obecní rozpočty. Část odvodu, která je odváděna za výherní hrací přístroje a jiná technická herní zařízení, bude výlučně příjmem obecních rozpočtů. Kritériem pro rozdělení této části odvodu bude místo, kde se dané zařízení nachází. Zbylá část odvodu bude rozdělena mezi státní rozpočet a obecní rozpočty v poměru 9 ku 1.

Změna zákona o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí¹²

I. Změny u daně dědické:

- zavedení lineární sazby 9,5 %;
- zvýšení limitu pro osvobození na 50 000 Kč u 3. skupiny.

II. Změny u daně darovací:

- zavedení lineární sazby 19 %;
- zvýšení limitu pro osvobození na 50 000 Kč u 3. skupiny.

¹² Zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

Důvodem pro novelu zákona č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů, je připravovaná transformace daně dědické a daně darovací pod režim daní z příjmů. K této transformaci by mělo dojít dnem nabytí účinnosti nového zákona o příjmových daních, kdy zahrnutím daně dědické a daně darovací pod ostatní příjmy dojde k doplnění daně z příjmů.

Novelou zákona č. 357/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů, je sledováno dosažení souladu u sazby daně s úpravou daní z příjmů do doby přijetí nového zákona o daních z příjmů. Tento soulad by v této fázi měl zajišťovat především přechod na lineární sazbu daně, čímž by bylo dosaženo zjednodušení výpočtu výsledné daně. Z tohoto důvodu je navrhováno stanovení lineární sazby daně darovací u III. skupiny poplatníků ve výši 19 % a daně dědické ve výši 9,5 %.

Limit pro osvobozený majetek ve výši 20 000 Kč u movitých věcí osobní potřeby, ale i vkladů na účtech, peněžních prostředků a cenných papírů, pokud nejde o věci z obchodního majetku dárce nebo zůstavitele, byl zakotven v zákoně od roku 1993 a jeho výše již neodpovídá současným relacím cen. Proto se částka zvyšuje na 50 000 Kč. Dojde tím rovněž ke snížení administrativní zátěže poplatníků, neboť v těchto případech nebudou podávat daňové přiznání.

III. Změny u daně z převodu nemovitostí:

- zúžení osvobození vkladů nemovitostí do základního kapitálu obchodní společnosti nebo družstva na případy, kdy vkladatelem bude územní samosprávný celek;
- nevyžadování daňového přiznání u osvobozených převodů nebo přechodů vlastnictví k nemovitostem, pokud poplatníkem je Česká republika.

Počátkem 90. let bylo přijato osvobození veškerých vkladů do základního kapitálu obchodních společností nebo družstev, pokud účast společníka nebo člena trvala nejméně po dobu 5 let. Důvodem návrhu na zúžení tohoto osvobození je naplnění záměru, pro který bylo přijato, administrativní náročnost spojená s ověřováním zákonem stanovených podmínek pro uplatnění osvobození a úprava zdanění vkladů daní z převodu nemovitostí ve vyspělých státech Evropské unie.

Ke snížení administrativní náročnosti spojené se správou daně z převodu nemovitostí se navrhuje, aby daňové přiznání nebylo podáváno u osvobozených převodů nebo přechodů nemovitostí, je-li poplatníkem daně Česká republika.

Změna zákona o dani z přidané hodnoty¹³

- Dojde ke snížení výše obrátu pro povinnou registraci k dani z přidané hodnoty z 1 000 000 Kč na 750 000 Kč.

Při jednání o přístupu k Evropské unii vyjednala Česká republika mimo jiné výjimku z výše obrátu pro účely povinnosti stát se plátcem daně z přidané hodnoty, a to ve výši 35 000 EUR (1 000 000 Kč) oproti obvyklé výši 5 000 EUR, popř. 10 000 EUR. Nyní se navrhuje snížení obrátu na úroveň přibližně 26 500 EUR, tj. 750 000 Kč. Předkládaný návrh bude mít následující vliv na podnikatelské prostředí České republiky:

- snížení prahu pro registraci k DPH dojde k rozšíření registrační povinnosti. Důsledkem bude narovnání podmínek na části trhu, současně snížení prahu pro registraci způsobí i zvýšení administrativní zátěže u osob, které dosud nejsou registrovány jako plátcí daně,
- dojde ke snížení administrativní zátěže na straně daňových subjektů a státní správy.

Změny v úpravě pojistného na sociální zabezpečení¹⁴

- v oblasti důchodového pojištění placeného zaměstnancem zůstává sazba ve výši 6,5 %, přičemž pro pojištění na sociální zabezpečení je zastropování na úrovni čtyřicetiosminásobku průměrné mzdy;
- u zaměstnavatelů se placení pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti zrušuje a bude nahrazeno odvodem z úhrnu mezd na veřejná pojištění, která zahrne i pojistné na úrazové pojištění;
- základem pojistného na důchodové pojištění OSVČ bude 100 % hrubého zisku;
- sazba pojistného u OSVČ bude stejná jako sazba pojistného u zaměstnanců, a to 6,5 %;

Změny v úpravě pojistného na veřejné zdravotní pojištění¹⁵

- v oblasti veřejného zdravotního pojištění placeného zaměstnancem dojde ke sjednocení sazeb s pojištěním na důchodové pojištění, a to na 6,5 %, při-

¹³ Zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴ Zákon č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociálním zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁵ Zákon č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, ve znění pozdějších předpisů.

čemž pro veřejné zdravotní pojištění je zastropování na úrovni sedmdesátidvounásobku průměrné mzdy;

- základem pojistného na veřejné zdravotní pojištění OSVČ bude 100 % hrubého zisku;
- sazba pojistného na veřejné zdravotní pojištění u OSVČ bude stejná jako sazba pojistného u zaměstnanců a jako sazba důchodového pojistného, a to 6,5 %;
- základ pojistného a sazba pojistného na veřejné zdravotní pojištění hrazená státem u státních pojištěnců a hrazená osobami samostatně výdělečně činnými se oproti současné právní úpravě nemění,
- mění se termín platby státu za státní pojištěnce a výraz určující příslušnost platby k období roku.

Harmonizační změny procesních ustanovení

I. Zjednodušení podání a placení

- Poplatník, který bude podávat daňové přiznání, podá přiznání k dani a pojistným na jednom formuláři a bude platit jednou platbou (za tímto účelem bude vytvořen společný osobní daňový účet).
- Zaměstnavatel bude srážet měsíční zálohy na daň z příjmů fyzických osob, sociální pojistné a zdravotní pojistné (jedna platba) a bude podávat měsíční hlášení (individualizované na jednotlivé poplatníky) a roční vyúčtování (také individualizované).
- Poplatník s příjmy ze závislé činnosti (zaměstnanec) bude mít možnost po skončení roku prohlásit sražené zálohy za konečné, požádat zaměstnavatele o provedení zúčtování, nebo je zúčtovat sám prostřednictvím daňového příznání (jeden formulář).

Těmito změnami je sledováno zjednodušení podání a placení jak daně z příjmů, tak také povinných pojistných (včetně záloh). Mělo by tak dojít ke snížení finanční náročnosti správy těchto peněžitých plnění jak na straně plátců a poplatníků, tak na straně správců daně.

II. Zavedení povinné elektronické formy u vybraných podání včetně zvýhodnění z hlediska posunu lhůty pro podání.

Povinná elektronická forma některých podání umožní zjednodušení a zefektivnění správy dotčených peněžitých plnění, což by mělo vést mimo jiné i ke snížení finanční náročnosti, která je spojena se zapracováním dat do elektronické podoby správci daně. Jako kompenzace bude posunuta lhůta pro podání. Nicméně již dnes se předpokládá, že většina daňových subjektů, kteří budou

touto změnou dotčení, již vede potřebná data v elektronické podobě a mají přístup na internet, čímž by tato změna pro ně neměla znamenat přílišnou zátěž.

III. Sjednocení zdaňovacích období daně z příjmů fyzických osob, sociálního pojistného a zdravotního pojistného na roční zdaňovací období.

K docílení co největší harmonizace daně z příjmů a povinných pojistných se přistupuje ke sjednocení zdaňovacích období. Roční zdaňovací období bylo zvoleno s ohledem na roční zúčtování záloh na daň z příjmů, kde se uplatňují roční slevy na dani.

IV. Správa sociálního pojistného i zdravotního pojistného bude prováděna orgány finanční správy (jedno inkasní místo) podle daňového řádu. To povede k

- odstranění duplicitních a nadbytečných ustanovení v jednotlivých zákonech upravujících pojistná,
- sjednocení a provázání terminologie na daňový řád (např. rozlišení plátce a poplatníka i pro pojistná).

Tímto krokem dojde k zefektivnění správy dotčených peněžitých plnění. Zejména je však tímto krokem sledován klíčový přístup k daňovým subjektům, kteří zjistí a vyřídí všechny potřebné záležitosti na jednom úřadě, případně jediným podáním.

V. Vytvoření registru daňových subjektů.

Veškeré informace o daňových subjektech budou k dispozici na jednom místě, což přinese zjednodušení jak pro státní orgány, tak pro samotné daňové subjekty, kterým například nyní bude stačit jediné potvrzení o bezdlužnosti apod.

VI. Sjednocení lhůty pro stanovení daně a pojistných na 3 roky (s možností prodloužení, přerušování a stavění do maximální délky 10 let).

K docílení co největší harmonizace daně z příjmů a povinných pojistných patří rovněž sjednocení lhůt pro stanovení daně a pojistných. Tato lhůta se nově u pojistných bude řídit lhůtou podle daňového řádu, jakožto obecného procesního právního předpisu nejen pro daň z příjmů, ale nově i pro povinná pojistná.¹⁶

¹⁶ Důvodová zpráva k návrhu zákona o změně zákonů související se zřízením jednoho inkasního místa a dalších změnách daňových a pojistných zákonů.

Jak jsme již uvedli, předložený návrh zákona zní: „o změně zákonů související se zřízením jednoho inkasního místa a dalších změnách daňových a pojistných zákonů“. Návrh zákona se týká řady ustanovení, z nichž některá se týkají sblížení hmotně právní úpravy daně z příjmů fyzických osob, pojistného na sociálním pojištění a pojistného na veřejné zdravotní pojištění a současně sblížení procesních pravidel pro jejich správu. Konkrétně se jedná o změnu zákonů především následujících zákonů: zákona o daních z příjmů, daňového řádu, zákona o Finanční správě České republiky¹⁷, zákona o Celní správě České republiky, zákona o loteriích a jiných podobných hrách, zákona o dani z přidané hodnoty, zákona o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, zákona o rezervách pro zjištění základu daně z příjmů, zákona o rozpočtovém určení daní, zákona o pojistném na sociálním zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, zákona o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, zákona o důchodovém pojištění, zákona o nemocenském pojištění, zákona o úrazovém pojištění zaměstnanců, zákona o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, zákona o veřejném zdravotním pojištění, zákona o Všeobecné zdravotní pojišťovně České republiky, zákona o resortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách, občanského soudního řádu, zákona o České obchodní inspekci, zákona o sociálním zabezpečení, zákona o soudních poplatcích, zákona o účetnictví, zákona o bankách.

Navrhované řešení představuje sblížení právní úpravy stanovení základu daně z příjmů fyzických osob, pojistného na sociálním zabezpečení a pojistného na veřejné zdravotní pojištění tak, aby byl výpočet jednotlivých základů co nejpodobnější. Konkrétní změny spočívají zejména ve změnách rozsahu příjmů, které podléhají třem uvedeným odvodům. Další změnou je nahrazení pojistných placených zaměstnavatelem odvodem z úhrnu mezd na veřejná pojištění. Zásadní změna spočívá v převedení správy pojistného pod procesní režim daňového řádu a další úpravy, které správu pojistného přibližují správě daní (např. stanovení ročního zdaňovacího období na rozdíl od stávajících měsíčních).

Nově bude zákon o dani z příjmů upravovat také odvod z úhrnu mezd na veřejná pojištění, který bude nahrazovat sociální pojistné a veřejné zdravotní pojistné, které jsou placené zaměstnavatelem. Ani důvodová zpráva však neuvádí důvod, proč se navrhovatelé vrátili k pojmu „odvod“. Pojem odvod byl v právním řádu v minulosti vymezován jako povinná a nenávratná platba státních organizací do státního rozpočtu.¹⁸ Od daní se odvody odlišovaly v tom, že zatímco daně byly placeny právníky osobami, byly odvody vybírány od státních organizací a jen výjimečně od nestátních organizací. Odvody

¹⁷ Jedná se o změnu právní úpravy, která byla v srpnu tohoto roku projednána ve vládě České republiky, a kterým se zřizují nové orgány finanční správy. Tento zákon má nahradit zákon č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, a to s navrhovanou účinností dnem 1.ledna 2012.

¹⁸ Viz blíže: MADAR, Z. a kol.: Slovník českého práva, 2.rozšíření a přepracované vydání, LINDE Praha, a.s., Praha 1999, s.850.

státních hospodářských organizací do státních (místních) rozpočtů vystupují v systému rozpočtového hospodaření od roku 1945 s velmi různorodým obsahem a neméně různým právním zakotvením. Odvodový systém koncipovaný v zákoně č. 111/1971 Sb., o odvodech do státního rozpočtu a příspěvku na sociální zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů, byl podstatně upraven novou právní úpravou, a to zákonem č. 56/1989 Sb., o odvodech do státního rozpočtu. Tento zákon nabyl platnosti dnem 13. prosince 1989 a nabyl účinnosti dnem 1. ledna 1990. Ke zrušení systému odvodů došlo přijetím zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, viz. ustanovení § 41 bod. 6. Současné právní předpisy uvádějí pojem odvod v různém pojetí, např. zákon č. 433/2010 Sb., o státním rozpočtu České republiky na rok 2011: „odvody do rozpočtu Evropské unie...“, Platný zákon o daních z příjmů používá termín odvod ve smyslu „odvod záloh“, „odvod pojistného“ apod. Nezná pojem odvod ve smyslu institucionálním, jak ho navrhuje nová právní úprava. Odvod v původním slova smyslu zůstal zachován např. jako odvod za odnětí zemědělského půdního fondu – viz. ustanovení § 11 zákona č. 334/1992 Sb.

Závěr

Navrhovanou právní úpravou by podle předkladatelů mělo dojít zejména ke zjednodušení současné právní úpravy daní z příjmů, pojistného na sociální zabezpečení a pojistného na veřejné zdravotní pojištění. Dále je nutné zmínit, že gestorem jak pojistného na sociální zabezpečení, tak pojistného na veřejné zdravotní pojištění, se stane Ministerstvo financí. Kompetence k jednotlivým pojištěním se však měnit nebudou, čili zůstanou na dosavadních ministerstvech, tedy na Ministerstvu zdravotnictví a na Ministerstvu práce a sociálních věcí. Rovněž podle předkladatelů má dojít k mírnému snížení daňové zátěže. U osob samostatně výdělečně činných dojde zpravidla ke snížení jejich odvodové povinnosti na pojistné na sociální zabezpečení a na veřejné zdravotní pojištění. Na druhou stranu se však očekává jejich větší zatížení daní z příjmů, a to v souvislosti se zvýšením sazby daně.

Závěrem bychom chtěli uvést, že bezesporu daňové zákony jsou jedním z nástrojů regulace ekonomiky, ale bohužel předkladatelů rozsáhlé novelizace řady zákonů neuvědli v hodnocení dopadů regulace dále vyčíslení výše snížení administrativní zátěže na podnikatele, dále postrádáme zdůvodnění zrušení slevy na dani z příjmů. Rovněž se domníváme, že návrh dostatečně neřeší problém vysokého zdanění práce v ČR, jež je jednou z největších překážek zvyšování konkurenceschopnosti ČR. Z mezinárodního srovnání v rámci EU vyplývá, že ČR má nadprůměrné zdanění práce. Návrh zákona na jedné straně mírně snižuje zdanění práce na straně zaměstnavatele, na druhé straně však jako kompenzaci zvyšuje sazbu zdravotního pojistného u zaměstnanců. Efektivní daňové zatížení zaměstnávání se tak prakticky nemění. Navrhuje se od 1. ledna 2013 snížit výši obratu pro povinnost stát se plátcem z částky 1 000 000 Kč na 750 000 Kč za nejvýše 12 bezprostředně předcházejících po sobě jdou-

cích kalendářních měsíců. Toto opatření je navrženo jako kompenzační ve vztahu ke změnám v oblasti daně z příjmů. Domníváme se, že toto opatření zvýší jak daňovou, tak i administrativní zátěž drobných podnikatelů. Tyto dopady mohou způsobit i ukončení podnikání těchto osob (zejména drobných živnostníků) nebo jejich přechod do sféry šedé ekonomiky. K tomuto citelnému zásahu do podnikatelského prostředí navíc není v důvodové zprávě zpracována analýza dopadů.

Dále chybí vyčíslení dopadů na výdaje státní a veřejné správy, podnikatelské sféry i ostatních subjektů v ČR v návaznosti na zavedení nových IT softwarů pro výpočet mezd, platů, odvodů daní a sociálního a zdravotního pojistného. Půjde o zásadní zásah do všech účetních mzdových systémů, který vyvolá v celostátním měřítku požadavky na úpravy softwarů. Tato skutečnost je však v důvodové zprávě naprosto opominuta.

Zabezpečovacie inštitúty v správe daní

JUDr. Miroslav Štrkolec, PhD.

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Daňové právo nesporne vždy patrilo medzi odvetvia verejného práva, čo je výrazom tak historického ako aj súčasného významu daní ako rozhodujúceho príjmu verejných rozpočtov. Subsumpcia daňového práva pod právo verejné našla svoj odraz nielen v odbornej literatúre¹, ale aj v judikatúre štrasburských a domácich súdnych orgánov ochrany práva. Európsky súd pre ľudské práva v tejto súvislosti zvýraznil, že daňové záležitosti patria do tvrdého jadra výsad verejnej moci, a verejný charakter vzťahu medzi daňovým subjektom a správcom dane prevláda (Ferrazzini c. Taliansko, rozsudok z 12. júla 2001). Ústavný súd Slovenskej republiky v rámci konkrétnej kontroly ústavnosti² uviedol, že daňové právo je jedným zo základných odvetví verejného práva, a dane predstavujú prejav výsady štátu požadovať od povinných subjektov ich platenie s cieľom získať zdroje na svoju existenciu a plnenie svojich úloh a funkcií (nález I. ÚS 241/07 z 18. septembra 2008).

Na strane druhej možno uviesť, že za predpokladu dodržiavania daňovej disciplíny daňovým subjektom, ktorou sa rozumie včasné a riadne plnenie peňažných ako aj nepeňažných povinností voči štátu, resp. jednotkám územnej samosprávy reprezentovanými ich orgánmi, verejná moc spravidla nemá relevantný dôvod zasahovať do individuálnej súkromnoprávnej autonómie daňových subjektov. Do rámca tejto individuálnej autonómie subjektov súkromného práva patrí aj realizácia ich ústavného práva podnikat' a uskutočňovať inú zárobkovú činnosť (čl. 35 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky) a práva vlastníť a pokojne užívať majetok (čl. 20 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky a čl. 1

¹ V. Babčák v súvislosti s vymedzením podstaty daňového práva uvádza, že daňové právo je odvetvím práva, ktoré takmer absolútne upravuje tie vzťahy, ktoré sú poznamenané dominantným a nadradeným záujmom štátu, resp. jednotiek územnej samosprávy. Pozri BABČÁK, V.: Rozvoj daňového práva na Slovensku, In: Kolektív: Pocta prof. JUDr. Milanu Bakešovi, DrSc., k 70. narodeninám. Praha: Leges, s. 25. Finančné právo medzi odvetvia verejného práva výslovne zaraďuje aj teória práva, napr. GERLOCH, A.: Teorie práva, 3. rozšírené vydání, Plzeň, Aleš Čeněk, s.r.o., 2004, s. 126, ktorá zatiaľ spravidla nevníma daňové právo ako právne odvetvie.

² Rozhodovanie o sťažnosti právnickej osoby namietajúcej porušenie základného práva na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky rozsudkami všeobecných súdov, ktoré v rámci súdneho prieskumu zákonnosti rozhodnutí orgánov daňovej správy právoplatne zamietli žalobu sťažovateľky. Ústavný súd Slovenskej republiky uvedeným nálezom sťažnosti vyhovel a zrušil rozhodnutie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky ako odvolacieho správneho súdu.

Dodatkového protokolu k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd).

Záujem štátu a jednotiek územnej samosprávy na dosahovaní predpokladaného (želaného) objemu daňových príjmov ich rozpočtov však determinuje aj právom vymedzené právomoci tých orgánov verejnej správy, ktorým je zverené rozhodovať o právach a povinnostiach daňových subjektov. Keďže konečným účelom daňového konania je vybratie daní od daňových subjektov tak, aby v globálnom vyjadrení výsledkov všetkých daňových konaní pred všetkými orgánmi daňovej správy nedošlo k zníženiu daňových príjmov verejných rozpočtov, tieto orgány boli zákonodarcom vybavené aj takými právomocami, ktorých realizácia môže byť v konflikte s uvedenou individuálnou autonómiou súkromno-právnych osôb.

Medzi daňovo-právne inštitúty, ktoré sú spôsobilé zasiahnuť do sféry individuálnej autonómie a tým aj obmedziť dotknuté daňové subjekty v realizácii ich subjektívnych oprávnení (vrátane rôznych úkonov v obchode a podnikaní vôbec), patria aj zabezpečovacie inštitúty upravené normami daňového práva procesného³. Procesným kódexom daňového práva je v súčasnosti stále platný a účinný zákon č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov a o zmenách v systave územných finančných orgánov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o správe daní a poplatkov“). V tichosti a bez toho, aby tomu predchádzala rozsiahlejšia verejná (odborná) diskusia, bol zákonodarcom prijatý zákon č. 563/2009 Z. z. o správe daní (daňový poriadok) a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „daňový poriadok“), ktorý s účinnosťou od 1. januára 2012 nahradí zákon o správe daní a poplatkov. V nasledujúcich riadkoch sa preto bližšie pozrieme na niektoré zabezpečovacie inštitúty upravené obidvoma uvedenými procesnými kódexmi.

Dosiahnutie konečného účelu daňového konania, ktorým je vybratie dane v prospech verejných rozpočtov, musí byť v prípade jeho ohrozenia náležite zabezpečené. Zákon o správe daní a poplatkov ako aj daňový poriadok upravujú viaceré zabezpečovacie inštitúty. Z pohľadu súčasnej (rozumej účinnej) vnútornej štruktúry daňového konania, väčšina týchto inštitútov patrí do etapy vyberacieho konania, čo nie je samoúčelné, keďže ich použitie zabezpečuje práve prípadné nezaplatenie dane. Keďže daňový poriadok zavedie v tomto smere s účinnosťou od roku 2012 podstatné zmeny, teória daňového práva bude musieť zaujať stanovisko aj k zmene zaužívaného vnímania vnútorného členenia daňového konania na etapy, štádia, či osobitné druhy.

Za rozhodujúce zabezpečovacie inštitúty možno považovať:

1. predbežné opatrenia,

³ Pozri aj JURKO, M., ČERVENÁ, K.: Zabezpečovacie prostriedky v právnych procesoch s dôrazom na daňové konanie a správne konanie. In: Aktuálne otázky práva v postmodernej spoločnosti I. : zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie konanej dňa 19.-21.4.2006. Košice, UPJŠ, 2006, s. 163-172.

2. zabezpečenie úhrady na nesplattnú alebo nevyrubenú daň,
3. zabezpečenie daňového nedoplatku a daňovej pohľadávky záložným právom.

I. Predbežné opatrenia

Zákon o správe daní a poplatkov (§ 15a) umožňuje správcovi dane ukladať predbežné opatrenia len počas daňovej kontroly a miestneho zisťovania, ktoré v zmysle legislatívnej skratky patria pod správu daní, nie sú však súčasťou daňového konania. Aj napriek tomu však predbežné opatrenia môžu mať zásadný význam pre dosiahnutie účelu daňového konania ale aj daňového exekučného konania. Ich použitie totiž bude v daňovej praxi prichádzať do úvahy najmä vtedy, ak správca dane predpokladá, že daňový subjekt by mohol vykonať úkony smerujúce k redukcii vlastnej majetkovej podstaty a ním nezaplatená daň by nemohla byť v daňovom exekučnom konaní vymožiteľná pre absenciu reálne postihnuteľného majetku.

Správca dane môže počas daňovej kontroly alebo pri miestnom zisťovaní v rozsahu nevyhnutne potrebnom na zabezpečenie ich účelu uložiť daňovému subjektu, aby niečo vykonal, niečoho sa zdržal alebo niečo strpel. Obsah rozhodnutia o predbežnom opatrení teda nie je zákonom o správe daní a poplatkov vymedzený určito, ale len vo všeobecnej rovine. Túto legislatívnu medzeru do istej miery odstraňuje nový daňový poriadok (§ 50), ktorý obsah predbežného opatrenia vymedzuje demonštratívne tak, že ním správca dane môže uložiť daňovému subjektu najmä, aby (i) zložil peňažnú sumu na účet správcu dane alebo (ii) nenakladal s vecami alebo právami uvedenými v rozhodnutí.

Napriek tomu, že toto obsahové vymedzenie predbežného opatrenia bude účinné až od roku 2012, už v súčasnosti je prevládajúcim predbežné opatrenie, ktorým správca dane zakazuje daňovému subjektu nakladať s jeho majetkom (nehnuteľnosti, hnutel'né veci, pohľadávky, obchodné podiely, cenné papiere a pod). Z uvedeného vyplýva celkom zrejmy dosah predbežného opatrenia na podnikanie, keďže dôsledkom takéhoto predbežného opatrenia je nemožnosť realizácie rôznych právnych úkonov vo vzťahu k veciam, s ktorými nakladanie bolo obmedzené. Keďže pod pojem „nakladať“ možno zahrnúť rôzne dispozície s majetkom, či vecami, vyžaduje sa, aby správca dane v predbežnom opatrení aj konkrétne vymedzil, aké právne úkony sa daňovému subjektu zakazujú (scudzit', zaťažit', dať do užívania tretím osobám a pod.).

Obsah rozhodnutia o predbežnom opatrení vymedzujú tak zákon o správe daní a poplatkov ako aj daňový poriadok aj negatívnym spôsobom, keď stanovujú, že ním nemožno obmedziť alebo zamedziť výkon záložného práva podľa Občianskeho zákonníka. Týmto spôsobom zákonodarca v prípade konfliktu medzi záujmami správcu dane a záujmom záložného veriteľa na výkone zá-

ložného práva (sledujúc uspokojenie zabezpečenej pohľadávky), uprednostňuje záujem druhého menovaného.

Rozhodnutie správcu dane o predbežnom opatrení je spravidla konečné, keďže zákon o správe daní a poplatkov proti nemu odvolanie nepripúšťa. Daňový poriadok však koncepciu jednoinštančnosti konania o predbežných opatreniach opúšťa, keď proti rozhodnutiu o predbežnom opatrení pripúšťa možnosť podať odvolanie, ktoré však nebude mať odkladný účinok. Vylúčenie odkladného účinku odvolania je celkom logické a legitímne, pretože v opačnom prípade by daňový subjekt mohol realizovať „zakázané“ úkony aj po doručení rozhodnutia, čím by sa mohol zmarit' jeho účel. Mimoriadne opravné prostriedky a v ich rámci najmä možnosť príslušného orgánu preskúmať toto rozhodnutie mimo odvolacieho konania právna úprava nevylučuje.

V súvislosti s predbežným opatrením môžu vyvstávať odôvodnené otázky nad tým, či podlieha súdnemu prieskumu v správnom súdnictve. Problémom môže byť znenie § 248 písm. a) Občianskeho súdneho poriadku, v zmysle ktorého sú zo súdneho prieskumu vylúčené rozhodnutia predbežnej povahy, kam doslovný (či formalistický) výklad umožňuje zaradiť aj rozhodnutia o predbežnom opatrení. Nad zákonom je však Ústava Slovenskej republiky, ktorá generálnou klauzulou (čl. 46 ods. 2) garantuje právo na súdny prieskum (kto tvrdí, že bol na svojich právach ukrátený rozhodnutím orgánu verejnej správy, môže sa obrátiť na súd, aby preskúmal zákonnosť takéhoto rozhodnutia, ak zákon neustanoví inak), a zároveň ustanovuje, že z právomoci súdu nesmie byť vylúčené preskúmanie rozhodnutí týkajúcich sa základných práv a slobôd. Ako už bolo naznačené, rozhodnutie o predbežnom opatrení, môže byť spôsobiteľ obmedziť základné právo podnikat' (napr. ak by zakazovalo podnikateľovi predávať tovar), ale aj základné právo vlastníť a pokojne užívať majetok (napr. zákaz prevodu nehnuteľnosti, obchodného podielu, akcií). Preto som názoru, že v záujme ústavne konformného výkladu (čl. 152 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky), vychádzajúc z účelu a zmyslu súdnej kontroly rozhodovacej činnosti a postupov verejnej (daňovej) správy, nemožno rozumne uvažovať v intenciách vylúčenia takto koncipovaných predbežných opatrení zo súdneho prieskumu. Inak povedané som názoru, že predbežné opatrenia spadajú pod právomoc príslušného správneho súdu za predpokladu, že zasahujú (obmedzujú, prípadne na určitú dobu alebo k určitým veciam aj zbavujú) do niektorého zo základných práv a slobôd, a to bez ohľadu na doslovné znenie § 248 písm. a) Občianskeho súdneho poriadku.

Taktiež som názoru, že rozhodnutie o predbežnom opatrení má byť odôvodnené, aj keď to zákon o správe daní a poplatkov výslovne nevyžaduje (daňový poriadok však áno - § 63 ods. 5 v spojení s § 50). Dôsledkom tohto rozhodnutia totiž môže byť značný zásah do právneho postavenia daňového subjektu, a možná revízia záverov správcu dane či už v daňovom konaní alebo v súdnom prieskume vyžaduje preskúmateľnosť rozhodnutia o predbežnom opatrení z hľadiska dôvodov, ktoré správcu dane viedli k jeho vydaniu.

Daňový subjekt je povinný rešpektovať predbežné opatrenie, pričom prípadné konanie v rozpore s nariadeným predbežným opatrením nemôže vyvolať predpokladané právne účinky. Podľa zákona o správe daní a poplatkov sú totiž právne úkony vykonané v rozpore s uloženým predbežným opatrením neplatné⁴.

Osobitným spôsobom sú riešené predbežné opatrenia, ktoré sa týkajú nehnuteľností (a zákazu nakladať s nimi, pozn.). Súčasný znenie zákona o správe daní a poplatkov vychádza z toho, že správca dane bezodkladne po začatí konania o uložení predbežného opatrenia týkajúceho sa nehnuteľností doručí katastru nehnuteľností oznámenie o začatí takéhoto konania. Ak ide o veci a práva, ktoré sú evidované vo verejne prístupných registroch podľa osobitných predpisov (napr. obchodný register), správca dane oznámi vznik a zánik predbežného opatrenia aj týmto registrom. Uvedená oznamovacia povinnosť správcu dane voči katastru nehnuteľností má časový význam, pretože právne úkony daňového subjektu urobené po oznámení vzniku predbežného opatrenia v katastri, ktoré sú s ním v rozpore, sú neplatné až po tomto oznámení. Domnievam sa však, že súčasný znenie zákona nie je celkom jednoznačné, keď najskôr vychádza z toho, že správca dane oznamuje katastru nehnuteľností začatie konania o uložení predbežného opatrenia, aby následne stanovilo, že pre neplatnosť právneho úkonu má právny význam až oznámenie vzniku predbežného opatrenia v katastri. Možný rozdielny pohľad správcov dane a daňových subjektov na výklad pojmov „začatie konania“ a „vznik predbežného opatrenia“, pritom môže viesť nielen k interpretačným ale aj k aplikačným rozporom.

Tieto možné interpretačné a aplikačné nezrovnalosti odstráni až daňový poriadok, ktorý v znení novely vykonanej zákonom prijatým 14. septembra 2011 jasne stanovuje, že až rozhodnutie o uložení predbežného opatrenia týkajúceho sa nehnuteľností správca dane doručí daňovému subjektu a súčasne katastru nehnuteľností. Právne úkony daňového subjektu urobené po zapísaní poznámky do katastra nehnuteľností, ktoré sú v rozpore s uloženým predbežným opatrením, sú neplatné. Keďže rozhodnutie o uložení predbežného opatrenia je vykonateľné jeho doručením (napriek tomu, že daňový poriadok odvolanie pripúšťa, vylučuje jeho odkladný účinok), správca dane následne oznámi katastru nehnuteľností, kedy nadobudlo rozhodnutie o uložení predbežného opatrenia právoplatnosť (márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania, potvrdením rozhodnutia odvolacím orgánom).

Zánik účinkov nariadeného predbežného opatrenia môže nastať v dôsledku rozhodnutia správcu dane alebo ex lege. Správca dane predbežné opatrenie zruší, len čo pominie dôvod, pre ktorý bolo uložené. Ak pominul dôvod len sčasti, predbežné opatrenie sa zruší len čiastočne. Pominutie dôvodov ulože-

⁴ Podľa § 39 Občianskeho zákonníka je neplatným právny úkon, ktorý svojim obsahom alebo účelom odporuje zákonu alebo ho obchádza, alebo sa prieči dobrým mravom.

nia predbežného opatrenia môže mať rozličný charakter, a to v závislosti od viacerých premenných faktorov (druh kontrolovanej dane, účel daňovej kontroly, charakter daňového subjektu, predmet podnikania daňového subjektu a pod.).

Ex lege stráca predbežné opatrenie účinnosť dňom úplného zaplatenia daňového nedoplatku alebo dňom jeho úplného uhradenia vykonaním kompenzácie alebo dňom vzniku záložného práva. V prípade, že predbežné opatrenie stráca účinnosť ex lege správca dane o tom nevydáva rozhodnutie (bolo by nadbytočným), avšak o strate jeho účinnosti musí písomne upovedomiť daňový subjekt.

II. Zabezpečenie úhrady na nesplatnú alebo nevyrubenú daň

Tento zabezpečovací inštitút v zmysle zákona o správe daní a poplatkov prichádza do úvahy vtedy, ak má správca dane odôvodnenú obavu, že nesplatná alebo nevyrubená daň za bežný kalendárny rok alebo predchádzajúce zdaňovacie obdobia bude v dobe jej splatnosti a vymáhateľnosti nevymožiteľná, alebo že v tejto dobe bude vymáhanie alebo vyberanie dane spojené so značnými ťažkosťami. V týchto prípadoch môže správca dane s uvedením dôvodov, na základe ktorých pokladá vyberanie a vymáhanie za ohrozené, vydať zabezpečovací príkaz. Tento takto možno chápať ako preventívny právny prostriedok, ktorého zmyslom je predchádzať ťažkostiam objektívne vznikajúcim v súvislosti s vyberaním a vymáhaním daňových nedoplatkov⁵. Zabezpečovací príkaz je osobitným rozhodnutím v daňovom konaní, ktorým správca dane uloží daňovému subjektu povinnosť, aby najneskôr do troch dní v príkaze uvedenú sumu dane zabezpečil v prospech správcu dane. Konkrétny spôsob zabezpečenia uvedie v príkaze, pričom môže ísť najmä o zloženie istoty (správnejšie by bolo istiny) na účet správcu dane alebo do určenej depozitnej úschovy.

Výšku nevyrubenej ohrozenej dane určí správca dane podľa vlastných pomôcok. Ak nehrozí nebezpečenstvo omeškania, môže správca dane vyzvať daňový subjekt, aby v trojdňovej lehote oznámil údaje potrebné pre takéto určenie dane. Toto zákonné ustanovenie sa však zdá v praxi absurdným a nepoužiteľným, nakoľko len ťažko možno predpokladať, že by v prípade reálneho ohrozenia správca dane dotazoval daňový subjekt na výšku ohrozenej dane a ešte mu na odpoveď dal trojdňovú lehotu. O praktickým ťažkosťach spojených napríklad s doručením takejto výzvy netreba ani bližšie hovoriť.

Proti zabezpečovaciemu príkazu sa môže daňový subjekt odvolať, odvolanie však nemá odkladný účinok. Špecifikom odvolacieho konania je, že ak odvolací orgán nerozhodne o odvolaní do tridsiatich dní po jeho podaní, zabezpečovací

⁵ BABČÁK, V.: Daňové právo Slovenskej republiky, EPOS, Bratislava, 2010, s. 580.

príkaz ex lege stráca účinnosť. Ak zloží daňový subjekt dostatočnú istotu, toto zabezpečenie sa nevykoná a už vykonané zabezpečovacie úkony správca dane zruší.

Daňový poriadok upúšťa od osobitnej úpravy tohto zabezpečovacieho inštitútu, avšak jeho podstata bola v zásade implementovaná do ustanovení o predbežných opatreniach. Hypotéza tejto procesnej normy (teda podmienky, za ktorých sa uplatní) bola včlenená do hypotézy ustanovenia o predbežných opatreniach, ktoré sa podľa daňového poriadku môžu uložiť aj vtedy, ak je odôvodnená obava, že nesplattná alebo nevyrubená daň bude v dobe jej splatnosti a vymáhateľnosti nevyožiteľná, alebo že v tejto dobe bude vymáhanie dane spojené so značnými ťažkosťami. Taktiež vlastný obsah tohto zabezpečovacieho inštitútu bol implementovaný do ustanovení o predbežných opatreniach, keď daňový poriadok výslovne umožňuje správcovi dane uložiť daňovému subjektu, aby zložil určitú peňažnú sumu na jeho účet (vid' vyššie).

III. Zabezpečenie daňového nedoplatku a daňovej pohľadávky záložným právom

Zabezpečenie daňového nedoplatku (dlžná suma dane po lehote splatnosti dane) záložným právom je typický zabezpečovací inštitút nielen v daňovo-právnych vzťahoch ale aj v súkromnoprávnych vzťahoch. Všeobecná právna úprava záložného práva je obsiahnutá v Občianskom zákonníku, ktorého ustanovenia sú v prípade absencie osobitnej úpravy (najmä výkon záložného práva) použiteľné aj pre daňové konanie. Procesný postup smerujúci k vyvolaniu účinkov spojených so záložným právom prebieha podľa zákona o správe daní a poplatkov v dvoch fázach.

1. Rozhodnutie správcu dane o zabezpečení daňového nedoplatku zriadením záložného práva k predmetu záložného práva vo vlastníctve daňového dlžníka. Predmetom záložného práva môžu byť hnutelné veci, nehnuteľnosti, byty a nebytové priestory, cenné papiere, pohľadávky, prípadne iné práva a majetkové hodnoty⁶. V súlade so zásadou úzkej súčinnosti a primeranosti, správca dane dbá, aby hodnota predmetu záložného práva bola primeraná sume daňového nedoplatku, na zabezpečenie ktorého sa záložné právo zriaďuje. Len v prípade, že daňový dlžník v čase vydania rozhodnutia o zriadení záložného práva nevlastní predmet záložného práva, ktorého hodnota je primeraná sume daňového nedoplatku, môže správca dane rozhodnúť o zriadení záložného práva aj na predmet vyššej hodnoty. Rozhodnutie musí obsahovať okrem všeobecných náležitostí

⁶ Zákon o správe daní a poplatkov ako aj daňový poriadok vymedzujú predmet záložného práva aj negatívne. Záložné právo nemožno zriadiť k ortopedickým pomôckam a kompenzačným pomôckam vrátane osobného automobilu ťažko zdravotne postihutej osoby.

rozhodnutia aj označenie daňového nedoplatku, predmetu záložného práva a zákaz daňovému dlžníkovi alebo poddlžníkovi nakladať s predmetom záložného práva bez predchádzajúceho súhlasu správcu dane. Právne úkony týkajúce sa predmetu záložného práva po vydaní rozhodnutia o zriadení záložného práva môže daňový dlžník vykonať len po predchádzajúcom súhlase správcu dane⁷. Aj v prípade záložného práva je teda zrejmý jeho celkom zreteľný dosah na dispozičné oprávnenia daňového dlžníka k predmetu záložného práva v jeho vlastníctve. Keďže predmetom záložného práva môžu byť aj veci slúžiace, prípadne určené na podnikanie, tento zabezpečovací inštitút je spôsobilý účinne a efektívne obmedziť aj podnikanie daňového dlžníka, čo je však odôvodnené legitímnym cieľom vychádzajúcim z účelu daňového konania. Rozhodnutie o zabezpečení daňového nedoplatku zriadením záložného práva k predmetu záložného práva daňového dlžníka sa doručí daňovému dlžníkovi, prípadne aj poddlžníkovi ak sa zriaďuje k pohľadávke daňového dlžníka. Proti rozhodnutiu sa daňový dlžník (ak je zálohom pohľadávka aj poddlžník) môže odvolať, odvolanie však nemá odkladný účinok, čo má rovnaký význam ako v prípade vylúčenia odkladného účinku proti rozhodnutiu o uložení predbežného opatrenia (možné zmarenie sledovaného zabezpečovacieho účelu).

2. Zápis alebo registrácia rozhodnutia o zabezpečení daňového nedoplatku zriadením záložného práva k zálohu daňového dlžníka alebo poddlžníka s vyznačením jeho vykonateľnosti, čo je druhou podmienkou pre vznik záložného práva. Ak ide o nehnuteľnosti zapisuje sa záložné právo do katastra nehnuteľností⁸, v ostatných prípadoch sa záložné právo registruje v Notárskom centrálnom registri záložných práv⁹, prípadne v registri podľa osobitného zákona¹⁰.

Rozhodnutie o zriadení záložného práva môže správca dane z vlastného alebo iného podnetu zmeniť alebo zrušiť, a to aj čiastočne, ak daňový subjekt daňovú pohľadávku alebo daňový dlžník alebo poddlžník alebo iná osoba daňový nedoplatok zaplatila celkom alebo sčasti, alebo ak zanikol predmet záložného práva alebo zanikla daňová pohľadávka. Rozhodnutie sa doručí daňovému subjektu a v prípade daňového nedoplatku daňovému dlžníkovi alebo poddlžníkovi, ktorí proti nemu môžu v lehote 15 dní odo dňa doručenia podať odvolanie. Právoplatné rozhodnutie sa doručí registru, v ktorom bolo záložné právo zapísané alebo zaregistrované.

⁷ Výnimkou je výkon záložného práva prednostným záložným veriteľom v mene a na účet záložného dlžníka alebo v mene záložného veriteľa a na účet daňového dlžníka. Túto skutočnosť je prednostný záložný veriteľ povinný vopred oznámiť správcovi dane.

⁸ § 151e ods. 2 OZ.

⁹ § 151e ods. 1 OZ.

¹⁰ Napríklad zákon č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach.

Zabezpečenie daňovej pohľadávky záložným právom sa realizuje na základe tých istých procesných ustanovení ako v prípade zabezpečenia daňového nedoplatku. Zákon o správe daní a poplatkov rozlišuje (avšak bez zásadnejších procesných dôsledkov) medzi zriadením záložného práva na zabezpečenie daňovej pohľadávky a istej daňovej pohľadávky, ktorá vznikne v budúcnosti. Daňovou pohľadávkou je pohľadávka správcu dane na dani do lehoty splatnosti dane. Záložné právo na jej zabezpečenie takto možno zriadiť v čase medzi vyrubeníím tejto dane platobným výmerom a jej splatnosťou, ktorá nastáva v zásade až po právoplatnosti platobného výmeru. Budúca istá daňová pohľadávka je pohľadávka, ktorá ešte ani nevznikla, avšak správca dane vzhľadom na okolnosti prípadu vie, že táto vznikne v budúcnosti, pričom má odôvodnenú obavu, že nesplatná alebo nevyrubená daň nebude uhradená.

Daňový poriadok prinesie v súvislosti s týmto zabezpečovacím inštitútom dve podstatné zmeny. Jednak sa možnosť zabezpečenia záložným právom rozšíri na veci, ktoré nadobudne daňový dlžník v budúcnosti, napr. pri zmluvách o kúpe prenajatej veci, či leasingových zmluvách, kde v súčasnosti nie je možné (prípadne len s ťažkosťami) včasné zachytenie okamihu nadobudnutia vlastníctva a postihnutie majetku daňového dlžníka nadobudnutého takýmto spôsobom. Takáto úprava predmetu „daňového“ záložného práva korešponduje s úpravou v Občianskom zákonníku (§ 151d ods. 4 OZ).

Zároveň sa v daňovom konaní upúšťa od zaužívaného rozlišovania medzi zriadením a vznikom záložného práva. Podľa § 81 ods. 1 daňového poriadku na zabezpečenie daňového nedoplatku môže rozhodnutím správcu dane vzniknúť záložné právo k predmetu záložného práva vo vlastníctve daňového dlžníka alebo k pohľadávke daňového dlžníka. Rozhodnutie o zabezpečení daňového nedoplatku zriadením záložného práva sa s vyznačením jeho vykonateľnosti zašle na zápis alebo na registráciu podľa Občianskeho zákonníka, pričom následne správca dane katastru nehnuteľností alebo príslušnému registru oznámi, kedy rozhodnutie nadobudlo právoplatnosť. Podľa dôvodovej správy k daňovému poriadku *záložné právo vzniká buď registráciou v príslušnom registri, alebo zápisom v katastri nehnuteľností, pričom sa akceptuje aj iná možnosť jeho vzniku vyjadrená slovami "ak osobitný zákon neustanovuje inak". Vytvára sa tak priestor jednoznačne ustanoviť v zákone o správe daní, že záložné právo správcu dane vzniká rozhodnutím, čo je v súlade s ustanoveniami Občianskeho zákonníka. Navrhovaná úprava zároveň odstráni v odbornej praxi sa vyskytujúce diskusie a pochybnosti o vzniku záložného práva správcu dane, najmä pokiaľ ide o nehnuteľnosti.*

Upustenie od dvojfázovosti a od rozlišovania zriadenia a vzniku záložného práva predstavuje v daňovom konaní z pohľadu historického návrat pred rok 2003. Až do 31. decembra 2002 bola totiž dikcia zákona o správe daní a poplatkov taká, že záložné právo vznikalo už rozhodnutím správcu dane. Daňový poriadok sa teda v tomto smere vracia takmer o dekádu späť, keď spája vznik záložného práva už s rozhodnutím správcu dane, pričom jeho zápis do katastra nehnuteľností alebo registrácia v Notárskom centrálnom

registri záložných práv nebude mať konštitutívny, ale iba evidenčný význam. Aj daňový poriadok však zotrváva na doterajšej dvojinštančnosti konania o záložnom práve, keď pripúšťa proti prvostupňovému rozhodnutiu správcu dane odvolanie s vylúčením jeho odkladného účinku. Rovnako daňový poriadok zotrváva na požiadavke predchádzajúceho súhlasu správcu dane, ako podmienky pre vykonanie právnych úkonov daňového dlžníka vo vzťahu k predmetu záložného práva.

Končiacim sa príspevkom som sa pokúsil poukázať na pôsobenie inštitútov verejného práva na súkromnoprávne vzťahy. Orgány daňovej správy ako vyplýva z vyššie uvedeného, sú vybavené takými zákonnými právomocami, ktorými môžu, sledujúc konečný účel daňového konania, obmedziť daňový subjekt v jeho súkromnoprávných úkonoch, v dispozícii s majetkom, či v podnikaní vôbec. Vzhľadom na ich možné dôsledky je potrebné bezpodmienečne trvať na ich obozretnej aplikácii, a to len v prípadoch skutočne odôvodnených záujmom štátu či územnej samosprávy na vybratí daní v prospech verejných rozpočtov.

Venoval som sa pritom len tým zabezpečovacím inštitútom, ktoré primárne zabezpečujú samotné zaplatenie dane. Ostatné zabezpečovacie inštitúty, ktoré sú tiež spôsobilé zasiahnuť so sféry individuálnej autonómie daňových subjektov, ako je napríklad zabezpečenie tovaru a vecí, či predvedenie osôb, ostali nateraz mimo rámca pozornosti.

Problematika trestnej zodpovednosti právnických osôb

Dr. h. c. prof. JUDr. Jozef Madliak, DrSc.

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Medzi základné piliere trestného práva v každej demokratickej krajine patrí zásada viny, z ktorej vyplýva, že trest môže byť páchatelovi uložený len za trestný čin, ktorého spáchanie mu bolo dokázané – ak sa teda osoba dopustila trestného činu, je jej toto spáchanie potrebné riadne dokázať v trestnom konaní. Ďalšou dôležitou zásadou slovenského trestného práva hmotného je zásada individuálnej zodpovednosti – naše trestné právo nepozná kolektívnu zodpovednosť za spáchanie trestného činu ani kolektívny trest. Doterajšia československá teória i prax vychádzala predovšetkým z tézy, že priama trestná zodpovednosť právnických osôb nie je zlučiteľná s poňatím trestného práva postavenom na individuálnom zavinení a s koncepciou trestu, ktorá popri účele ochrany obsahuje aj prvok odplaty.¹ Ďalšie námietky teórie trestného práva hmotného proti zavedeniu trestnej zodpovednosti právnických osôb spočívajú najmä v oslabovaní generálnej prevencie a výchovnej funkcie trestu v prípade neuloženia trestu konkrétnej osobe (napr. štatutárnemu orgánu), ale právnickej osobe ako takej, v trestnom postihu aj nevinných členov právnickej osoby (najmä v prípade, ak by medzi spáchaním činu a potrestaním právnickej osoby uplynula dlhšia doba a niektorí jej členovia by odišli a miesto nich by prišli noví) – z týchto dôvodov je preto priama trestná zodpovednosť právnických osôb odmietaná.

Z francúzskej literatúry podáva veľmi vyčerpávajúci prehľad dôvodov pre a proti zavedeniu trestnej zodpovednosti právnických osôb P. Bouzat – proti zavedeniu trestnosti právnických osôb uvádza predovšetkým nasledujúce dôvody, ktoré však zároveň hneď aj vyvracia:

1. právnické osoby nemajú vlastnú vôľu a bez vôle nemôže existovať vina a bez viny trestná zodpovednosť – na druhej strane ale podľa posledných poznatkov sociológie majú skupiny zväčša vôľu odlišnú od vôle osôb, ktoré takúto skupinu tvoria; dôkazom toho, že právna veda uznáva túto odlišnosť, je napokon aj zakotvenie občianskoprávnej zodpovednosti právnických osôb,
2. právnické osoby existujú a sú spôsobilé, len pokiaľ to je nevyhnutné na plnenie ich poslania, pričom k takémuto poslaniu nenáleží páchanie delik-

¹ Solnař, V.: Základy trestní odpovědnosti, ACADEMIA Praha 1972, s. 197; rovnako Novotný, O. – Dolenský, A. – Jelínek, J. – Vanduchová, M.: Trestní právo hmotné – I. obecná část, CODEX Praha 1992, s. 81-82

tov a preto nie sú právnické osoby schopné páchať delikty (tzv. princíp špeciality) – podľa iných teoretikov je však princíp špeciality pochybný a teda z neho nie je možné odvodzovať, že osoby nemajú plnú voľnosť neprávneho konania,

3. pripustenie zodpovednosti právnických osôb je v rozpore so zásadou personality trestov, nakoľko by trest uložený právnickej osobe zasiahol všetkých členov právnickej osoby, t. j. aj tých, ktorí nemajú s trestným činom nič spoločné – trest však nemá postihnúť jednotlivých členov právnickej osoby, ale právnickú osobu ako takú a ak nebodaj postihne i jej jednotlivých členov, budú títo v budúcnosti naliehať na štatutárne orgány právnickej osoby, prípadne na jej iných zodpovedných členov alebo zamestnancov, aby dôsledne dodržiavali zákony²,
4. trestný systém je zameraný len na fyzické osoby – majetkové tresty nadobúdajú stále väčší význam a tieto je možné uložiť aj právnickým osobám a rovnako je možné zakotviť špeciálne sankcie pre právnické osoby, akými sú napr. rozpustenie³; rovnako je možné právnickú osobu postihnúť i niektorými ochrannými opatreniami či už v trestnom alebo správnom práve (napr. zhabanie veci) a
5. nie je možné popri trestnom stíhaní zodpovedného člena právnickej osoby postihnúť aj samotnú právnickú osobu, nakoľko by toto bolo v rozpore so zásadou “ne bis in idem” – na druhej strane však vzrastajúci počet právnických osôb, ktoré sa dopúšťajú rôznych deliktov, si žiada zavedenie takéhoto postihu.⁴

V súčasnosti sa v Európe sa k trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb uplatňujú rôzne prístupy. Pre anglosaský systém práva, ale aj pre niektoré členské štáty Európskej únie (napr. Holandsko, Francúzsko, Portugalsko) je charakteristickým modelom tzv. priama trestnoprávna zodpovednosť právnických osôb – v tomto prípade sa voči právnickým osobám vyvodzujú štandardné (priame) tresty, pričom tieto nie sú podmieňované trestným stíhaním fyzickej osoby. V rámci kontinentálneho systému práva sa uplatňuje aj model tzv. nepriamej trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb, kde formálne-právne trestnoprávna zodpovednosť právnických osôb síce nie je vyjadrená a trestne zodpovedné sú len fyzické osoby (konajúce v mene právnickej oso-

² Týmto zároveň dochádza aj k napĺňaniu požiadaviek špeciálnej prevencie – pozn. autora.

³ Maggiore, G.: *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna 1951, s. 358 – Maggiore však ako odporca trestnoprávneho postihu právnických osôb navrhuje rozpustenie len ako správne opatrenie – pozn. autora.

⁴ Bouzat, P. – Pinatel, J.: *Traité de droit pénal et de criminologie, Parte I*, Paris 1963, s. 226 a nasl.; obmedzene však pripúšťa trestnú zodpovednosť právnických osôb aj staršia nemecká literatúra – pozri napr. von Bar, L.: *Gesetz und Schuld im Strafrecht, Teil I*, Berlin 1906-1909, s. 133-158

by), ale zákon súčasne umožňuje právnickým osobám v trestnom konaní uložiť niektoré trestnoprávne sankcie, ktoré nie sú definované ako tresty (napr. Španielsko, od 1 . septembra 2010 Slovensko). V tomto prípade o tzv. vedľajšie dôsledky trestného činu fyzickej osoby, ktoré sa pričítajú právnickej osobe. Tretím prístupom k chápaniu protiprávnej činnosti právnických osôb je postihovanie tohto konania normami administratívnoprávnej povahy (napr. Nemecko).⁵

Bez ohľadu na zvolený prístup k chápaniu trestnej zodpovednosti právnických osôb možno uzavrieť, že zakotvenie trestného postihu právnickej osoby by malo nadväzovať na postih právnickej osoby v správnom konaní a vina právnickej osoby, ktorá je schopná konať formou tzv. odvodenej schopnosti, by mala byť spravidla tzv. organizačnou vinou. Osobitnej povahy právnických osôb musí zodpovedať aj okruh sankcií, ktoré je možné právnickej osobe za spáchanie trestného činu uložiť – týmito by mali byť výlučne majetkové sankcie (peňažná pokuta, prepadnutie veci, zákaz poskytovať právnickej osobe dotácie a subvencie zo štátneho rozpočtu, prepadnutie majetku), ako aj vylúčenie možnosti získania verejnej zákazky, zákaz výkonu konkrétnych, v zákone stanovených podnikateľských činností (aj voči členom orgánov alebo manažmentu právnickej osoby) a zánik spoločnosti vrátane jej podmieneného zániku.

Vo vzťahu k priamej trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb je zaujímavá predovšetkým právna úprava holandská a anglická. V Holandsku je kriminalizácia korporatívneho správania sa zakotvená už od roku 1886, kedy bol prijatý holandský Trestný zákonník (Wetboek van Strafrecht), pričom v súčasnej podobe existuje postihu právnických osôb od roku 1976, kedy bol zmenený čl. 51 holandského Trestného zákonníka do svojej dnešnej podoby⁶. Už uvedený čl. 51 Trestného zákonníka však neobsahuje definíciu právnickej osoby zhodnú s definíciou právnickej osoby v zmysle občianskeho práva – právnickou osobou (korporáciou) podľa čl. 51 holandského Trestného zákonníka je občianske združenie ako súkromná spoločnosť, spoločnosť s ručením obmedzeným, únia, nadácia a pod.⁷, ako aj spoločnosti bez občianskej právnej subjektivity, t. j. spoluúčasť podľa holandského práva⁸, firma

⁵ Dôvodová správa k zákonu č. 224/2010 Z.z.

⁶ de Doelder, H.: Kriminalizace korporativního chování, možnosti trestního postihu korporace. In.: Kratochvíl, V. (zost.): Trestněprávní reforma v České republice, MU BRNO 1994, s. 61

⁷ Všetky súkromné právnické osoby podľa občianskeho a obchodného práva – pozn. autora.

⁸ Korešponduje združeniu podľa § 829 a nasl. nášho Občianskeho zákonníka – pozn. autora;

podrobne o združeniach bez právnej subjektivity najmä: Madliak, A.: Zmluva o združení podľa Občianskeho zákonníka (rigorózna práca), UPJŠ Košice 1999, s. 22 a nasl.

majiteľov lodí a určitý majetok (peňažná čiastka) určená na osobitný účel⁹. Právnickou osobou ďalej môže byť aj verejnoprávna korporácia (spoločnosť)¹⁰, avšak obec, mesto, štát, provincia a polder (vysušené zúrodnené dno bývalého šelfového mora chránené hrádzami¹¹) zločin spáchať nemôžu a preto sú spod pôsobnosti holandského Trestného zákonníka vyňaté. Popri právnických osobách môžu byť po novele holandského Trestného zákonníka z roku 1976 žalované aj osoby fyzické, ktoré riadili právnickú osobu alebo ktoré jej poskytli vedenie pre daný čin, pričom na trestný postih takejto osoby postačuje preukázanie skutočnosti, že riadiaca fyzická osoba prinajmenšom vedela o zakázanej, resp. protiprávnej činnosti právnickej osoby a nezabránila jej, hoci to bola povinná urobiť¹². Pri preukázaní viny právnickej osoby môže tejto byť uložená pokuta až do výšky desaťnásobku sumy, ktorá môže byť ako pokuta uložená osobe fyzickej, pričom sa na jej krytie môže použiť tovar právnickej osoby alebo môže byť právnická osoba zakázaná. Nie je možné právnickú osobu uväzniť a rovnako zákon nepripúšťa možnosť "náhradného" uväznenia orgánu právnickej osoby.¹³ Kriminálna organizácia (u nás organizovaná skupina § 129 ods. 2 Tr. zák., zločinecká skupina § 129 ods. 3 Tr. zák., resp. teroristická skupina § 129 ods. 4 Tr. zák.) podľa čl. 140 holandského Trestného zákonníka však nie je právnickou osobou podľa čl. 51 holandského Trestného zákonníka a jej trestná zodpovednosť, zodpovednosť jej členov a trestnoprávny postih členstva v nej sa riadi osobitnou právnou úpravou, ktorá v zásade¹⁴ zodpovedá našej právnej úprave obsiahnutej v § 296 a 297 Tr. zák..

⁹ V prípade firmy majiteľov lodí by sa podľa nášho občianskeho práva mohlo jednáť o osobitnú formu združenia, ak nemá právnu subjektivitu, ak by sa však jednalo o spoloček (združenie) s právnou subjektivitou, riadilo by sa toto úpravou obsiahnutou v zákone č. 83/1990 Zb. o združovaní občanov v znení neskorších predpisov; v prípade združenia majetku by sa v slovenskom práve opäť jednalo o prípad združenia podľa § 829 a nasl. Obč. zák., pričom by však vklady jednotlivých členov do združenia boli tvorené výlučne majetkovým, resp. peňažným vkladom podľa § 831 Obč. zák., ak by sa nejednalo o nadáciu podľa zákona č. 34/2002 Z. z. o nadáciách v platnom znení alebo o neinvestičný fond podľa zákona č. 147/1997 Z. z. o neinvestičných fondoch – pozn. autora.

¹⁰ Takouto verejnoprávnu korporáciou je v Holandsku napr. mestský obvod – pozri rozhodnutie Houtopstand-arrest HR z 9. júna 1992, NJ 1992, s. 749

¹¹ kol.: Slovník cizích slov, Encyklopedický dům Praha 1996, s. 266

¹² Rozhodnutia NCB-arrest HR z 20. novembra 1984, NJ 1985, s. 355, Slavenburg-arrest HR zo 16. decembra 1986, NJ 1987, s. 321/322; povinnosť konať v tomto zmysle korešponduje s trestnosťou opomenutia zakotvenou v § 122 ods. 1 Tr. zák. – pozn. autora.

¹³ Podrobnejšie o úprave trestnej zodpovednosti a trestania právnických osôb v Holandsku pozri de Doelder, H.: Kriminalizace korporativního chování, možnosti trestního postihu korporace. In.: Kratochvíl, V. (zost.): Trestněprávní reforma v České republice, MU BRNO 1994.

¹⁴ Samozrejme s odchýlkou týkajúcou sa potrestania organizovanej skupiny, zločineckej skupiny, resp. teroristickej skupiny – pozn. autora.

V anglickom práve má trestná zodpovednosť právnických osôb (Liability of Corporations) dlhú tradíciu – vychádza z common law a našla svoj výraz aj v čl. 34 pracovného návrhu rekonštruovaného anglického trestného zákonníka (Draft Criminal Code Bill – ďalej len "DCCB"), ktorý prakticky sumarizuje do terajšie súdne precedensy¹⁵. Podľa tohto návrhu môže byť právnická osoba zodpovedná za konanie, ktoré spočíva buď v konaní, alebo v opomenutí (čl. 34 ods. 1 DCCB), pričom takéto konanie (trestný čin) môže právnická osoba spáchať buď samostatne, alebo ako účastník na trestnom čine jej zodpovedného orgánu (čl. 34 ods. 2 DCCB). Trestnoprávna zodpovednosť právnických osôb v anglickom trestnom práve je inak konštruovaná podobne ako v práve holandskom a zahŕňa predovšetkým trestné činy na úseku životného prostredia¹⁶, ako aj ostatné trestné činy, s výnimkou vraždy a tých trestných činov, ktoré nemôžu byť postihnuté pokutou¹⁷ (rozumej "peňažným trestom" – pozn. autora). Hoci anglický návrh výslovne uvádza trestné činy, ktoré právnická osoba nemôže spáchať a teda za ne nemôže byť ani potrestaná¹⁸, vyplýva z dôvodovej správy k DCCB, že právnická osoba nemôže samostatne, t. j. ako jediný alebo priamy páchatel', spáchať ani trestné činy, ktoré vo svojej podstate vyžadujú, aby ich spáchala fyzická osoba – napr. sexuálne trestné činy, bigamiu, trestné činy spáchané s vedením motorového vozidla, podľa teórie však v anglickom práve môže byť právnická osoba za takéto trestné činy zodpovedná ako účastník (tzv. akcesorická trestná zodpovednosť)¹⁹, napr. účastník na trestnom čine krivej výpovede (len fyzická osoba totiž môže zložiť prísahu), kde môže prichádzať bez akýchkoľvek pochybností do úvahy akcesorická trestná zodpovednosť právnickej osoby. Rovnako nemôže byť právnická osoba spolupáchatel'om niektorých trestných činov, napr. podvodu, ak sa totiž vedúci právnickej osoby rozhodne spáchať trestný čin podvodu, nie je právnická osoba účastníkom na takomto čine – táto skutočnosť však nevychádza z vyššie uvedeného obmedzenia trestnej zodpovednosti právnickej osoby, ale z nedostatku dohody na takomto trestnom čine medzi právnickou osobou a jej vedúcim²⁰. V súvislosti so zodpovednými orgánmi právnickej osoby je však potrebné ešte podotknúť, že zodpovedným, resp. vedúcim orgánom právnickej osoby, nie sú výlučne len jej štatutárne orgány, ale každá osoba,

¹⁵ Predovšetkým rozhodnutia *Tesco Supermarkets Ltd. v Nattrass* [1972] AC 513, *R v Andrews Weatherfoil Ltd.* [1972] 1 WLR 118, *Moore v I Bresler Ltd.* [1944] 2 All ER 515, *R v Robert Millar (contractors) Ltd.* [1970] 2 QB 54, *Penn-Texas Corporation v Murat Anstalt* [1964] 1 QB 40 a *R v McDonell* [1966] 1 QB 233

¹⁶ Tieto upravujú predovšetkým Clean Air Act z roku 1956 a Control of Pollution Act z roku 1974

¹⁷ Čl. 34 ods. 7 DCCB

¹⁸ Smith, J. C. – Hogan, B.: *Criminal Law – Cases and Materials*, Butterworths London 1986, s. 179

¹⁹ Smith, J. C. – Hogan, B.: *Criminal Law – Cases and Materials*, Butterworths London 1986, s. 179

²⁰ Tento záver sa opiera o rozhodnutie *R v McDonnell* [1966] 1 QB 233 – pozn. autora.

ktorá v skutočnosti ovláda, riadi alebo kontroluje konanie, resp. operácie spoločnosti.²¹

Otázkou trestnej zodpovednosti právnických osôb mal v súvislosti s medzinárodnými záväzkami, ktoré Slovenskej republike vyplývajú predovšetkým z jej členstva v Rade Európy a v Európskej únii, pôvodne upraviť rekodifikovaný Trestný zákon, ktorého návrh predložený do Národnej rady Slovenskej republiky počítal s trestnou zodpovednosťou právnických osôb (okrem štátu), ktorá by umožňovala účinnejší postih niektorých závažných konaní výslovne uvedených v osobitnej časti Trestného zákona (napr. v oblasti životného prostredia, organizovaného zločinu a pod.), pričom nemal byť a priori vylúčený trestný postih fyzickej osoby s trestným postihom právnickej osoby pre rovnaký skutok, išlo by však vždy len o nadväznosť na postih v správnom konaní. Rekodifikovaný Trestný zákon teda predpokladal akcesorickú trestnú zodpovednosť právnickej osoby – právnické osoby preto mali byť trestné, ak by ich majitelia, štatutárne orgány alebo splnomocnenci pri výkone podnikateľských funkcií spáchali trestný čin a tým porušili svoje povinnosti.²²

Proti tomuto návrhu boli vznesené námietky, spočívajúce predovšetkým v argumentácii, že zavedenie trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb nie je prípustné vo vzťahu k zásade individuálnej zodpovednosti za zavinenie, k zásade personality trestov a zároveň k neschopnosti právnickej osoby niesť vôľovú zodpovednosť s možnosťou výberu konať v súlade s právom alebo proti právu. Z uvedených dôvodov preto nakoniec v rámci rekodifikácie trestného práva nedošlo k zavedeniu trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb v Slovenskej republike v podobe tzv. priamej trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb.

Prelom v sankcionovaní právnických osôb prostriedkami trestného práva predstavuje zákon č. 224/2010 Z.z., ktorým sa mení a dopĺňa Trestný zákon, a to súčinnosťou od 1. septembra 2010. Týmto zákonom sa Slovenská republika vydala kompromisnou cestou tzv. nepriamej (resp. nepravej) trestnej zodpovednosti právnických osôb podľa španielskeho vzoru, pričom základné princípy, na ktorých je postavená táto právna úprava možno zhrnúť nasledovne:

1. Zaviedli sa nové trestnoprávne sankcie v podobe ochranných opatrení (nie priamych trestov) voči právnickým osobám, a to zhabanie určenej výšky finančných prostriedkov a zhabanie majetku (pozri nižšie).

2. Uloženie týchto ochranných opatrení navrhne prokurátor návrhom na ich uloženie podaným na trestnoprávny súd, vo veci, kde bolo začaté trestné stíhanie vo veci. Návrh prokurátora nebude podmienený žiadnou väzbou na

²¹ Tesco Supermarkets Ltd. v Natrass [1972] AC 153, s. 187

²² Dôvodová správa k návrhu legislatívneho zámeru Trestného zákona, s. 18

trestné stíhanie fyzických osôb. Bude sa môcť podať v okamihu, ak výsledkom vyšetrovania bude zistenie (preukázané bez dôvodných pochybností), že

- a) riadiace (zastupovacie, rozhodovacie a kontrolné úlohy) osoby zanedbali dohľad a kontrolu a v dôsledku tohto zanedbania došlo k spáchaniu trestného činu osobami podriadenými právnickej osobe alebo
- b) riadiace osoby (zastupovacie, rozhodovacie a kontrolné úlohy) sa dopustili trestného činu.²³

Zhabanie peňažnej čiastky

Účelom novely Trestného zákona bolo zaviesť do právneho poriadku Slovenskej republiky sankcionovanie právnických osôb prostredníctvom noriem trestného práva, ak došlo v súvislosti s ich činnosťou k spáchaniu trestného činu. Uvedená novela platného Trestného zákona zavádza nové druhy ochranných opatrení, ktoré sa budú ukladať právnickým osobám zneužitým na spáchanie trestného činu. S účinnosťou od 1. septembra 2010 možno uložiť právnickej osobe ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky a zhabania majetku po splnení zákonných podmienok uvedených v § 83a Tr. zák., pokiaľ ide o zhabanie peňažnej čiastky a v § 83b Tr. zák., pokiaľ ide o zhabanie majetku. V § 83a ods. 1 Tr. zák. a v § 83b ods. 1 Tr. zák. sú ustanovené pozitívne podmienky uloženia ochranného opatrenia zhabania peňažnej čiastky a zhabania majetku právnickým osobám za trestné činy fyzických osôb spáchaných v rámci oprávnení, resp. podriadenosti voči právnickej osobe. Negatívne podmienky uloženia oboch ochranných opatrení sú upravené v § 83a ods. 2 Tr. zák. a v § 83b ods. 2 Tr. zák..²⁴

Podľa § 83a ods. 1 Tr. zák. môže súd uložiť právnickej osobe zhabanie peňažnej čiastky, ak bol spáchaný trestný čin, hoci aj v štádiu pokusu, alebo ak došlo k účasti na trestnom čine v súvislosti:

- a) s výkonom oprávnenia zastupovať túto právnickú osobu,
- b) s výkonom oprávnenia prijímať rozhodnutia v mene tejto právnickej osoby,
- c) s výkonom oprávnenia vykonávať kontrolu v rámci tejto právnickej osoby, alebo
- d) so zanedbaním dohľadu alebo náležitej starostlivosti v tejto právnickej osobe.

²³ Dôvodová správa k zákonu č. 224/2010 Z.z.

²⁴ Bližšie pozri dôvodovú správu k návrhu zákona č. 224/2010 Z.z..

Z uvedeného ustanovenia môžeme teda vyvodit', že Trestný zákon hovorí o fakultatívnej možnosti, nie o povinnosti súdu uložit' právnickej osobe ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky. Z hľadiska vývojových štádií trestnej činnosti sa vyžaduje, aby bol trestný čin dokonaný alebo aspoň v štádiu pokusu (toto ochranné opatrenie teda nemožno uložit' v prípade, že trestný čin dospeje len do štádia prípravy).

Zhabanie peňažnej čiastky možno uložit' v rozmedzí od 800 EUR do 1.660.000 EUR (Trestný zákon teda ustanovuje dolnú a hornú hranicu sadzby, v rámci ktorej sa môže súd pohybovať). Pri určovaní výšky zhabania peňažnej čiastky súd prihliadne na závažnosť spáchaného trestného činu, rozsah činu, získaný prospech, spôsobenú škodu, okolnosti spáchania trestného činu a následky pre právnickú osobu. V tomto prípade ide o taxatívne vymenované skutočnosti, na ktoré musí súd prihliadať pri určovaní výšky peňažnej čiastky, ktorá má byť zhabaná. Trestný zákon síce hovorí o posudzovaní závažnosti trestného činu, ale vzhľadom na formálne chápanie trestného činu táto podmienka nebude a ani nemôže byť splnená v prípade, že pôjde o zločin. Z hľadiska uvedeného bude potrebné toto ustanovenie vykladať v tomto smere reštriktívne.

Podľa § 83a ods. 3 (posledná veta) Tr. zák. zhabanie peňažnej čiastky súd neuloží, ak ukladá právnickej osobe ochranné opatrenie zhabania majetku podľa § 83b Tr. zák.. Z tohto ustanovenia Trestného zákona možno vyvodit', že sa vylučuje súčasné uloženie ochranného opatrenia zhabania peňažnej čiastky a zhabania majetku tej istej právnickej osobe. Uloženie zhabania majetku má prednosť pred uložením zhabania peňažnej čiastky (uloženie peňažnej čiastky je vo vzťahu subsidiarity k uloženiu zhabania majetku, čo vyplýva aj z § 83b ods. 3 Tr. zák.- posledná veta). Okrem tohto prípadu súd zhabanie peňažnej čiastky neuloží:

- a) právnickej osobe, ktorej majetkové pomery ako dlžníka nemožno usporiadať podľa osobitného predpisu upravujúceho konkurzné konanie,
- b) ak by výkonom ochranného opatrenia bol postihnutý majetok štátu alebo Európskej únie,
- c) orgánom cudzieho štátu a medzinárodným organizáciám verejného práva,
- d) ak došlo k zániku trestnosti činu podľa § 83a ods. 1 Tr. zák. premlčaním trestného stíhania alebo na základe účinnej ľútosti.

V prípade, že došlo k zlúčeniu, k splynutiu alebo k rozdeleniu právnickej osoby, súd uloží zhabanie peňažnej čiastky právnenému nástupcovi zaniknutej právnickej osoby. Zaplatená alebo vymožená peňažná čiastka pripadá štátu, ak súd nerozhodne inak na základe vyhlásenej medzinárodnej zmluvy, ktorou je Slovenská republika viazaná.

Výkon zhabania peňažnej čiastky upravuje § 461a Tr. por.. Zároveň Trestný poriadok upravuje aj nový druh konania a to „konanie o návrhu na zhabanie peňažnej čiastky a o návrhu na zhabanie majetku“ v § 362a.

Zhabanie majetku

Podľa § 83b ods. 1 Tr. zák. súd uloží právnickej osobe zhabanie majetku, ak bol spáchaný trestný čin, hoci aj v štádiu pokusu, alebo ak došlo k účasti na trestnom čine uvedenom v § 58 ods. 2 Tr. zák. a ak právnická osoba nadobudla majetok alebo jeho časť trestnou činnosťou alebo z príjmov pochádzajúcich z trestnej činnosti, v súvislosti:

- a) s výkonom oprávnenia zastupovať túto právnickú osobu,
- b) s výkonom oprávnenia prijímať rozhodnutia v mene tejto právnickej osoby,
- c) s výkonom oprávnenia vykonávať kontrolu v rámci tejto právnickej osoby, alebo
- d) so zanedbaním dohľadu alebo náležitej starostlivosti v tejto právnickej osobe.

Z uvedeného ustanovenia môžeme teda vyvodiť, že Trestný zákon hovorí o povinnosti súdu uložiť právnickej osobe ochranné opatrenie zhabania majetku v prípade, že dôjde k naplneniu všetkých zákonných podmienok. V tomto prípade sa v rámci výkonu rozhodnutia vyhlasuje konkurz aj bez návrhu podľa zákona o konkurze a reštrukturalizácii č. 7/2005 Z.z. v znení neskorších predpisov. Z hľadiska vývojových štádií trestnej činnosti sa vyžaduje, aby bol trestný čin dokonaný alebo aspoň v štádiu pokusu (toto ochranné opatrenie teda nemožno uložiť v prípade, že trestný čin dospeje len do štádia prípravy), resp. postačuje účasť na trestnom čine podľa § 58 ods. 2 Tr. zák., kde ide o taxatívne vymenované trestné činy, za ktoré sa ukladá obligatórne trest prepadnutia majetku (bez splnenia podmienok uvedených v § 58 ods. 1 Tr. zák.).

Podľa § 83b ods. 3 Tr. zák. ak súd neuloží zhabanie majetku, uloží právnickej osobe ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky podľa § 83a Tr. zák. a to vtedy, ak vzhľadom na závažnosť spáchaného trestného činu (prečinu), rozsah činu, získaný prospech, spôsobenú škodu, okolnosti spáchania trestného činu, následky pre právnickú osobu alebo dôležitý verejný záujem²⁵ je možné

²⁵ „Dôležitý verejný záujem“ je potrebné vnímať v každom prípade individuálne, pričom je potrebné zohľadniť dôležité záujmy štátu realizované pri výkone verejnej moci, ktoré prevažujú nad oprávneným záujmom fyzickej osoby alebo právnickej osoby, ktorý prináša majetkový prospech alebo iný prospech ostatným osobám alebo mnohým z nich a bez jeho realizácie by mohli vzniknúť rozsiahle alebo nenahraditeľné škody, napr. uloženie a výkon ochranného opatrenia zhabania majetku by

ochranu spoločnosti zabezpečiť aj bez zhabania majetku právnickej osoby. V tomto prípade sa teda subsidiárne a obligatórne uloží ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky; § 83b ods. 3 Tr. zák. predstavuje vlastne výnimku z obligatórneho uloženia zhabania majetku podľa § 83b ods. 1 Tr. zák.. Okrem tohto prípadu súd zhabanie majetku neuloží:

- a) právnickej osobe, ktorej majetkové pomery ako dlžníka nemožno usporiadať podľa osobitného predpisu upravujúceho konkurzné konanie,
- b) ak by výkonom ochranného opatrenia bol postihnutý majetok štátu alebo Európskej únie,
- c) orgánom cudzieho štátu a medzinárodným organizáciám verejného práva,
- d) ak došlo k zániku trestnosti činu podľa § 83b ods. 1 Tr. zák. premlčaním trestného stíhania alebo na základe účinnej ľútosti.

Zhabanie majetku postihuje v rozsahu, ktorý patrí právnickej osobe pri výkone ochranného opatrenia zhabania majetku po ukončení konkurzného konania výťažok zo speňaženia majetku, majetok vylúčený zo súpisu majetku podstát a majetok podliehajúci konkurzu, ak nedošlo k speňaženiu majetku. V prípade zhabania majetku je okruh majetku, ktorý možno týmto ochranným opatrením postihnúť, totožný ako v prípade uloženia trestu prepadnutia majetku (§ 59 ods. 1 Tr. zák.).

V prípade, že došlo k zlúčeniu, k splynutiu alebo k rozdeleniu právnickej osoby, súd uloží ochranné opatrenie zhabania majetku právnemu nástupcovi zaniknutej právnickej osoby. Vlastníkom zhabaného majetku sa stáva štát, ak súd nerozhodne inak na základe vyhlásenej medzinárodnej zmluvy, ktorou je Slovenská republika viazaná. Vlastníkom zhabaného majetku sa stane štát v rozsahu, ktorý právnickej osobe patrí po skončení konkurzného konania. Účelom takejto právnej úpravy je nepostihnúť tretie osoby (veriteľov právnickej osoby), ktoré sa nezúčastnili na páchaní trestnej činnosti, vrátane jej zamestnancov. Výkon zhabania majetku upravuje § 461b Tr. por..

mohlo mať za následok likvidáciu veľkého počtu pracovných miest. Bližšie pozri dôvodovú správu k návrhu zákona č. 224/2010 Z.z..

Zmluvné vzťahy vo verejnej sfére

doc. JUDr. Ján Husár, CSc. m. prof.

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Zmluva patrí medzi typické súkromnoprávne inštitúty, ktoré sú založené na autonómii vôle ich účastníkov, na slobodnom rozhodovaní sa o dojednaní takých pravidiel vzájomných vzťahov a z nich vyplývajúcich práv a povinností, ktoré sú pre všetkých účastníkov výhodné.

Jedným zo sprievodných javov ekonomickej transformácie na podmienky trhového hospodárstva je aj prenikanie zmlúv, ako súkromnoprávných inštitútov, do verejnej sféry. Vo verejnej sfére sa čoraz viac, a to tak vo vzťahoch medzi verejnoprávnymi subjektmi navzájom, ako aj vo vzťahoch verejnoprávných subjektov a subjektov súkromného práva využívajú zmluvy ako nástroj vzájomnej koordinácie či kooperácie.

Zmluvy medzi verejnoprávnymi subjektmi navzájom či verejnoprávnymi subjektmi a súkromnoprávnymi subjektmi sa niekedy označujú ako verejnoprávne zmluvy. Napr. verejnoprávne zmluvy podľa Josefa Bejčka možno chápať aj ako publicizačný trend zmluvného práva súkromného, do ktorého prenikajú (intervenujú) verejnoprávne prvky¹. Josef Bejček ďalej konštatuje, že verejnoprávne zmluvy sú presvedčivým príkladom protismerného pohybu v legislatíve, odrážajúceho istú umelosť a prekonanosť tradicionalistickej verejnoprávnej a súkromnoprávnej dichotómie. Sú na jednej strane *privatizáciou* (liberalizáciou) verejného práva, pretože umožňujú štátu, verejnoprávnym korporáciám, iným právnickým osobám zriadeným zákonom a právnickým a fyzickým osobám, ak vykonávajú zákonom (alebo na základe zákona) zverenú pôsobnosť v oblasti verejnej správy, vzájomne spolupracovať za účelom plnenia svojich úloh na zmluvnom základe². Verejnoprávne zmluvy sa podľa Josefa Bejčka, s odvolaním na teóriu správneho práva, členia na koordinačné a subordinované. Koordinované zmluvy sú také, ktorých zmluvnými stranami sú subjekty verejnej správy a ktoré ich využívajú s cieľom plnenia ich úloh. Takéto poňatie je blízke súkromnoprávnym zmluvám³. Subordinované zmluvy sú potom podľa Josefa Bejčka uzatvárané medzi správnym orgánom a adresátom (objektom pôsobenia verejného práva), pričom zmluva tu vystupuje ako funkčná alternatíva individuálneho správneho aktu, ktorý ju

¹ BEJČEK, J.: Veřejný zájem v obchodním právu, in: Veřejný zájem v obchodním právu, (zborník - editor Bejček, J.), Masarykova univerzita, Brno, Spisy právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická, 328, Brno, 2008, ISBN: 978-80-210-4574-3, s. 9

² BEJČEK, J.: tamtiež, s. 9

³ BEJČEK, J.: tamtiež, s. 9

môže nahradiť. Subordinačná verejnoprávna zmluva je verejnoprávnym nástrojom, technikou nahrádzajúcou medzi nerovnocennými subjektmi správne rozhodnutie⁴. Takéto ponímanie verejnoprávných zmlúv je však pomerne úzke a nezahŕňa celú škálu zmlúv, ktoré sa vo verejnej sfére uzavierajú nielen medzi samotnými správnymi (administratívnymi) orgánmi pri koordinácii vzájomnej spolupráce (činnosti), resp. vo vzťahu nadriadenosti a podriadenosti medzi správnym orgánom a adresátom (objektom) pôsobenia verejného práva. Mimo takto vymedzených verejnoprávných zmlúv zostáva škála zmlúv označovaných ako zmluvy o výkonoch vo verejnom záujme a škála zmlúv, ktoré sú označované ako dotačné či subvenčné zmluvy.

II.

Zmluvu o výkonoch vo verejnom záujme uzatvára napr. samosprávny kraj s dopravcom podľa ust. § 15 zákona č. 168/1996 Z. z. o cestnej doprave, ktorej predmetom je vykonávanie prepravných potrieb osôb v pravidelnej autobusovej doprave.

Dotačné zmluvy sa uzatvárajú napr. vo vzťahu medzi Ministerstvom školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky a verejnou vysokou školou. Verejná vysoká škola nie je podľa zákona o vysokých školách podriadenou inštitúciou ministerstva, a preto tvrdiť, že vzťah medzi ministerstvom školstva a verejnou vysokou školou má charakter vzťahu medzi nadriadeným a podriadeným, a teda že dotačná zmluva medzi Ministerstvom školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky a verejnou vysokou školou je subordinačnou zmluvou v zmysle vyššie uvedeného členenia verejnoprávných zmlúv nie je správne⁵. Medzi takéto zmluvy patria tiež napr. zmluvy uzatvorené na podporu vedy a výskumu (APVV) a verejnou vysokou školou uzatvorené podľa § 20 zákona 172/2005 Z. z. o organizácii štátnej podpory, výskumu a vývoja či medzi Ministerstvom financií SR a príjemcom podľa § 18 zákona č. 231/1999 Z. z. o štátnej pomoci alebo medzi agentúrou SARIO a konkrétnym investorom (podnikateľom). Príkladom využitia zmlúv pri koordinácii činností verejnoprávných subjektov je zmluva o praktickej výučbe uzavretá medzi poskytovateľom zdravotnej starostlivosti, ako verejnoprávnou inštitúciou a verejnou vysokou školou. Takéto zmluvy sa uzavierajú podľa § 35 zákona 131/2002 Z. z. o vysokých školách.

Do tejto kategórie zmlúv patria aj zmluvy, ktoré uzavierajú verejnoprávne subjekty s podnikateľmi, napr. pri zabezpečovaní verejných potrieb alebo vlastnej prevádzky verejnoprávnej inštitúcie. V ostatnom období možno registrovať výrazné rozšírenie objemu prostriedkov, ktoré slúžia na financovanie zákaziek, ktorými sa zabezpečujú verejné potreby alebo vlastná prevádzka

⁴ BEJČEK, J.: tamtiež, s. 9

⁵ podľa § 89 ods. 3 zákona č. 131/2002 Z. z. o vysokých školách ministerstvo poskytuje verejnej vysokej škole dotácie na základe zmluvy

verejnoprávnych inštitúcií. Tieto zmluvy sa uzavierajú postupom, ktorý je upravený osobitným zákonom a ktorý sa označuje termínom „verejné obstarávanie“⁶.

Zmluvy medzi verejnoprávnymi subjektmi vymedzenými v ust. § 261 ods. 2 Obchodného zákonníka na strane jednej a podnikateľmi na strane druhej, ktorých predmetom je zabezpečenie verejných potrieb alebo vlastnej prevádzky verejnoprávnych inštitúcií sú teóriou obchodného práva zaradované do kategórie tzv. relatívnych obchodov, ktoré sa riadia režimom upraveným v Obchodnom zákonníku⁷.

Ďalšiu oblasť zmlúv uzavieraných vo verejnej sfére tvoria zmluvy o správe majetku, ktorých predmetom je spravovanie verejného majetku (majetku štátu, vyšších územných celkov, príp. väčších miest).

Do tejto kategórie zmlúv by mali patriť aj zmluvy uzavierané síce subjektmi súkromného práva, ktorých jediným alebo rozhodujúcim akcionárom (spoločníkom) je verejnoprávny subjekt a ďalšími subjektmi súkromného práva, napr. zmluva medzi akciovou spoločnosťou, ktorá vznikla transformáciou štátneho podniku na akciovú spoločnosť, ktorej predmetom je dodávka výrobkov potrebných pre opravy vojenskej techniky a ktorá je hradená z verejných zdrojov.

Z uvedeného vyplýva, že namiesto pojmu verejnoprávne zmluvy, by bolo správnejšie hovoriť o zmluvách vo verejnej sfére či o verejných zmluvách zahŕňajúcich nielen zmluvy ako alternatívu koordinácie či subordinácie verejnoprávnych subjektov, ale aj ďalšie zmluvy uzavierané v širšie ponímanej verejnej sfére. Kritériom pre rozlíšenie verejných zmlúv (zmlúv vo verejnej sfére) a zmlúv v súkromnej sfére je rozlišovanie podľa zdrojov financovania. Verejnými zmluvami budú tie, ktorých plnenie sa financuje z verejných zdrojov - zo zdrojov štátu, vyšších územných celkov, miest, obcí, verejnoprávnych inštitúcií ale aj súkromnoprávnych subjektov, ktorých jediným či väčšinovým spoločníkom (akcionárom) je verejnoprávny subjekt, ak sa plnenie realizuje z verejných zdrojov.

Uzavieranie zmlúv vo verejnej sfére sa oproti uzavieraniu zmlúv v súkromnej sfére vyznačuje viacerými osobitosťami. Medzi takéto osobitosti patrí:

- stanovenie záväzných pravidiel pre výber zmluvného partnera,
- stanovenie formy, obsahu a podmienok zmluvy navrhovateľom, ktorým bude verejnoprávny subjekt,
- absencia negociácie o obsahu zmluvy,
- zverejňovanie obsahu uzavretých zmlúv,

⁶ podľa zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní

⁷ napr. SUCHOŽA, J. in: SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. a kol.: Obchodné právo, IURA EDITION, Bratislava, 2009, ISBN: 978-80-8078-290-0, s. 674

- možnosť zmeny obsahu zmluvy alebo jej zrušenia jednostranným úkonom zo strany verejnoprávneho subjektu, resp. malý priestor pre zmenu obsahu zmluvy dohodou zmluvných strán,
- povinné zúčtovanie poskytnutých prostriedkov po skončení zmluvy.

Zmluvy vo verejnej sfére sú uzavierané podľa všeobecnej úpravy uzavierania zmlúv obsiahnutej v Obchodnom resp. Občianskom zákonníku. Prijatie osobitnej úpravy uzavierania zmlúv vo verejnej sfére nie je potrebné a ani sa nepredpokladá. Vychádza sa z toho, že zmluva je vždy zmluvou, dvojstranným či viacstranným úkonom, bez ohľadu na to, či sa uzaviera ako výraz vôle súkromnoprávnych subjektov alebo na základe stanovených pravidiel výberu druhej zmluvnej strany pri zabezpečení verejného záujmu alebo prevádzky verejnoprávnych subjektov. Právna úprava uzavierania zmlúv vo verejnej sfére je obsiahnutá spravidla v osobitných zákonoch, ktoré sú regulačným nástrojom v danej sfére. Takáto úprava spravidla obsahuje kogentnú úpravu náležitostí zmluvy, postupu pri výbere zmluvného partnera a pod. Často však obsahuje aj označenie určitého inštitútu zmluvného práva, prípadne aj jeho vymedzenie, ktoré však nemá oporu vo všeobecnom súkromnom práve. Príkladom môže byť používanie pojmov „rámcová dohoda“, „zmluva o správe majetku“, „zmluva o výkone vo verejnom záujme“, „zmluva o použití finančných prostriedkov“ a pod.

Osobitosťou zmlúv uzavieraných vo verejnej sfére oproti súkromnoprávnym zmluvám je často pomerne dlhý kontraktačný proces, ktorého jednotlivé fázy musia často prebehnúť v zákonom ustanovených lehotách. V súkromnej sfére sa proces kontraktácie výrazne redukuje, ba dokonca sa vytráca v dôsledku štandardizácie zmluvných vzťahov⁸. Verejnoprávne subjekty uzavierajú zmluvy s cieľom naplnenia verejného záujmu a zabezpečenia vlastnej prevádzky, čo je ostatne tiež vo verejnom záujme. Zmluvy vo verejnej sfére sa však uzavierajú podľa všeobecnej súkromnoprávnej úpravy obsiahnutej najmä v Občianskom ale aj v Obchodnom zákonníku. Takéto zmluvy sú tak akoby na pokraji súkromného a verejného práva. Verejnoprávne subjekty ako kontrahenti sa aj v procese kontraktácie musia riadiť pravidlami platnými pre takéto subjekty, ktoré sú založené na zásade, že takéto subjekty môžu konať len to, čo im je výslovne zákonom ustanovené, kým súkromnoprávna úprava uzavierania zmlúv zodpovedá súkromnoprávnej koncepcii, podľa ktorej každý môže konať čo nie je zákonom zakázané a je výrazne dispozitívna⁹. Vzhľadom na tento rozpor, je potrebné posúdiť, ktoré inštitúty upravené v procese uzavierania zmlúv ich plnenia, zmeny či zrušenia je opodstatnené v osobitných verejnoprávnych úpravách, upraviť, resp. modifikovať tak, aby umožňovali presadenie verejného záujmu a na druhej strane aby sa nestratila podstata zmlu-

⁸ pozri CSACH, K.: Štandardné zmluvy, Plzeň, Aleš Čeněk, 2009, ISBN: 978-80-7380-199-1, s. 25 a nasl.

⁹ pozri čl. 2 ods. 2 a čl. 2 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky

vy ako inštitútu zakladajúceho vzťah založený na slobode, slobodnom rozhodnutí, zmluvnej voľnosti, formálnej rovnosti strán a pod.

V doterajšej praxi zmlúv uzatváraných vo verejnej sfére sa však uplatňujú inštitúty, ktoré nemajú svoj všeobecný základ vo všeobecnej úprave uzavierania zmlúv, resp. nie sú upravené ako typ zmluvy.

Pri formovaní návrhu zmluvy sa v zmluve vo verejnej sfére uplatňuje pravidlo, že návrh zmluvy predkladá verejnoprávna inštitúcia a adresuje ho tomu subjektu, ktorý sa uchádzal o uzavretie zmluvy, t. j. ktorý splnil všetky kritériá aby sa mohol stať subjektom takejto zmluvy. Predložený návrh zmluvy môže druhá strana len akceptovať, eventuálne neakceptovať, t. j. nie je daný žiadny priestor na vyjednávanie. Jedným z príkladov takéhoto postupu je napr. úprava obsiahnutá v zákone č. 172/2005 Z. z. o organizácii štátnej podpory výskumu a vývoja. Podľa tejto úpravy „kontrakčný proces“ začína vyhlásením verejnej výzvy poskytovateľom, na základe ktorej sa žiadateľ predložením žiadosti uchádza o získanie finančných prostriedkov na riešenie vedeckého alebo výskumného projektu. Poskytovateľ finančných prostriedkov odborne posúdi a vyhodnotí predložené žiadosti a rozhodne, či poskytne finančné prostriedky na riešenie projektu alebo nie. Ak poskytovateľ rozhodne, že poskytne finančné prostriedky na riešenie projektu, predloží žiadateľovi návrh zmluvy o poskytnutí prostriedkov. Zmluva o poskytnutí prostriedkov musí podľa zákona č. 172/2005 Z. z. obsahovať:

- a) identifikáciou zmluvných stránach
- b) bankové spojenie a číslo účtu,
- c) účel, druh, sumu a dobu použitia poskytnutých finančných prostriedkov,
- d) podmienky použitia poskytnutých finančných prostriedkov,
- e) spôsob a čas plnenia záväzkov zmluvných strán,
- f) práva k výsledku riešenia projektu,
- g) práva k hnutelným veciam a nehnuteľnostiam zaobstaraným z poskytnutých finančných prostriedkov,
- h) spôsob využitia výsledkov riešenia projektu,
- i) sankcie za porušenie podmienok zmluvy o poskytnutí prostriedkov,
- j) ďalšie údaje určené poskytovateľom.

Takýto spôsob je obdobný verejnej súťaži ako postupu vo verejnom obstarávaní podľa zákona o verejnom obstarávaní. Zmluva je uzavretá, ak druhá strana akceptuje predložený návrh. V prípade, ak by príjemca poskytnutých prostriedkov neplnil podmienky zmluvy, má poskytovateľ právo podľa zákona vypovedať zmluvu a požadovať vrátenie finančných prostriedkov poskytnu-

tých na riešenie projektu, a to najneskôr do 30 dní od vypovedania zmluvy¹⁰. Obdobne je upravené uzavieranie zmlúv napr. pri poskytovaní dotácií verejným vysokým školám, či pri poskytovaní štátnej pomoci a pod. Zmluva o poskytnutí prostriedkov podľa zákona č. 172/2005 Z. z. organizácii štátnej podpory výskumu a vývoja nie je odplatnou zmluvou. Poskytovateľ finančných prostriedkov poskytne žiadateľovi finančné prostriedky na riešenie schváleného projektu, ale žiadateľ nie je povinný tieto prostriedky vrátiť, len ich použiť na schválený účel. Návratnosť týchto prostriedkov nie je priama, vložené prostriedky by sa mali spoločnosti vrátiť nepriamo, v ziskanií a využívaní nových poznatkov, v skvalitnení prípravy mladej generácie na povolanie atď., čo sa však nedá exaktne zmerať, teda či protiplnenie za poskytnuté finančné prostriedky je adekvátne alebo nie. Zmluva sa teda vyznačuje výraznou nerovnocennosťou práv a povinností zmluvných strán. Dotačná alebo subvenčná zmluva nie je ako zmluvný typ upravená v Občianskom zákonníku ani v Obchodnom zákonníku. Z hľadiska posúdenia, či je potrebná všeobecná úprava subvenčnej zmluvy ako typu zmluvy, je potrebné preskúmať či obsahovo nemožno túto zmluvu podriaďiť pod niektorý z už upravených zmluvných typov. Ako porovnateľné typy sa javia napr. zmluva o úvere či darovacia zmluva. Na rozdiel od zmluvy o úvere, v ktorej je dlžník povinný poskytnuté peňažné prostriedky vrátiť, a to okrem istiny aj s úrokmi, pri zmluve o poskytnutí peňažných prostriedkov žiadateľ nemusí poskytnuté peňažné prostriedky vrátiť, ak splní svoj záväzok, spočívajúci v tom, že peňažné prostriedky použije na určený účel a v súlade s dohodnutými pravidlami ich použitia. Vrátenie peňažných prostriedkov sa pri tejto zmluve považuje za sankciu pre prípad nesplnenia zmluvnej povinnosti, teda použitia poskytnutých prostriedkov na iný účel alebo v rozpore s dohodnutými pravidlami, čo je zásadný rozdiel z hľadiska vymedzenia podstatných častí týchto zmlúv a teda zmluvu o poskytnutí peňažných prostriedkov (dotačnú alebo subvenčnú zmluvu) nemožno subsumovať pod úverovú zmluvu. Peňažné prostriedky z verejných zdrojov nemožno nikomu darovať, a preto ani nie je namieste subsumovať subvenčnú zmluvu resp. dotačnú zmluvu pod darovaciu zmluvu. Z hľadiska praktického využitia možno využiť inštitút nepomenovanej zmluvy, ktorý upravuje Obchodný zákonník v ust. § 269 ods. 2, resp. Občiansky zákonník v ust. § 51. Subvenčné či dotačné zmluvy sa však využívajú pomerne často, a teda ak by išlo o typ zmluvy, bola by opodstatnená všeobecná úprava tohto zmluvného typu.

Problematike zmluvných typov sa venoval tiež nestor slovenského súkromného práva Štefan Luby, ktorý rozlišoval zmluvy na typické alebo inak nazývané nominátne a atypické alebo inak označované ako inominátne.¹¹ Štefan Luby uvádza, že „všetky v hospodárskom styku typické zmluvy nemusia byť upra-

¹⁰ v tomto prípade by však zrejme mal mať poskytovateľ v súlade so všeobecnou úpravou práva zániku záväzkov právo odstúpiť od zmluvy a nie zmluvu vypovedať.

¹¹ LUBY, Štefan: Výber z diela a myšlienok, IURA edition, Bratislava 1998, s. 95

vené ako typické aj v zákone“¹². Dôvody, prečo zákonodarca nemusí upraviť v zákone všetky zmluvné typy potom podľa Štefana Lubyho spočívajú v tom, že

- zákonodarca môže úmyselne vynechať úpravu určitej typickej zmluvy z rozličných legislatívno-politických dôvodov, napr. preto, že pokladá určitý typ za taký málo špecifický, že sa pri ňom, podľa jeho mienky, vy- stačí so všeobecnými ustanoveniami záväzkového práva
- alebo môže byť zákonodarca tej mienky, že ide len o poddruh uprave- ného zmluvného typu.¹³

Subvenčná alebo dotačná zmluva podľa môjho názoru je typom zmluvy, ktorý sa odlišuje svojim obsahom i účelom od iných typov zmlúv, a preto by vše- obecná úprava tohto typu zmluvy mala byť obsiahnutá v súkromnoprávej úprave záväzkových vzťahov.

III.

V doterajšej praxi verejného obstarávania sa výrazne uplatnil inštitút rámco- vej zmluvy (dohody), ktorý má svoje zákonné vymedzenie v ust. § 11 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa uvedeného ustanovenia je rámcová dohoda písomná dohoda medzi jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi, alebo medzi jedným alebo viacerými obstarávateľmi na strane jednej a jedným alebo viacerými uchádzačmi na strane druhej. Rámcová dohoda určuje podmienky zadávania zákaziek počas jej platnosti, najmä čo sa týka ceny a predpokladaného množstva predmetu zákazky.

Pojem rámcová dohoda je potom v zákone o verejnom obstarávaní použitý ešte niekoľkokrát, napr. v ustanovení § 45, § 64 a § 90. Najmä v ustanovení § 64 je rámcová dohoda bližšie konkretizovaná, a to pokiaľ ide o časové obme- dzenie platnosti takejto dohody a spôsob jej ukončenia. Podľa uvedeného ustanovenia rámcovú dohodu pri zadávaní nadlimitných zákaziek verejným obstarávateľom možno uzavrieť najviac na štyri roky s výnimkou prípadov odôvodnených predmetom rámcovej dohody, ak zmluvnou stranou je verejný obstarávateľ na úseku obrany. Rámcová dohoda končí buď uplynutím času alebo za podmienok uvedených v samotnej dohode. Takúto dohodu možno uzavrieť buď na dodanie tovaru alebo na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služieb nevyžadujúcich zložité technické požiadavky. Rámcová dohoda nesmie brániť čestnej hospodárskej súťaži. Z uzavretej rámcovej do- hody vyplýva pre zadávateľa povinnosť zadávať zákazku len osobe, ktorá je účastníkom rámcovej dohody a nie inej osobe. Takáto dohoda môže byť uzav- retá buď s jedným účastníkom alebo ak je účastníkov viac, tak najmenej s tromi účastníkmi. Na základe rámcovej dohody uzavretej s viacerými uchá-

¹² tamtiež, s. 95

¹³ tamtiež, s. 95

dzačmi možno zadávať zákazku bez opätovného otvárania súťaže, ak je zadaná zákazka v rámci podmienok určených v tejto dohode alebo opätovným otvorením súťaže, ak v rámcovej dohode nie sú určené všetky podmienky.

V ustanovení § 4 zákona č. 266/2005 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri finančných službách na diaľku je obsiahnuté legálne vymedzenie rámcovej zmluvy, ktorou sa rozumie zmluva o vykonávaní postupného sledu súvisiacich operácií alebo série operácií rovnakého druhu.

Vo všeobecnej úprave uzavierania zmlúv v Občianskom zákonníku ale i v Obchodnom zákonníku však úprava rámcovej zmluvy absentuje. Rámcová zmluva sa tak v konkrétnej obchodnej realizačnej praxi formuluje ako zmluva, ktorá obsahuje náležitosti zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy podľa § 289 Obchodného zákonníka a obchodných podmienok podľa § 273 Obchodného zákonníka, s tým rozdielom, že sa netýka jednej zmluvy, ale neobmedzeného počtu zmlúv.

Najpodstatnejším rozdielom medzi rámcovou zmluvou a všeobecnými obchodnými podmienkami podľa Kristiána Csacha je podmienka inkorporácie. Ak zmluvné strany v rámci rámcovej zmluvy uvedú, že ich budúce vzťahy sa budú riadiť rámcovou zmluvou, potom nie je potrebná dodatočná inkorporačná doložka v jednotlivých zmluvách, ktorá by sa odvolávala na rámcovú zmluvu. Ak by strany kontrahovali za použitia všeobecných obchodných podmienok, museli by odkázať na všeobecné obchodné podmienky v každej jednotlivей zmluve, ak by sa z ustálenej praxe medzi nimi nemohlo vyvodiť, že všeobecné obchodné podmienky majú platiť aj pre zmluvu, v ktorej na ne neodkázali. Súčasne ale existujú dobré dôvody kontrahovať na základe všeobecných obchodných podmienok aj v rámci opakovaných transakcií medzi tými istými osobami, nakoľko zmena všeobecných obchodných podmienok, ktoré majú byť použité v niektorom (ďalšom) osobitnom vzťahu môže byť uskutočnená aj jednostranne (vo forme zmeny návrhu zmluvy), zatiaľ čo zmena rámcovej zmluvy vyžaduje dohodu oboch strán.¹⁴

Z legálnych vymedzení obsiahnutých tak v zákone o verejnom obstarávaní, v zákone o ochrane spotrebiteľa pri finančných službách na diaľku ako aj z aplikačnej praxe ako sa vytvára vo vzťahu medzi podnikateľmi možno vyvodiť, že rámcovú zmluvu sa vytvára základ (rámec) pre budúce konkrétne zmluvy a z tohto hľadiska predstavuje táto zmluva obdobu kapacitnej zmluvy podľa skorších úprav, resp. zmluvy o budúcej zmluve podľa úpravy obsiahnutej v § 289 Obchodného zákonníka. Z vymedzenia rámcovej zmluvy podľa § 4 zákona 266/2005 Z. z. možno vyvodiť, že takáto zmluva plní tiež funkcie štandardizácie zmluvných vzťahov, keďže podľa tejto zmluvy sa postupuje pri uzavretí sledu súvisiacich operácií alebo operácií rovnakého druhu a súčasne

¹⁴ CSACH, K.: Všeobecné obchodné podmienky v obchodných zmluvách. Dizertačná práca. Košice, 2007, s. 58, 59

sa rámcovou zmluvou upravujú obchodné podmienky, ktorými sa upravuje obsah budúcich realizačných zmlúv.

Zmluva o uzavretí budúcej zmluvy je inštitútom súkromného záväzkového práva už od doby rímskeho práva, odkedy je známa ako „*pactum de contrahendo*“. Zmluva o budúcej zmluve je upravená v našom právnom poriadku tak v Občianskom zákonníku, ako aj v Obchodnom zákonníku. Zmluva je založená na prijatí záväzku jednej alebo oboch zmluvných strán uzavrieť v dobe určenej v zmluve o uzavretí budúcej zmluvy budúcu, t. j. konkrétnu, realizačnú zmluvu s predmetom plnenia, ktorý je v zmluve o uzavretí budúcej zmluvy určený aspoň všeobecným spôsobom¹⁵. Z vymedzeného základného ustanovenia upravujúceho podstatné časti zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy možno vyvodit', že na základe zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy by mala byť v budúcnosti uzavretá len jedna konkrétna realizačná zmluva a podľa tohto základného ustanovenia sa nepredpokladá, že by zmluvou o uzavretí budúcej zmluvy mal byť medzi zmluvnými stranami vytvorený základ pre dlhodobejšiu obchodnú spoluprácu realizovanú na základe pravidelne či s určitou periodicitou a jednoduchším mechanizmom uzavierania konkrétnych realizačných zmlúv.

Rámcová zmluva, na rozdiel od uzavretia zmluvy o budúcej zmluve sa poníma prevažne, a to tak podľa jej legálnych definícií obsiahnutých vo viacerých normatívnych právnych aktoch, patriacich mimo sféru obchodného práva, ako aj na základe praktickej realizácie tohto inštitútu v obchodných vzťahoch, skôr ako základ, presnejšie vzhľadom na označenie rámcová zmluva ako rámec pre konkretizáciu vzájomných vzťahov medzi tými istými zmluvnými stranami, ktoré uzavreli túto rámcovú zmluvu, prípadne medzi subjektmi, ktoré sú podriadené či ovládané subjektmi, ktoré sú zmluvnými stranami rámcovej zmluvy, napr. ak rámcovú zmluvu uzatvárajú holdingy a konkrétne realizačné zmluvy spoločnosti patriace do jedného, resp. druhého holdingu, a to na spravidla na časovo ohraničené obdobie, často na obdobie jedného roka, prípadne na dlhšie, časovo neohraničené obdobie. Na základe rámcovej zmluvy dochádza potom k uzavieraniu viacerých realizačných zmlúv, či väčšieho počtu takýchto realizačných zmlúv, ktorými by mal byť naplnený v rámcovej zmluve dohodnutý rozsah spolupráce v dohodnutom čase a za dohodnutých podmienok.

Ďalšie rozdiely medzi zmluvou o uzavretí budúcej zmluvy a rámcovou zmluvou spočívajú tiež v tom, že zmluva o uzavretí budúcej zmluvy spravidla obsahuje len záväzok uzavrieť budúcu realizačnú zmluvu s určeným predmetom plnenia a spravidla neobsahuje ďalšie podmienky, ktoré by sa mali premietnuť do obsahu realizačnej zmluvy. Naproti tomu rámcová zmluva obsahuje vymedzený predmet plnenia a dohodnutý rozsah obchodov, či objem obchodov vyjadrený v hmotnostných, objemových či iných jednotkách alebo vo finančnom vyjadrení, ktoré sa majú uskutočniť za určitý, v rámcovej zmluve

¹⁵ porovnaj § 289 ods. 1 Obchodného zákonníka a § 50a, ods. 1 Občianskeho zákonníka

vymedzený čas. Rámcová zmluva obsahuje tiež, na rozdiel od zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy, úpravu obchodných podmienok, ktorá zahŕňa napríklad pravidlá predkladania návrhov realizačných zmlúv s časovým vymedzením, v akom časovom predstihu pred požadovaným plnením je potrebné predložiť návrh realizačnej zmluvy, mechanizmus ich uzavierania a plnenia, pravidlá určovania cien v realizačných zmluvách a spôsoby zmien, platobné podmienky v realizačných zmluvách, dôsledky porušenia zmluvných povinností vrátane dojednanja výšky zmluvných pokút.

Popri uvedených legálnych vymedzeniach rámcovej zmluvy sa zatiaľ ojedinele v českej a slovenskej právnickej spisbe objavuje aj teoretické vymedzenie rámcovej zmluvy. Napr. Roman Nováček uvádza, že ako rámcové zmluvy sa označujú zmluvy, ktoré predpokladajú opakované uzavieranie zmlúv rovnakého druhu s rovnakým alebo podobným predmetom plnenia medzi tými istými subjektmi, pričom k realizácii predpokladaného plnenia v rámcovej zmluve dochádza až na základe následných čiastkových zmlúv¹⁶. Za hlavný znak rámcovej zmluvy považuje uvedený autor skutočnosť, že na základe samotnej rámcovej zmluvy nedochádza k poskytnutiu plnenia ani jednou zo zmluvných strán a že k poskytnutiu plnenia dochádza až na základe uzavretej následnej čiastkovej zmluvy¹⁷. Medzi ďalšie znaky rámcovej zmluvy patria podľa uvedeného autora:

- väčšina podmienok zmluvného vzťahu je upravená už v rámcovej zmluve
- dlhodobosť vzťahov založených rámcovou zmluvou, pričom následne sa obchody uskutočňujú zjednodušenými postupmi, napr. s využitím formulárov.

Kristián Csach pri skúmaní tendencií šandardizácie uzavierania zmlúv posudzuje rámcovú zmluvu ako štvrtú možnosť šandardizačných alternatív ako prejav tendencie racionalizácii kontrahovania.¹⁸ Tieto zmluvy podľa Kristiána Csacha definujú „právny rámec“ akým sa bude riadiť množstvo jednotlivých zmluvných vzťahov medzi tými istými kontrahentmi. Na rozdiel od predchádzajúcich možností má táto osobitnú povahu, keďže vychádza z iného predpokladu. Tým je síce pluralita zmlúv, ale vo vzťahu vystupujú tí istí kontrahenti. Je tu potrebné vidieť dva zmluvné vzťahy, prvý je založený všeobecnou zmluvou a druhý individuálnou.¹⁹

Vzťah medzi realizačnou zmluvou a rámcovou zmluvou možno charakterizovať, ako vzťah medzi špeciálnou úpravou, ktorú predstavuje realizačná zmluva a rámcovou zmluvou ako všeobecnou alebo subsidiárnou úpravou. Rámco-

¹⁶ NOVÁČEK, R.: Rámcové smlouvy, Právní rozhledy č. 1, ročník 2004, str. 13

¹⁷ tamtiež, str. 14

¹⁸ CSACH, K.: Všeobecné obchodné podmienky v obchodných zmluvách. Dizertačná práca. Košice, 2007, s. 7

¹⁹ tamtiež, s. 7

vé zmluvy prinášajú do kontraktačného procesu prvky racionality, štandardizácie a zjednodušenie. Racionalita, ktorú prináša využitie rámcových zmlúv spočíva v odbúraní opakovaných rokovaní o náležitostiach konkrétnych zmlúv, čo prináša úsporu nielen času ale aj nákladov na uzavretie zmluvy. Štandardizácia spočíva v tom, že realizačné zmluvy majú v zásade rovnaký obsah, ktorý zodpovedá predstávam obidvoch zmluvných strán a zjednodušenie možno vidieť napr. v možnosti používania formulárov či tlačív pri uzavieraní konkrétnych realizačných zmlúv.

V procese rekonštrukcie súkromného práva, vrátane záväzkového práva, by mala byť do nového kódexu zahrnutá aj všeobecná úprava tých typov zmlúv, ktoré sa v doterajšej realizačnej praxi vžili, avšak ich právna úprava absentuje. Kódex súkromného práva by mal ako všeobecný predpis obsahovať základnú úpravu inštitútov, ktoré sú konkretizované, špecifikované, v osobitných úpravách. Súčasný stav, kedy osobitné úpravy inštitút rámcovej zmluvy upravujú, avšak chýba základ právnej úpravy tohto inštitútu v kódexe súkromného práva, pričom účastníci zmlúv tento nedostatok sa snažia preklenúť využitím zmluvnej slobody a formulovaním vlastných, ich potrebám zodpovedajúcim, rámcových zmlúv, nie je v súlade s požiadavkou právnej istoty subjektov zmluvných vzťahov.

IV.

Obnovenie majetkovej samostatnosti obcí a miest, vytvorenie vyšších územných celkov ako majetkovo samostatných subjektov, ale tiež zachovanie pozície štátu ako vlastníka majetku, vyvolalo potrebu odborného spravovania majetku týchto verejnoprávných subjektov. Všeobecná úprava spravovania majetku niekoho iného však v našom práve doposiaľ absentuje, pričom na potrebu prijatia takejto úpravy poukazuje aj súkromná sféra.

Slovenská republika nehospodári so svojím majetkom (na rozdiel od vyšších územných celkov a obcí a miest) samostatne, ale vždy len prostredníctvom správcu majetku štátu, ktorý môže byť buď štátna rozpočtová organizácia, štátna príspevková organizácia, štátny fond prípadne verejno-právna inštitúcia alebo iná právnická osoba, ak na základe zákona spravuje majetok štátu. Správou majetku štátu je podľa zákona súhrn oprávnení a povinností správcu k tej časti majetku, ktorý mu štát zveril do správy²⁰. Na rozdiel od právnej úpravy pred rokom 1989 môže byť majetok štátu podľa súčasnej právnej úpravy v spoločnej správe viacerých správcov. Okrem štandardnej správy upravuje zákon aj dočasnú správu, ktorú ako správca vykonáva obvodný úrad v sídle kraja, v ktorého územnom obvode sa nachádza majetok štátu, ktorý štát nadobudol a ktorý nie je doposiaľ v správe žiadneho správcu²¹.

²⁰ §3 zákona č. 278/1993 Z. z. o správe majetku štátu

²¹ § 5 zákona č. 278/1993 Z. z. o správe majetku štátu

Vyšší územný celok, na rozdiel od štátu môže so svojím majetkom hospodáriť samostatne alebo prostredníctvom správcu majetku. Na rozdiel od právnej úpravy správy majetku štátu zákon o majetku vyšších územných celkov konkretizuje vymedzenie správy majetku vyššieho územného celku a ustanovuje, že správca je oprávnený a povinný majetok vyššieho územného celku držať, užívať na plnenie úloh v rámci predmetu činnosti alebo v súvislosti s ním, brať z neho úžitky a nakladať s ním v súlade s týmto zákonom a so zásadami hospodárenia s majetkom vyššieho územného celku²². Takto vymedzené práva a povinnosti správcu majetku vyššieho územného celku sa z hľadiska obsahu približujú právam a povinnostiam vlastníka majetku. Žiada sa však poukázať na skutočnosť, že v ust. § 6 ods. 1 zákona č. 446/2001 Z. z. o majetku vyšších územných celkov sa používa výraz hospodáriť s majetkom (vo väzbe: „vyšší územný celok hospodári so svojím majetkom samostatne...“), kým vo vzťahu k správcovi sa používa výraz správa majetku vyššieho územného celku (vo väzbe: „správa majetku vyššieho územného celku je súhrn oprávnení a povinností správcu...“). Zákon teda zreteľne nerozlišuje medzi inštitútom hospodárenia s majetkom a inštitútom správy majetku.

Aj zákon o majetku obcí ustanovuje, že obec hospodári so svojím majetkom samostatne alebo prostredníctvom správcu majetku obce. Správcom môže byť rozpočtová organizácia alebo príspevková organizácia zriadená podľa zákona č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy. Vymedzenie obsahu správy majetku obce je obdobné ako vymedzenie obsahu správy majetku vyššieho územného celku²³. Rovnako ako zákon o majetku vyšších územných celkov ani zákon o majetku obcí zreteľne nerozlišuje medzi inštitútom hospodárenia s majetkom a inštitútom správy majetku.

Petr Havlan, ktorý sa dlhodobo venuje problematike majetku štátu, zdôrazňuje, že v českom práve inštitút práva hospodárenia s majetkom štátu ako „súhrnového majetkového práva“ v súčasnosti neexistuje, a to preto, že „tam, kde teraz hospodária a nakladajú s majetkom štátu jeho útvary bez právnej subjektivity (čiže organizačné zložky štátu) nemá konštrukcia práva hospodárenia miesto.“²⁴ Petr Havlan rozlišuje medzi hospodárením s majetkom štátu v širšom zmysle - čím rozumie vlastné hospodárenie s majetkom plus „právne“ nakladanie s týmto majetkom a v užšom zmysle teda s rozlíšením medzi „hospodárením“ a „nakladaním“.²⁵

Pri analýze inštitútu správy majetku, tak ako je ponímaný vo vyššie uvádzaných právnych úpravách možno vyvodiť, že správa majetku je ponímaná ako súhrn činností zameraných najmä na zachovanie hodnoty spravovaného majetku a nie na jeho ďalšie zhodnotenie, zvýšenie jeho hodnoty v najbližšom čase, či z hľadiska dlhšej časovej perspektívy. Správca dbá jednak na to, aby

²² § 6 zákona č. 446/2001 Z. z. o majetku vyšších územných celkov

²³ pozri § 6 ods. 3 zákona č. 138/1991 Zb. o majetku obcí

²⁴ HAVLAN, P.: Majetek státu v platné právní úpravě, Praha, Linde, 2003, s. 145

²⁵ tamtiež, s. 146

nedošlo k zníženou hodnoty spravovaného majetku v dôsledku pôsobenia fyzikálnych, chemických a ďalších vplyvov, aby nedošlo k fyzickému znehodnoteniu majetku. Je povinný dbať na zachovanie práv k spravovanému majetku uskutočnením potrebných úkonov, napr. zaplatením daní, predĺžením prihlášky na registráciu priemyselného práva, ochrannej známky a pod., za platenie poplatkov spojených s udržiavaním majetku a pod. Správa majetku je uskutočňovaná podľa pokynov, príkazov vlastníka spravovaného majetku a má byť realizovaná v záujme či na prospech vlastníka spravovaného majetku.

Od inštitútu správy cudzieho majetku, treba odlišovať inštitút hospodárenia s majetkom niekoho iného. Nejde pritom o nájom alebo o árendu, ale o inštitút hospodárenia s majetkom iného. Rozdiel medzi správou cudzieho majetku a hospodárením s cudzím majetkom možno zjednodušene vymedziť tak, že kým pri správe majetku ide o zachovanie hodnoty majetku uskutočňovaním úkonov potrebných na zachovanie hodnoty majetku, pri hospodárení s majetkom ide o zhodnocovanie majetku, o zvýšenie jeho hodnoty.

Hospodárenie s majetkom je ponímané ako súhrn činností zameraných predovšetkým na zveladenie, zhodnotenie, ďalšie rozšírenie obhospodarovaného majetku, ktorého súčasťou sú ale aj úkony ktoré sú súčasťou spravovania majetku. Hospodárenie s majetkom iného však nie je v právnej úprave ponímané ako odlišný inštitút od správy majetku a je ponímaný ako synonymický inštitút so správou majetku²⁶.

Medzi správou a hospodárením sú viaceré rozdiely ale aj viaceré spoločné atribúty. Tak správa ako aj hospodárenie je realizované v mene a na účet vlastníka spravovaného majetku, tak pri správe ako aj pri hospodárení patrí správcovi odmena, kým ekonomický efekt pripadá vždy vlastníkovi spravovaného majetku. Rozdiel medzi inštitútom správy majetku inej osoby a inštitútom hospodárenia s majetkom inej osoby je však zásadný v ich účele. Správa je realizovaná za účelom zachovania hodnoty majetku a práv k tomuto majetku, ktoré má vlastníka majetku, kým hospodárenie s majetkom je realizované za účelom ďalšieho zhodnotenia majetku a využitia tohto majetku v podnikateľskej činnosti za účelom dosiahnutia zisku.

Všeobecná právna úprava správy majetku je v slovenskom právnom poriadku obsiahnutá v úprave mandátnej zmluvy v Obchodnom zákonníku (v Tretej časti, Hlava II, diel X. ust. §§ 566 až 576). Touto zmluvou sa zakladá relatívny obchodný záväzkový vzťah v zmysle § 261, ods. 1 a 2 Obchodného zákonníka. V Občianskom zákonníku je tento typ zmluvy upravený v Ôsmej časti, Ôsmej hlave v Prvom oddiele v ust. §§ 724 až 732 pod názvom „Príkazná zmluva“. V legislatívnom návrhu kodifikácie súkromného práva sa navrhuje, aby tieto zmluvy boli upravené v skupine „obstarávateľské zmluvy“, pričom ťažiskovou v tomto subsystéme je podľa M. Jurčovej príkazná zmluva, pričom ďalšími

²⁶ pozri napr. zákon 446/2001 Z. z. o majetku vyšších územných celkov

zmluvami v tejto skupine sú sprostredkovateľská zmluva, zmluva o obchodnom zastúpení a zmluva o kontrolnej činnosti²⁷.

Mandátna zmluva podľa Obchodného zákonníka, ale platí to aj o príkaznej zmluve podľa Občianskeho zákonníka, ako to správne poznamenáva Karel Marek, je „zmluvou o vynaložení úsilia“, nie „zmluvou o výsledku“²⁸.

Pri riešení terminologického problému, či má byť táto zmluva označená ako mandátna alebo príkazná zmluva, sa Monika Jurčová prikláňa k termínu príkazná zmluva, pretože podľa jej názoru v „základnom národnom kódexe“ je vhodné uprednostniť slovenské pojmy²⁹. Z toho je zrejmé, že pojmy mandátna zmluva a príkazná zmluva možno považovať za obsahovo identické (synonymické).

Janka Vykráčová poukazuje na skutočnosť, že „v slovenskom súkromnom práve v súčasnosti absentuje všeobecný zmluvný typ zverenia správy majetku pre tretieho za odplatu“ a ďalej uvádza, že „je viac ako nevyhnutné, aby de lege ferenda slovenský zákonodarca akceptoval v praxi sa čoraz častejšie objavujúci model správania hlavne podnikateľských subjektov, ale aj ostatných osôb, podstatou ktorého je zverenie majetku do správy.“³⁰

Janka Vykráčová zdôrazňuje, že v jej ponímaní nejde len o opatrovníctvo, ktorého vecná spôsobnosť je úzko vymedzená.³¹

Z doterajších úvah o správe cudzieho majetku, resp. o hospodárení s majetkom iného (inej osoby) vyvstáva otázka, či je opodstatnená osobitná právna regulácia správy cudzieho majetku - ako to možno vyvodiť z názoru Janky Vykráčovej o absencii všeobecného zmluvného typu zverenia správy majetku pre tretieho za odplatu v slovenskom súkromnom práve³² - a či je namieste, aj z hľadiska právnej regulácie rozlišovať medzi správou cudzieho majetku a hospodárením s majetkom iného (s cudzím majetkom).

Z hľadiska pripravovanej všeobecnej súkromnoprávnej kodifikácie je namieste posúdiť, či je potrebné upraviť ako všeobecný typ zmluvu o správe cudzie-

²⁷ JURČOVÁ, M.: K návrhu jednotnej úpravy obstarávateľských zmlúv. In.: Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva (editor Ján Lazar) Ministerstvo spravodlivosti SR, Bratislava 2008, s. 228 a nasl.

²⁸ MAREK, K.: Smluvní obchodní právo - Kontrakty, Masarykova univerzita Brno, 2008, s. 285

²⁹ JURČOVÁ, M.: K návrhu jednotnej úpravy obstarávateľských zmlúv. In.: Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva (editor Ján Lazar) Ministerstvo spravodlivosti SR, Bratislava 2008, s. 235

³⁰ VYKROČOVÁ, J.: Typy zmlúv o investičných službách. In.: Súčasnosc' a perspektívy právnej regulácie obchodných zmlúv II. (Zborník z vedeckej konferencie konanej v dňoch 19. - 21. 10. 2009 v St. Lesnej - editor: Ján Husár), Univerzita P. J. Šafárika Košice, 2009, s. 210

³¹ tamtiež s. 210

³² tamtiež s. 210

ho majetku (inštitút správy cudzieho majetku, zahrňujúci aj hospodárenie s majetkom inej osoby), popri úprave príkaznej zmluvy prípadne inak označenej zmluvy, ktorej predmetom je obstaranie záležitostí iného.

Všeobecná úprava zmluvy o správe majetku absentuje najmä v úprave spravovania majetku vo vlastníctve štátu, vyššieho územného celku či miest a obcí. Aj v oblasti spravovania súkromného majetku si však súčasná prax vyžaduje primeranú právnu úpravu, a to najmä v dôsledku výrazného zväčšenia majetku početnej časti obyvateľstva, ktorého spravovanie si vyžaduje profesionálny prístup. Rovnako ako Janka Vykročová som presvedčený, že zmluva o správe cudzieho majetku by mala byť upravená ako osobitný typ zmluvy vo všeobecnej úprave záväzkových vzťahov.

Úprava správy cudzieho majetku v niektorých civilných kódexoch prijatých v ostatnom období napr. v Občianskom zákonníku štátu Quebec (CCQ - čl. 1206 - 1370), resp. v súčasnosti pripravovaných kodifikáciách súkromného práva v okolitých krajinách, napr. v Českej republike (návrh Občianskeho zákonníka, §§ 1260 - 1334), je zaradená medzi inštitúty vecného práva popri úprave držby, vlastníctva, spoluvlastníctva³³. V dôvodovej správe k návrhu českého Občianskeho zákonníka sa uvádza, že všeobecná úprava správy cudzieho majetku je hospodársky, sociálne i právne veľmi potrebná a že jej nedostatok je citeľný³⁴. Návrh ustanovení českého Občianskeho zákonníka o správe cudzieho majetku, predstavuje podstatné obsahové prevzatie analogických pasáží z Občianskeho zákonníka štátu Quebec³⁵. Úprava obsiahnutá v návrhu je inšpirovaná okrem iného aj inštitútom trustu, ktorý je známy predovšetkým v anglosaskom práve. S právnymi konštrukciami na báze trustu, prípadne fiduciárnych vzťahov sa dnes možno stretnúť. Ako uvádza Vladimír Pihera, tak vo svete medzinárodných transakcií, ako aj napr. v oblasti kolektívneho vyjednávania a držania cenných papierov³⁶. Vymedzenie trustu je obsiahnuté v Haagskom dohovore o práve rozhodnom pre trust z roku 1985. Podľa tohto dohovoru je trustom právny vzťah vytvorený inter vivos alebo pre prípad smrti určitou osobou, zakladateľom (settlor), tak, že kontrola nad určitým majetkom bola zverená správcovi (trustee) v prospech beneficianta (beneficiary) alebo na iný definovaný účel, pričom

a) tento majetok predstavuje samostatnú množinu majetku, ktorá nie je súčasťou majetku správcu,

³³ Osnova Občianskeho zákonníka a zákona o obchodných korporáciách, (hlavní spracovateľ: prof. dr. JUDr. Karel EILÁŠ, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň, 2009, s. 368.

³⁴ tamtiež, s. 368

³⁵ Osnova Občianskeho zákonníka a zákona o obchodných korporáciách, (hlavní spracovateľ: prof. dr. JUDr. Karel EILÁŠ, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň, 2009, s. 368.

³⁶ pozri PIHERA, V.: Trust. Vybrané aspekty, Obchodněprávní revue č. 7/2009, s. 196

b) vlastnícke práva vykonáva správca alebo iná osoba zastupujúca správcu a

c) správca je povinný nakladať s majetkom v súlade s pravidlami trustu a s ďalšími požiadavkami, ktoré mu ukladá právo³⁷.

Návrh českého Občianskeho zákonníka používa na vymedzenie subjektov správy cudzieho majetku pojmy správca, na označenie osoby, ktorej je zverená správa majetku, ktorý tejto osobe nepatrí a beneficiant na označenie osoby v prospech ktorej sa správa vykonáva. Tvorcovia návrhu českého Občianskeho zákonníka zvažovali namiesto pojmu „beneficiant“ použiť pojem „obročník“, ktorý sa nestal súčasťou návrhu normatívneho textu „pretože pôsobí umelo alebo zastaralo“³⁸.

Ak by mal byť inštitút správy cudzieho majetku zahrnutý aj do pripravovaného slovenského Občianskeho zákonníka, ktorý má ambíciu používať dôsledne slovenskú terminológiu, vyvstáva otázka, aký by mal byť vhodný slovenský výraz namiesto pojmu beneficiant. Ponúka sa napr. výraz „oprávnený“, čo by zodpovedalo aj súčasnej právnej úprave obsiahnutej v Obchodnom zákonníku, ktorá v ustanovení § 682, ktoré je základným ustanovením v úprave zmluvy o otvorení akreditívu, používa tento výraz. Pričom pre tento výraz sa v odbornej literatúre používa ako synonymum beneficiant³⁹. Podľa anglosaskej konštrukcie trustu, ktorú inšpiratívne preberá občiansky zákonník štátu Quebec z roku 1984, správcovi nie sú oprávnení dávať pokyny, ako má postupovať pri správe majetku ani beneficiant (t. j. oprávnený) ani settlor (t. j. ten, kto trust zriadil), ak takéto právo nie je vyslovene upravené v zmluve, ktorou sa zakladá trust. Týmto sa, ako uvádza Vladimír Pihera, zásadne odlišuje od kontinentálneho poňatia (či už priameho alebo nepriameho) zastúpenia, podľa ktorého je každý zástupca povinný rešpektovať pokyny zastúpeného⁴⁰.

Úprava správy cudzieho majetku v návrhu českého Občianskeho zákonníka, zahrnutá do úpravy vecných práv, rozlišuje medzi jednoduchou⁴¹ správou cudzieho majetku a úplnou⁴² správou cudzieho majetku. Účelom jednoduchej správy cudzieho majetku je uskutočňovanie všetkého, čo je potrebné, nevy-

³⁷ vymedzenie trustu prevzaté z PIHERA, V.: Trust. Vybrané aspekty, Obchodněprávní revue č. 7/2009, s. 196

³⁸ ELIÁŠ, K., HAVEL, B.: Osnova občanského zákonníku. Osnova zákona o obchodních korporacích, Plzeň, Aleš Čeněk, 2009, dôvodová správa, s. 368

³⁹ napr. J. VYKROČOVÁ uvádza, že záväzkový vzťah medzi vystavujúcou inštitúciou a oprávneným (beneficiantom) vzniká písomným oznámením, že v jeho prospech otvára akreditív. Pozri VYKROČOVÁ, J.: in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. a kol.: Obchodné právo, IURA EDITION, Bratislava, 2009, s. 903

⁴⁰ pozri PIHERA, V.: Trust. Vybrané aspekty, Obchodněprávní revue č. 7/2009, s. 198

⁴¹ v českom origináli „prostou“

⁴² v českom origináli „plnou“

hnutné na zachovanie majetku⁴³. Pri úplnej správe cudzieho majetku je povinnosťou správcu dbať o jeho rozmnožovanie a uplatnenie v záujme beneficenta, pričom správca môže so spravovaným majetkom robiť všetko čo je nutné a užitočné⁴⁴. Takéto rozlíšenie v zásade zodpovedá rozlíšeniu medzi správou majetku a hospodárením s cudzím majetkom⁴⁵. Z hľadiska nárokov na úroveň činnosti správcu, však návrh českého Občianskeho zákonníka nerobí rozdiel medzi úrovňou činnosti správcu pri jednoduchej správe cudzieho majetku a činnosťou správcu pri úplnej správe cudzieho majetku, pričom správca má vykonávať svoju pôsobnosť, plniť povinnosti so starostlivosťou riadneho hospodára. Takáto nižšia úroveň činnosti správcu zodpovedá všeobecnému charakteru Občianskeho zákonníka, avšak pre vykonávanie správy majetku, ktorý je vo vlastníctve verejnoprávných subjektov (štátu, vyšších územných celkov, obcí) by mala byť v osobitných zákonoch vyžadovaná vyššia úroveň starostlivosti správcu pri výkone jeho pôsobností a správca by mal vykonávať správu takéhoto majetku minimálne s odbornou starostlivosťou. Aj správa cudzieho majetku, ako súčasť inštitútov vecného práva však predstavuje osobitný druh zastúpenia a je založená na dôvere medzi správcom a beneficentom (oprávneným). Oprávnený si vyberá správcu, pretože mu dôveruje, dôveruje v jeho schopnosti spravovať majetok, či už v smere jeho zachovania alebo zhodnotenia, a preto sa predpokladá, že správca bude vykonávať správu osobne. Takto konštruovaný inštitút správy cudzieho majetku predpokladá, že správca bude spravovať majetok počas dlhšej doby a že pri výkone správy majetku bude potrebné uskutočňovať úkony, ktoré správca nemusí byť spôsobilý odborne zvládnuť. Preto by malo byť umožnené (a tak to predpokladá aj návrh českého Občianskeho zákonníka), že správca môže aj bez súhlasu oprávneného nechať sa zastúpiť pri jednotlivých úkonoch alebo dokonca preniesť svoju pôsobnosť v niektorých činnostiach na inú osobu, pričom zodpovedá len za starostlivý výber takejto osoby a za obsah pokynov, ktoré jej uloží. Príkladom môže byť napr. poverenie vedením účtovníctva o správe majetku kvalifikovanou osobou - účtovníkom. Ak by sa však správca nechal neoprávnene zastúpiť inou osobou, alebo ak by poveril inú osobu neoprávnene výkonom svojej pôsobnosti, zodpovedal by beneficentovi solidárne s touto osobou za všetko, čo táto osoba urobila. Správca vykonáva správu za odmenu dohodnutú s oprávneným, resp. ak výška odmeny nebola dohodnutá, má správca nárok na obvyklú odmenu. Ak by sa však správca ujal správy cudzieho majetku bezdôvodne, potom právo na odmenu (odplatu) za správu by nemal.

⁴³ pozri § 1265 a nasl. návrhu českého Občianskeho zákonníka, in.: ELIÁŠ, K., HAVEL, B.: Osnova Občianskeho zákonníku. Osnova zákona o obchodných korporáciách, Plzeň, Aleš Čeněk, 2009, s. 116

⁴⁴ pozri § 1269 a § 1270 návrhu českého Občianskeho zákonníka, in.: ELIÁŠ, K., HAVEL, B.: Osnova Občianskeho zákonníku. Osnova zákona o obchodných korporáciách, Plzeň, Aleš Čeněk, 2009, s. 117

⁴⁵ pozri vyššie

So správou majetku je často spojené aj investovanie do spravovaného majetku, resp. investovanie spravovaného majetku. Ak by nebolo dohodnuté, že správca je povinný postupovať pri investovaní spravovaného majetku, resp. do spravovaného majetku v súlade s pokynmi oprávneného, je správca povinný realizovať obozretné investície, ktorých všeobecné vymedzenie je ustanovené zákonom. Podľa návrhu § 1292 českého Občianskeho zákonníka je správca povinný rozhodovať o investíciách so zreteľom k výnosu a predpokladanému zisku; ak je to možné, je povinný rozvrhnúť investičné riziko tak, aby dosiahol taký pomer medzi pevným príjmom a pohyblivými výnosmi, ktorý rozumne zodpovedá hospodárskym podmienkam. V ustanovení § 1293 je potom sformulovaná právna domnienka, čo sa považuje za obozretnú investíciu. Podľa tohto vymedzenia, obozretnou investíciou je investícia:

- a) na nadobudnutie vlastníckeho práva k nehnuteľnej veci
- b) na nadobudnutie vlastníckeho práva k cennému papieru, zabezpečujúcemu bezpečný výnos
- c) spočívajúca v poskytnutí úveru zabezpečeného záložným právom k nehnuteľnej veci
 - 1. ak je dlžníkom alebo ručiteľom kraj⁴⁶ alebo štát, alebo
 - 2. ak dlh nepresahuje 75 % hodnoty zálohu po odpočítaní výšky všetkých pohľadávok zabezpečených vecnými právami k rovnakej nehnuteľnej veci v prednostnom alebo v rovnakom poradí.

Popri vymedzení právnej domnienky obozretnej investície, obsahuje návrh Občianskeho zákonníka aj negatívne vymedzenie, čo sa za obozretnú investíciu nepovažuje a teda aké investície sú správcovi zakázané. Správcovi sa zakazuje nadobudnúť pre beneficenta viac než 5 % akcií toho istého emitenta, resp. nadobudnúť pre beneficenta akciu, dlhopis alebo iný dlžnícky cenný papier osoby, ktorá porušila povinnosť platiť z cenného papiera výnos. Takejto osobe správca nesmie ani poskytnúť úver, a to ani zabezpečený, v súlade s vymedzením obozretnej investície⁴⁷.

Povinnosťou správcu je predložiť beneficentovi (oprávnenému) najmenej raz ročne vyúčtovanie spravovania majetku, ktoré musí byť dostatočne podrobné, aby bolo možné overenie jeho správnosti. Beneficent má tiež právo kedykoľvek preskúmať účtovné knihy a doklady týkajúce sa správy a má tiež právo na

⁴⁶ inštitútu „kraj“ zodpovedá v Slovenskej republike inštitút „vyšší územný celok“

⁴⁷ § 1293, ods. 2 návrhu českého Občianskeho zákonníka, in.: ELIÁŠ, K., HAVEL, B.: Osnova Občianskeho zákonníku. Osnova zákona o obchodných korporáciách, Plzeň, Aleš Čeněk, 2009, s. 118

informácie o tom, ako je správa jeho majetku vykonávaná. Činnosť správcu môže skončiť buď odstúpením správcu, odvolaním správcu beneficiantom, obmedzením svojprávnosti⁴⁸ správcu alebo beneficianta alebo osvedčením úpadku⁴⁹ správcu⁵⁰. Správa cudzieho majetku zanikne tiež uplynutím doby, na ktorú bola zriadená, dosiahnutím účelu alebo zánikom práva beneficianta k spravovanému majetku⁵¹.

Úprava správy cudzieho majetku je podľa návrhu subsidiárne použiteľná pre všetky prípady, keď niekto spravuje cudzí majetok pre niekoho iného. Navrhovaná úprava má povahu všeobecnej úpravy, pretože správa cudzieho majetku môžu byť predmetom úpravy osobitných zákonov. Dispozitívny charakter navrhovanej úpravy umožňuje dohodnúť osobitosti spravovania konkrétneho majetku v zmluve.

V.

Rozširovanie využívania zmlúv, ako nástroja úpravy vzťahov vo verejnej sfére sa prejavuje už dlhšiu dobu a predstavuje prejav tendencie prenikania súkromnoprávných inštitútov do sféry verejného práva. Aj zmluvy vo verejnej sfére však zostávajú svojim charakterom zmluvami, teda úkonmi založenými na využití zmluvnej slobody pri dojednávaní zmlúv, formulovaní ich obsahu, konkrétnych práv a povinností zmluvných strán i zodpovednosti za porušenie zmluvných či zákonných povinností. Potreba právnej istoty aj účastníkov zmlúv uzavieraných vo verejnej sfére si vyžaduje, aby tieto zmluvy mali základ vo všeobecnej úprave záväzkových vzťahov v súkromnom práve. Súčasná prax využívania zmluvných inštitútov vo verejnej sfére poukazuje na absenciu všeobecnej úpravy takých zmlúv, akými sú subvenčná zmluva, rámcová zmluva a zmluva o správe majetku. Pripravovaná rekodifikácia súkromného práva by mala mať ambície sa s týmito „výzvami“ praxe vysporiadať.

⁴⁸ obmedzenie svojprávnosti zodpovedá súčasnému pojmu obmedzenie spôsobilosti na právne úkony

⁴⁹ osvedčenie úpadku zodpovedá v slovenskom práve vyhláseniu konkurzu

⁵⁰ pozri § 1298 návrhu českého Občianskeho zákonníka, in.: ELIÁŠ, K., HAVEL, B.: Osnova Občianskeho zákonníku. Osnova zákona o obchodných korporáciách, Plzeň, Aleš Čeněk, 2009, s. 118

⁵¹ pozri § 1299 návrhu českého Občianskeho zákonníka, in.: ELIÁŠ, K., HAVEL, B.: Osnova Občianskeho zákonníku. Osnova zákona o obchodných korporáciách, Plzeň, Aleš Čeněk, 2009, s. 118

Vymedzenie vybraných ekonomických a právnych inštitútov

doc. JUDr. Soňa Kubincová, PhD.

Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici

Jednoznačné vymedzenie pojmov v práve, právnom poriadku znamená lepšiu ochranu práv a právom chránených záujmov fyzických a právnických osôb. Na druhej strane nie je zrejme ani možné, aby príslušný právny predpis vymedzoval pre svoju aplikáciu všetky pojmy, s ktorými pracuje. Problém, či už výkladový, resp. aplikačný, môže nastať, ak určitý inštitút sa chápe rôzne. Keďže toto medzinárodné sympóziu je venované otázkam práva, obchodu a ekonomiky, dovoľm si poukázať na niektoré rozdiely pri vymedzení vybraných inštitútov v ekonomických teóriách, resp. v ekonomike a v právnom poriadku Slovenskej republiky, resp. v práve Európskej únie. Keďže ja osobne sa venujem finančnému a daňovému právu pokúsim sa poukázať na charakteristiku niektorých vybraných inštitútov finančného, daňového, resp. obchodného práva a to z rôznych pohľadov.

Vo vysokoškolskej učebnici Finančné právo a finančná správa profesor Babčák uvádza, že o finančno-právnych normách možno vo všeobecnosti povedať, že sú vyjadrením existencie ekonomických kategórií v jednotlivých formách finančného práva. Tým súčasne ovplyvňujú aj systém finančného práva a napomáhajú tvoriť osobitné finančno-právne názvoslovie, resp. finančno-právnu terminológiu. Ďalej uvádza, že ekonomické kategórie, resp. pojmy nachádzajú svoje vyjadrenie v právnych normách niektorým z týchto spôsobov:

- a) jednoduchým prevzatím,
- b) metódou legálneho definovania pojmu a
- c) metódou bližšieho (pomocného) vymedzenia právnych termínov.¹

Ale čo sa stane, ak pojmy nie sú vymedzené v právnych predpisoch, resp. ak sa vo všeobecnosti nimi rozumie niečo iné. Uvediem niektoré príklady a pokúsim sa o ich vymedzenie z pohľadu uznávaných ekonómov, teoretikov právnej vedy, resp. poukázať na ich odlišné vymedzenie v rámci rôznych právnych odvetví.

¹ Babčák, V. a kol.: Finančné právo a finančná správa, Ing. Mračko, Epos, Bratislava, 2008, str. 67, ISBN 978-80-8057-778-0

I. Aktíva a pasíva

V učebnici Účtovníctvo Ekonomickej univerzity v Bratislave sa uvádza, že bilančný (súvahový) princíp je základom konštrukcie jedného zo základných účtovných výkazov – súvahy, resp. bilancie, v ktorej platí bilančná rovnica:

$$\text{aktíva} = \text{pasíva}^2.$$

Výkladový slovník ekonomických pojmov hovorí, že:

- aktíva sa prehľadne v podniku zapisujú na ľavej strane súvahy a možno ich rozdeliť na

1. základné prostriedky a nehmotné aktíva,
2. investície,
3. iný hmotný majetok,
4. obežné prostriedky.

Aktíva predstavujú vlastne celý majetok organizácie³;

- pasívami rozumieme taký pohľad na hospodárske prostriedky, ktorý nám poukazuje na to, z akých zdrojov sme ich získali. Prehľadne sa v podniku zapisujú na pravej strane súvahy⁴.

Pre označenie súvahy sa používa aj pojem bilancia. Termín bilancia pochádza z dvoch latinských slov: bis – dvakrát a lanx – miska váh. V doslovnom preklade označuje bilanx rovnosť charakterizovanú dvoma miskami váh, ktoré sú v rovnováhe. Výkladový slovník ekonomických pojmov uvádza, že z metodického hľadiska si možno súvahu predstaviť ako tabuľku, ktorá sa skladá z dvoch častí. Na ľavej strane tabuľky sa uvádzajú druhy hospodárskych prostriedkov v peňažnom vyjadrení a nazývajú sa aktíva. Na pravej strane sa uvádzajú zdroje týchto prostriedkov v peňažnom vyjadrení a nazývajú sa pasíva. Osobitosťou súvahy je, že súčty aktív a pasív sa rovnajú⁵.

Profesor Vlachynský⁶ v publikácii Finančný manažment charakterizuje bilanciu (súvahu) ako účtovný výkaz synteticky vyjadrujúci stav podnikového ma-

² Soukupová, B., Šlosárová, A., Baštinová, A.: Účtovníctvo, Edícia Ekonómia, Bratislava, 2001, ISBN80-8078-020-X, str. 56

³ Šlosár, R., Šlosárová, A., Majtán, S.: Svýkladový slovník ekonomických pojmov, Slovenské pedagogické nakladateľstvo, Bratislava, 1992, ISBN 80-08-01609-4, s. 14 a nasl.

⁴ Šlosár, R., Šlosárová, A., Majtán, S.: Výkladový slovník ekonomických pojmov, Slovenské pedagogické nakladateľstvo, Bratislava, 1992, ISBN 80-08-01609-4, s. 306 a nasl.

⁵ Šlosár, R., Šlosárová, A., Majtán, S.: Svýkladový slovník ekonomických pojmov, Slovenské pedagogické nakladateľstvo, Bratislava, 1992, ISBN 80-08-01609-4, s. 224 a nasl.

⁶ Vlachynský, K. a kol.: Finančný manažment, Elita, Bratislava, 1993, ISBN 80-85323-37-0, str. 34

jetku a finančných zdrojov jeho krytia v analyzovanom období. Pre finančnú analýzu je veľmi dôležité si uvedomiť, že bilancia obsahuje stavové veličiny. Uvádza, že aj nová bilancia je usporiadaná klasicky – horizontálne, konfontuje majetok (aktíva) so zdrojmi krytia – kapitálom (pasívami).

Jej štruktúru znázornil takto:

Aktíva Pasíva	Súvaha k ...
A. Pohľadávky za upísané vlastné imanie	A. Vlastné imanie
	A. I. Základné imanie
B. Investičný majetok /stále aktíva/ /emisné ážio/	A. II. Kapitálové fondy
B.I. Nehmotný investičný majetok	A III. Fondy tvorené zo zisku.
B.II. Hmotný investičný majetok rokov	A IV. Hospodársky výsledok min.
B. III. Finančné investície dok bežného účt.	A. V. Hospodársky výsledok obdobia
C. Obežný majetok /obežné aktíva/ C. I. Zásoby	B. Cudzie zdroje
zákonne - iné rezervy	B.I. Rezervy – rezervy
C. II. Dlhodobé pohľadávky	B. II. Dlhodobé záväzky
C. III. Krátkodobé pohľadávky	B. III. Krátkodobé záväzky
C. IV. Finančný majetok dlhodobé	B. IV. Bankové úvery – - krátkodobé
<u>D. Ostatné aktíva – prechodné účty aktív</u> <u>pasív</u>	<u>C. Ostatné pasív – prechodné účty</u>

Každý prvok aktív a pasív sa nazýva súvahová položka a môže ním byť jeden hospodársky prostriedok alebo určitá rovnorodá skupina hospodárskych prostriedkov. Potom rozlišujeme súvahové položky aktív a súvahové položky pasív.⁷

Zákon č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy v znení neskorších predpisov charakterizuje štátne finančné aktíva a štátne finančné pasíva.

Štátne finančné aktíva sú:

- a) peňažné prostriedky štátu vytvorené z výsledkov rozpočtového hospodárenia štátneho rozpočtu z minulých rokov,
- b) peňažné prostriedky štátu zo splácania istín poskytnutých návratných výpomocí a úverov a pôžičiek,
- c) majetkové účasti štátu,
- d) cenné papiere vo vlastníctve štátu,
- e) pohľadávky štátu z poskytnutých návratných finančných výpomocí a úverov a pôžičiek,
- f) ďalšie peňažné prostriedky na základe rozhodnutia vlády alebo národnej rady.

Súčasťou štátnych finančných aktív sú aj peňažné prostriedky v pokladnici a na bežných účtoch štátnych rozpočtových organizácií a štátnych príspevkových organizácií a odvod za porušenie finančnej disciplíny pri nakladaní so štátnymi finančnými aktívami.

Štátne finančné pasíva sú záväzky štátu vzniknuté z prijatých úverov vlády, z vydaných štátnych cenných papierov. Súčasťou štátnych finančných pasív sú aj záväzky štátnych príspevkových organizácií vzniknuté z úverových vzťahov.

Zo správ Ministerstva financií SR zverejnených na internete aj štátne aktíva a štátne pasíva sa rovnajú.

V ďalších právnych predpisoch pojmy aktíva a pasíva používa v piatej hlave v konaní o dedičstve v ods. 3 § 175k Občiansky súdny poriadok a hovorí, ak sú aktíva a pasíva medzi účastníkmi sporné, obmedzí sa súd len zistenie ich spornosti, pri výpočte čistého majetku na ne neprihliada. V § 175 sa hovorí, že

⁷ Šlosár, R., Šlosárová, A., Majtán, S.: Svýkladový slovník ekonomických pojmov, Slovenské pedagogické nakladateľstvo, Bratislava, 1992, ISBN 80-08-01609-4, s. 226

súd zistí poručiteľov majetok a jeho dlhy a vykoná súpis aktív a pasív. Ust. ods. 1 § 175y stanovuje, že nezaradenie majetku alebo dlhov do aktív a pasív dedičstva v dôsledku postupu podľa § 175k ods. 3 nebráni účastníkom konania, aby sa domáhali svojho práva žalobou mimo konania o dedičstve.

Ako z uvedeného vyplýva majetok a dlhy poručiteľa nemožno stotožňovať s aktívami a pasívami. Treba však povedať, že Občiansky zákonník a ani Občiansky súdny poriadok pojmy aktíva a pasíva nedefinujú. Ak O. s. p. stanovuje povinnosť vykonať súpis aktív a pasív, zrejme tým myslí povinnosť uviesť jednotlivé súvahové položky, a nie vyčíslit' medzi nimi rozdiel, aby sa mohlo dospieť k hodnote poručiteľovho majetku, resp. dedičstva.

II. Clo

V ekonomickej literatúre som sa stretla s tým, že clo je charakterizované ako poplatok vyberaný štátom pri prechode cez štátnu hranicu. Clo sa vymeriava obvykle pri dovoze tovaru ako dovozné clo, výnimočne pri vývoze ako vývozné clo⁸.

Slovník slovenského práva uvádza, že clo je ekonomicko-právny inštitút predstavujúci osobitý druh povinnej peňažnej platby vyberanej v osobitnom konaní od fyzických a právnických osôb na základe zákona pri prechode tovaru cez štátnu, resp. colnú hranicu štátom reprezentovanými špecializovanými štátnymi orgánmi, colnými orgánmi. Clo sa vymeriava podľa sadzieb určených colným sadzobníkom.⁹

Vo finančno-právnej teórii je potrebné rozlíšiť pojmy clo a poplatok, pretože v prvom rade sa odlišujú v tom, že poplatok v zásade slúži na čiastočné pokrytie nákladov spojených s vykonaním požadovaného úkonu poplatníkom a clo plní spravidla iné funkcie, napr. fiskálnu, ale zohráva veľkú úlohu aj v obchodnej politike štátov.

III. Daň

Pojem daň chápe ekonóm ako povinnú platbu stanovenú zákonom podľa vopred stanovenej daňovej sadzby nenávratným spôsobom ako formu príjmov

⁸ Chovanec, J. a kolektív: Vademékum k prijímacím skúškam na Právnickú fakultu Uvierzity Mateja Bela, Právnická fakulta UMB, Banská Bystrica, 2008, ISBN978-80-8083-698-6, str. 259

⁹ Svoboda, J. a kol.: Slovník slovenského práva. Prvé novodobé vydanie. Poradca podnikateľa, spol. s r. o. Žilina. 2000. str. 87, ISBN 80-88931-06-1

verejných rozpočtov¹⁰, alebo z iného zdroja: Dane sú povinné platby odvádzané štátu, prostredníctvom ktorých sa zabezpečuje finančná rovnováha štátu.¹¹

V daňovoprávnej teórii možno daň vymedziť ako peňažnú platbu (plnenie) nenávratného charakteru, ktorá je ukladaná zákonom alebo na základe zákona za účelom úhrady štátnych alebo iných verejných potrieb, a to spravidla vo vopred určenej výške a s vopred stanoveným termínom splatnosti. Daň je platba jednostranne ukladaná štátom alebo orgánom územnej samosprávy¹².

Inak, ale len pre účely tohto zákona, vymedzuje daň zákon č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov a o zmenách v sústave územných finančných orgánov v znení neskorších predpisov. Daňou sa podľa tohto zákona rozumie daň podľa hmotnoprávných daňových predpisov vrátane sankčných úrokov a úrokov, ako aj pokuty a poplatky ustanovené zákonom, ktoré spravuje správca dane¹³

Osobitne je potrebné poukázať na tabuľkovú časť zákona o štátnom rozpočte na rok 2011 (nie je rozhodujúce, o ktorý rozpočtový rok ide), pretože daňové príjmy sú členené v súlade s metodikou ESA 95 spravidla na

1. dane z príjmov, ziskov a kapitálového majetku (tam patrí daň z príjmov fyzických osôb, daň z príjmov právnických osôb a daň vyberaná zrážkou),
2. dane na tovary a služby (kde patria daň z pridanej hodnoty, spotrebné dane, dane z používania tovarov a z povolenia na výkon činnosti),
3. dane z medzinárodného obchodu a transakcií (v tom podiel na vybratých finančných prostriedkoch),
4. sankcie uložené v daňovom konaní a sankcie súvisiace s úhradami za služby verejnosti poskytované Slovenskou televíziou a Slovenským rozhlasom,
5. iné dane (dane z emisných kvót).¹⁴

Aj z uvedeného je zrejmé, že napríklad daňové príjmy uvedené v zákone štátnom rozpočte nekorešpondujú s príjmami z daní, ktoré tvoria sústavu daní v Slovenskej republike podľa hmotnoprávných daňových predpisov.

¹⁰ Chovanec, J. a kolektív: Vademékum k prijímacím skúškam na Právnickú fakultu Uvierzity Mateja Bela, Právnická fakulta UMB, Banská Bystrica, 2008, ISBN978-80-8083-698-6, str. 260

¹¹ Šlosár, R., Šlosárová, A., Majtán, S.: Výkladový slovník ekonomických pojmov, Slovenské pedagogické nakladateľstvo, Bratislava, 1992, ISBN 80-08-01609-4, s. 37

¹² Babčák, V.: Daňové právo Slovenskej republiky, Ing. Mračko, Epos, Bratislava, 2010, ISBN 978-80-8057-851-0, str. 18

¹³ pozri § 1a písm. a) zákona č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov o o zmenách v sústave územných finančných orgánov v znení neskorších predpisov

¹⁴ pozri Prílohu č. 1 k zákonu č. 498/2010 Z. z. o štátnom rozpočte na rok 2011

IV. Devízy, valuty

Profesor Vlachynský pojmom devíza označuje pohľadávku znejúcu na cudziu menu. Valuta podľa neho nie je pohľadávka, ale konkrétny peniaz, bankovka (libra, dolár, euro, koruna). Obchod s nimi je zmenárenstvo (výmena bankoviek jedného štátu za bankovky druhého štátu v príslušnom kurze)¹⁵.

Podľa Slovníka cudzích slov devíza znamená úverový a platobný doklument vyjadrený v cudzej mene, používaný v medzinárodnom účtovaní; tiež krátkodobú peňažnú pohľadávku znejúcu na cudziu menu a v cudzine splatnú. Valutu sa rozumejú bankovky, štátovky, mince zahraničných štátov.¹⁶

Zákon č. 202/1995 Z. z. Devízový zákon¹⁷ v znení neskorších predpisov charakterizuje len devízové hodnoty, ktorými sú peňažné prostriedky v cudzej mene bez ich prípadného členenia na hotovostné, resp. bezhotovostné.

V. Firma a podnik

Samuelson, emeritný profesor a Nordhaus, profesor ekonómie uvádzajú v publikácii Ekonómia, že firmy alebo podnikateľské jednotky existujú z viacerých dôvodov, ale najdôležitejšie z nich sú potreba využiť úspory z hromadnej výroby, získať fondy a organizovať výrobný proces s tým, že výroba je organizovaná vo firmách preto, lebo efektívnosť väčšinou vyžaduje výrobu vo veľkom rozsahu, značné finančné zdroje, starostlivé riadenie a sledovanie vykonávaných činností.¹⁸

V učebnici Ekonómia¹⁹ profesor Lisý hovorí, že na trh vstupujú tri hlavné skupiny ekonomických subjektov: firmy (výrobcovia), domácnosti (spotrebiteľia) a štát. Každý z nich má špecifické záujmy a ciele, čo determinuje aj ich správanie. Firmy – sú subjekty trhu, ktoré vyrábajú tovary s cieľom ich predaja.

Výkladový slovník ekonomických pojmov hovorí, že s pojmom firma sa stretávame v dvoch podobách. Buď sa pod týmto pojmom rozumie organizačná forma podnikateľského subjektu, pričom nejde o špecifickú organizačnoprávnu formu podnikateľského subjektu, ale tento pojem sa prakticky používa

¹⁵ Vlachynský, K. a kolektív: Podnikové financie, Súvaha, spol. s r. o., Bratislava, 2002, ISBN 80-88727-48-0, str. 74

¹⁶ Petráčková, V., Kraus, J. a kolektív autorov: Slovník cudzích slov, Slovenské pedagogické nakladateľstvo, Bratislava, 1997, ISBN 80-08-02673-1, str. 193 a 953

¹⁷ pozri § 2 zákona č. 202/1995 Zb. DEVÍZOVÝ ZÁKON a zákon, ktorým sa mení a dopĺňa zákon Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov

¹⁸ Samuelson, P. A., Nordhaus, W. D.: Ekonómia, 16. vydanie, Elita, Bratislava, 2000, ISBN 80-8044-059-X, str. 111-112

¹⁹ Lisý, J. a kol.: Ekonómia, Všeobecná ekonomická teória, 4. prepracované vydanie, Fakulta hospodárskej informatiky Ekonomickej univerzity, Bratislava, 2002, ISBN 80-89047-35-1, str. 57

na označenie ľubovoľného podnikateľského subjektu (podniku jednotlivca, rôznych spoločností a iných organizačných zložiek), alebo sa tento pojem stotožňuje s názvom podnikateľského subjektu a chápe sa vo význame značky (pozri podnikový image). V súvislosti s druhým významom pojmu firma sa jeho chápanie niekedy príliš zužuje a rozumie sa pod firmou iba vývesný štít (tabuľa) s menom podniku (umiestňovaná väčšinou pri vchode do podniku).²⁰

Slovník cudzích slov uvádza pod firmou 1. (obyčajne veľký) podnik, 2. názov podniku.²¹

Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov charakterizuje účastníkov občianskoprávných vzťahov, ktorými sú fyzické osoby a právnické osoby. Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov charakterizuje podnikateľa. Slovenský Obchodný zákonník pojem firma nepozná.

Český Obchodní zákoník vymedzuje obchodní firmu ako názov, pod ktorým je podnikateľ zapísaný do obchodného registra. Podnikateľ je povinný robiť právne úkony pod svojou firmou. Na podnikateľa nezapísaného v obchodnom registri sa nevzťahujú ustanovenia o firme; právne úkony je povinný robiť, ak je fyzickou osobou, pod svojím menom a priezviskom, a ak je právnickou osobou, pod svojím názvom.

Profesor Vlachynský v publikácii Podnikové financie hovorí, že podniky jednotlivca, osobné spoločnosti a družstvá sú početne veľkou skupinou podnikov charakterizovaných relatívne nízkou sumou vlastného kapitálu pripadajúcou v priemere na podnik. Podniky tejto skupiny nezískavajú kapitál emisiou cených papierov.²²

Výkladový slovník ekonomických pojmov hovorí, že podnik znamená označenie určitého typu organizačnej jednotky, ktorej základnou funkciou je podnikanie; preto ho tiež nazývame podnikateľským subjektom.²³

Obchodný zákonník pre účely tohto zákona podnikom rozumie súbor hmotných, ako aj osobných a nehmotných zložíek podnikania. K podniku patria veci, práva a iné majetkové hodnoty, ktoré patria podnikateľovi a slúžia na prevádzkovanie podniku alebo vzhľadom na svoju povahu majú tomuto účelu slúžiť.²⁴

²⁰ Šlosár, R., Šlosárová, A., Majtán, S.: Výkladový slovník ekonomických pojmov, Slovenské pedagogické nakladateľstvo, Bratislava, 1992, ISBN 80-08-01609-4, s. 70

²¹ Petráčková, V., Kraus, J. a kolektív autorov: Slovník cudzích slov, Slovenské pedagogické nakladateľstvo, Bratislava, 1997, ISBN 80-08-02673-1, str. 283

²² Vlachynský, K. a kolektív: Podnikové financie, Súvaha, spol. s r. o., Bratislava, 2002, ISBN 80-88727-48-0, str. 89

²³ ²³ Šlosár, R., Šlosárová, A., Majtán, S.: Výkladový slovník ekonomických pojmov, Slovenské pedagogické nakladateľstvo, Bratislava, 1992, ISBN 80-08-01609-4, s. 180

²⁴ § 5 Obchodného zákonníka

Domnievam sa, že ekonómovi možno tolerovať, ak podnik a firmu považuje za subjekt práv a povinností, avšak v obchodno-právnych a v súvisiacich právnych vzťahoch táto tolerancia je neprípustná. Veľmi ťažko vysvetlíme ekonómovi, že firma a ani podnik nie sú subjektom práv a povinností.

VI. Peňažný ústav, banka, úverová inštitúcia

Občiansky zákonník v ustanovení § 778 uvádza, že zmluva o vklade vzniká medzi fyzickou alebo právnickou osobou (ďalej len „vkladateľ“) a peňažným ústavom zložením vkladu v peňažnom ústave a jeho prijatím peňažným ústavom.

Zákon č. 483/2001 Z. z. o bankách v znení neskorších predpisov upravuje niektoré vzťahy súvisiace so vznikom, s organizáciou, riadením, podnikaním a so zánikom bánk so sídlom na území Slovenskej republiky a niektoré vzťahy súvisiace s pôsobením zahraničných bánk na území Slovenskej republiky na účel regulácie a kontroly bánk, pobočiek zahraničných bánk a iných subjektov s cieľom bezpečného fungovania bankového systému. Banka podľa tohto zákona je právnická osoba so sídlom na území Slovenskej republiky založená ako akciová spoločnosť, ktorá

a) prijíma vklady a

b) poskytuje úvery

a ktorá má na výkon činností podľa písmen a) a b) udelené bankové povolenie. Iná právna forma banky sa zakazuje.

Pre oblasť bankovníctva členskej krajiny Európskej únie z dôvodu zabezpečenia voľného pohybu osôb, tovaru, služieb a kapitálu pred vstupom do Európskej únie museli implementovať do vlastných právnych poriadkov aj smernice týkajúce sa výkonu činností bánk, pričom v smerniciach sú charakterizované úverové inštitúcie.

Možno však povedať, že toto rôzne zaužívané pojmoslovie zatiaľ nespôsobuje v praxi výkladové rozdiely.

VII. Verejná správa a subjekty verejnej správy

Pod verejnou správou rozumieme systém uplatňovania verejnej moci, ktorý je zložený z troch zložiek: štátnej správy, samosprávy (ktorá môže byť územná a záujmová) a verejných korporácií. Pritom treba poukázať na skutočnosť, že verejná správa zvyčajne je hlavné spôsoby činnosti v rámci výkonnej moci. Ide o tri oblasti jej pôsobenia: 1. oblasť vecí zverených orgánom štátnej správy, 2.

oblasť vecí vyčlenených orgánom samosprávy, 3. oblasť večí spravovaných verejnoprávnymi korporáciami.²⁵

Verejná správa je správa vecí verejných vykonávaná vo verejnom záujme. Obsah verejnej správy má svoje právne pravidlá vykonávania. Vykonávajú ju subjekty verejnej správy, ktorými sú orgány štátnej správy, orgány samosprávy a záujmová samospráva.²⁶

Inak charakterizuje subjekty verejnej správy pre svoje účely zákon č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy v znení neskorších predpisov. Podľa tohto zákona medzi subjekty verejnej správy, na ktoré sa vzťahuje zákon o rozpočtových pravidlách verejnej správy patria právnické osoby zapísané v registri organizácií vedenom Štatistickým úradom Slovenskej republiky podľa § 19 až 21 zákona č. 540/2001 Z. z. o štátnej štatistike²⁷ a zaradené vo verejnej správe v súlade s jednotnou metodikou platnou pre Európsku úniu, a to:

- a) v ústrednej správe,
- b) v územnej samospráve,
- c) vo fondoch sociálneho poistenia a fondoch zdravotného poistenia.

Zákon č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy v znení neskorších zmien a doplnení ďalej výslovne (a nie príkladmo) vymenúva subjekty, ktoré tieto zložky tvoria tak, že

1. v ústrednej správe sa vykazujú štátne rozpočtové organizácie a štátne príspevkové organizácie, štátne účelové fondy, Fond národného majetku Slovenskej republiky a Slovenský pozemkový fond. Ďalej sa v ústrednej správe vykazujú aj verejné vysoké školy a ďalšie subjekty, ktoré sú zapísané a zaradené v registri Štatistického úradu SR²⁸ a súčasne spĺňajú podmienku, že ide o subjekty zaradené vo verejnej správe v súlade s metodikou platnou pre EÚ.

²⁵ Chovanec J. – Palúš I.: Lexikón ústavného práva, Procom s. r. o., Bratislava, 2004, str. 171, ISBN 978-80-8083-698-6

²⁶ Svoboda J. a kol.: Slovník slovenského práva, Poradca podnikateľa spol. s r. o. Žilina, 2000, str. 697, ISBN80-88931-06-1

²⁷ Podľa § 20 zákona Štatistický úrad SR zapisuje do registra organizácií právnickú osobu alebo fyzickú osobu, ktorá je podnikateľom alebo vykonáva inú zárobkovú činnosť podľa osobitných predpisov na základe údajov, ktoré získal podľa tohto zákona a podľa osobitných predpisov. Register je v rozsahu ustanovenom týmto zákonom verejným zoznamom.

²⁸ Medzi subjekty verejnej správy, na ktoré sa vzťahuje zákon o rozpočtových pravidlách verejnej správy patria právnické osoby zapísané v registri organizácií vedenom Štatistickým úradom Slovenskej republiky podľa § 19 až 21 zákona č. 540/2001 Z. z. o štátnej štatistike²⁸ a zaradené vo verejnej správe v súlade s jednotnou metodikou platnou pre Európsku úniu, a to:

a) v ústrednej správe, b) v územnej samospráve, c) vo fondoch sociálneho poistenia a fondoch zdravotného poistenia. Ako vyplýva z § 20 zákona úrad vedie najmä tieto

2. v územnej samospráve sa vykazujú obce a vyššie územné celky a nimi zriadené rozpočtové organizácie a príspevkové organizácie.

3. vo fondoch sociálneho poistenia a fondoch zdravotného poistenia sa vykazuje Sociálna poisťovňa a zdravotné poisťovne.

Z uvedeného vyplýva, že subjektom verejnej správy pre účely zákona č. 523/2004 o rozpočtových pravidlách verejnej správy v znení neskorších predpisov môže byť aj subjekt, ktorý podľa správneho práva nie je súčasťou verejnej správy.

IX. Zisk

Profesor Vlachynský v učebnici Podnikové financie uvádza, že hospodársky výsledok podniku je rozdielom medzi všetkými výnosmi a všetkými nákladmi (pochádzajúcimi z prevádzkovej činnosti, finančnej činnosti alebo z mimoriadnych operácií). Keď sú výnosy vyššie ako náklady, je formou hospodárskeho výsledku zisk, ak je to obrátene, je výsledkom strata.²⁹

V ustanovení § 36 Obchodného zákonníka sa uvádza, že podnikatelia zapísaní v obchodnom registri účtujú v sústave podvojného účtovníctva o stave a pohybe obchodného majetku a záväzkov, čistého obchodného imania, o nákladoch, výnosoch a zisku alebo strate podniku.

Zákon č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov v §3 ods. 2 uvádza, že predmetom dane nie je podiel na zisku (dividenda) vyplácaný zo zisku obchodnej spoločnosti alebo družstva...

Zákon č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov jeho ods. 3 § 17 uvádza, že účtovná závierka v sústave podvojného účtovníctva okrem všeobecných náležitostí podľa odseku 2 obsahuje tieto súčasti:

a) súvahu,

b) výkaz ziskov a strát,

registre:a) register organizácií,

b) poľnohospodársky register, c) register ubytovacích zariadení, d) register sčítacích obvodov, e) register priestorových jednotiek, f) register subjektov zahraničného obchodu.

Register organizácií sa vytvára v súlade s Nariadením Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 177/2008 z 20. februára 2008, ktorým sa zriaďuje spoločný rámec pre registre ekonomických subjektov na štatistické účely a zrušuje nariadenie Rady (EHS) č. 2186/93 (Ú. v. EÚ L 61, 5. 3. 2008), Nariadenie Rady (EHS) č. 696/93 z 15. marca 1993 o štatistických jednotkách na účely pozorovania a analýzy výrobného systému v Spoločenstve (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 13/zv. 12; Ú. v. ES L 76, 30. 3. 1993) v platnom znení a Obchodným zákonníkom v znení neskorších predpisov.

²⁹ Vlachynský, K. a kolektív: Podnikové financie, Súvaha, spol. s r. o., Bratislava, 2002, ISBN 80-88727-48-0, str. 24

c) poznámky;

a ďalej v ods. 4 § 18 uvádza, že vo výkaze ziskov a strát riadnej účtovnej závierky a mimoriadnej účtovnej závierky sa vykazujú náklady, výnosy a výsledok hospodárenia za účtovné obdobie a bezprostredne predchádzajúce účtovné obdobie. Vo výkaze ziskov a strát priebežnej účtovnej závierky sa vykazujú informácie podľa prvej vety ku dňu, ku ktorému sa zostavuje priebežná účtovná závierka za vykazovanú časť účtovného obdobia, a kumulatívne od začiatku účtovného obdobia do dňa, ku ktorému sa zostavuje priebežná účtovná závierka, a k tomu porovnateľné informácie podľa prvej vety ku dňu, ku ktorému sa zostavuje priebežná účtovná závierka za vykazovanú časť účtovného obdobia, a kumulatívne od začiatku účtovného obdobia do dňa, ku ktorému sa zostavuje priebežná účtovná závierka za bezprostredne predchádzajúce účtovné obdobia.

Možno povedať, že pojem zisk sa jednoducho prevzal od ekonómov z podnikových financií do právnych predpisov bez jeho ďalšieho vymedzenia a nespôsobuje žiadne výkladové problémy.

Záverom chcem povedať, že nebolo cieľom tohto príspevku snažiť sa presvedčiť ekonómov, že majú používať pojmy, ktoré sú bližšie právnikom a naopak právnikov, aby používali ekonomické pojmy. Príspevkom som len chcela poukázať na niektoré odlišné chápania inak, ako sa nám zdá, vo všeobecnosti jasných vybraných ekonomických, resp. právnych inštitútov.

Domnievam sa, že v súčasnom období tvorby práva (ktoré ako zrejme všetci vidíme značne chaotické) by sa žiadalo jasne vymedziť pojmy, resp. inštitúty používané v konkrétnom právnom predpise, ak existuje čo len malá pochybnosť v jeho chápaní. To platí aj pri tvorbe predpisov finančného a daňového práva. Preto bolo mňa dosť nelogické, že zákon č. 563/2009 Z. z. o správe daní (daňový poriadok), ktorý má nahradiť s účinnosťou od 1. 1. 2011 v súčasnosti platný zákon č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov o o zmenách v sústave územných finančných orgánov v znení neskorších predpisov práve naopak rozsah vymedzeného pojmoslovia zúžil, resp. na niektorých miestach celkom vypustil.

Публичное и частное право в системе регулирования экономики России

Vladimír Fjodorovič Popondopulo
заведующий кафедрой коммерческого права
Санкт-Петербургского государственного университета,
доктор юридических наук, профессор

Дуализм права России. На динамичность грани между сферами частного и публичного права, основанную на конкретном историческом моменте, указывали многие исследователи. Например, Г.Ф.Шершеневич писал, что «при наличности одних условий, когда индивид захватывается общественной группой, когда индивидуализму нет простора, все отношения носят публичный характер; при наличности иных условий, когда для индивида создается круг его интересов, отдельных от всего общества, когда индивид выбивается из-под групповых уз, все отношения принимают частный характер».¹

В обоснование этого можно привести также следующие соображения. Всякая деятельность по своему характеру подразделяется на два основных типа: свободную (частную) и несвободную (организующую, публичную). Свободная деятельность основана на собственном интересе частного лица. Однако, поскольку она протекает в общественной форме, во взаимодействии с деятельностью других частных лиц, возникает проблема взаимодействия свободных людей, проблема регулирования общественных отношений в целях устранения или разрешения общественных конфликтов. Появляется необходимость в специфическом типе деятельности – деятельности публичных (государственных) органов, направленной на организацию (регулирование) взаимодействия частных лиц. Такой тип деятельности является несвободным, поскольку не основан на собственном интересе публичных институтов.

Социальное управление в обществе – имманентное свойство любого общества, вытекающее из его системной природы, необходимости общения людей в процессе обмена продуктами их материальной и духовной деятельности. Однако характер социального управления в различных обществах и в разные исторические периоды проявляется

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. В 2 т. М., 1995. Т.2. С.165. См. также: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С.40; Елистратов А.И. Основные начала административного права. М., 1917; Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. №1. С.40; Черепахин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве. Иркутск. 1926. С.19-26.

по-разному. История человечества дает нам немало примеров различных комбинаций режимов свободной (частной) и функциональной (публичной) деятельности – от демократии до диктатуры, от социализма до анархизма и т.д.

Характер деятельности (свободная или несвободная) определяет правовой режим ее регулирования. Различия природы общественных отношений, являющихся предметом правового регулирования, предопределяют различия способов (методов) такого регулирования: для частных отношений – метод равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, для публичных отношений – метод власти и подчинения. Указанная дифференциация регулируемых правом общественных отношений – определяющий критерий, лежащий в основе системы права.²

Таким образом, дуализм права – явление объективное, присущее любому обществу. Задача состоит лишь в том, чтобы найти золотую середину их соотношения. При этом следует исходить из того, что частное право как естественное право человека является основным определяющим регулятором общественных отношений, а публичным правом устанавливаются лишь границы (ограничения) свободы лица, исходя из признаваемых законом публичных интересов.

Социальный строй, основанный только на частноправовых началах или только на публично-правовых началах, не ведет к гуманному обществу. И в том и в другом случае благие намерения ведут к уничтожению личности. Без личности же нет и не может быть гражданского общества, так как без нее не возможны развитие и прогресс.³ Наибольшее выражение личной свободы возможно при таком сочетании публичного и частного права, учитывающих общие и частные интересы, когда имеется необходимый и достаточный минимум «прав» власти для общего блага, остальное – частные права.

С юридической точки зрения деление права на частное и публичное объясняется по-разному: одни видят различие между ними в характере регулируемых отношений (теория предмета правового регулирования), другие – в характере метода регулирования этих отношений (теория метода правового регулирования).

В соответствии с теорией предмета правового регулирования критерием деления права на частное и публичное выступает характер интереса: у частных лиц имеется свой интерес, который они преследуют

² См. подробнее: Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб. 1994. Гл.1; Попондопуло В.Ф. Система общественных отношений и их правовые формы (к вопросу о системе права) // Правоведение. 2002. №4. С.78-101.

³ Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. №1. С.40-42.

вступая в отношения, у публичных учреждений своего интереса нет, но они охраняют общие интересы. Так, М.Планиоль писал: «Публичное право регулирует отношения лиц, которые действуют в общем интересе, в силу прямой или косвенной делегации суверенной власти; частное право регулирует деятельность, которую частные лица осуществляют от своего собственного имени и в своих индивидуальных интересах».⁴ Г.Ф.Шершеневич также писал, что «область гражданского права определяется двумя данными: 1) частные лица как субъекты отношений; 2) частный интерес как содержание отношений».⁵ С.Н.Братусь проводил деление советского права на публичное и гражданское в зависимости от общественных или личных интересов.⁶

Теория предмета правового регулирования вполне согласуется с приведенными выше представлениями о свободной и несвободной деятельности: отношения, связанные с первой, опосредуются нормами частного права, связанные со второй – нормами публичного права.

В соответствии с теорией метода правового регулирования критерием деления права на частное и публичное выступает способ юридического воздействия на общественные отношения. Так, Р.Иеринг определял частное право как «самозащиту интереса», а публичное – как защиту интереса по инициативе органов государственной власти.⁷ В России эта точка зрения разделялась С.Муромцевым, И.А.Покровским и др.⁸ С.С.Алексеев и В.Ф.Яковлев также разделяют отрасли права по их юридическому содержанию.⁹

На наш взгляд, выдвигая на первый план метод правового регулирования, т.е. вопрос о том, не что регулируется правом, а как оно регулируется, авторы упускают из виду следующее обстоятельство: от того, что регулируется правом, зависит то, как оно регулируется. Следует согласиться с С.Н.Братусем, что веление, дозволение, запрет как методы регулирования сами по себе, взятые абстрактно, независимо от предмета регулирования, не могут служить основанием для разделения права на отрасли.¹⁰ Ранее Г.Дернбург также писал, что если способ

⁴ Planiol M. Traite elementaire de droit civil. 10 ed. T.1. Paris. 1925. p.9.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Учебник гражданского права. 7-е изд. СПб. 1909. С.5.

⁶ Братусь С.Н. О предмете советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. №1. С.32.

⁷ Jhering R. Geist des romischen Rechts. 111. 1906. S.329.

⁸ Муромцев С. Определение и основное разделение права. М., 1879. С.195; Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. СПб, 1917. С.10.

⁹ Алексеев С.С. Отрасли советского права: проблемы, исходные положения // Советское государство и право. 1979. №9. С.15; Яковлев В.Ф. Отраслевая дифференциация и межотраслевая интеграция как основы системы законодательства // Правоведение. 1975. №1. С.21.

¹⁰ Братусь С.Н. Отрасль советского права: понятие, предмет, метод // Советское государство и право. 1979. №11. С.26.

защиты не решен законодателем или судебной практикой, то в случае спора судья должен вернуться к принципиальной точке зрения и решить, стоит ли здесь на первом плане интерес отдельного лица или общества»,¹¹ т.е. частный или публичный интерес.

Умалить значение метода правового регулирования конечно же не следует, это, безусловно, необходимый критерий разграничения публичного и частного права, но лишь производный от предмета правового регулирования. Однако возведение его в ранг основного критерия разграничения отраслей права чреват серьезными негативными последствиями, связанными с тем, что государство без учета природы регулируемых отношений нередко пытается частные отношения урегулировать методом власти и подчинения, а к публичным - применять метод равенства. В советский период примеров тому было много, вспомним хотя бы плановую экономику или хозрасчет министерств. И в настоящее время имеются рецидивы таких подходов, когда, например, правительство запрещает повышать цены на продовольствие.

Частное право и публичное право составляют систему права в целом. Каждая из указанных отраслей права характеризуется своим предметом и методом регулирования. Иные подразделения права, как-то: гражданское, административное, трудовое, страховое и т.п. – по существу представляют собой подразделения не права, а его внешней формы, т.е. нормативных актов (законодательства), сочетающих в себе нормы частного и публичного права в целях регулирования реальных общественных отношений, складывающихся в определенных сферах общества: экономике, труде, страховании, культуре, обороне и т.д. Например, трудовое право – это система норм частного права, регулирующих отношения, возникающие из трудового договора (трудовые отношения), и публичного права, регулирующих отношения по организации труда (властеотношения). То же можно сказать и о так называемых основных отраслях права (например, гражданском праве), которые по существу также являются отраслями законодательства.

Деление права на частное и публичное, как известно, берет свое начало в Дигестах Юстиниана.¹² В западных странах оно издавна рассматривается как основополагающее, обусловленное природой регулируемых общественных отношений. Можно считать практически свершившимся фактом такое деление права и в России, что предопределяется процессом ее интеграции в мировое сообщество, предполагающим учет характера и тенденций развития этого сообщества. С начала 90-х годов прошлого века в России были сняты необоснованные ограничения и

¹¹ Dernburg H. Pandekten. 1. 1902. S. 45.

¹² Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты / Пер., примеч. И.С.Перетерского. М., 1984. С.23.

запреты на пути развития гражданского общества, существовавшие в советский период. В то же время законодатель ввел деятельность частных лиц в рамки закона, учитывающего права и интересы других лиц, закрепил баланс интересов этих лиц и общества в целом.

В Конституции РФ и Гражданском кодексе РФ прямо закреплены основные начала частного права: равенство участников имущественных отношений, неприкосновенность частной собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства государства в частные дела, беспрепятственное осуществление гражданских прав, судебная защита гражданских прав. Ограничение указанных принципов частного права допускается только федеральным законом и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (п.3 ст.55 Конституции РФ).

Единство частного права России. Дуализм права (его деление на частное и публичное право) - объективен, он основан на противоречии между частными и общими интересами, которые необходимо сбалансировать. О частном праве того же не скажешь.

Дуализм частного права (разделение на гражданское и торговое право) или даже плюрализм частного права¹³ (разделение на большее количество самостоятельных отраслей: гражданское, торговое, семейное, трудовое и ряд других), на наш взгляд, не имеет объективных оснований, представляет собой известную условность, предопределяемую историческими традициями.

В дореволюционной России не признавался дуализм частного права, торговое право рассматривалось как «совокупность норм частного права, общего и специального, имеющая применение к той области народнохозяйственной жизни, которую закон признает торговлей».¹⁴ В советский период развития российского общества говорить о торговом (предпринимательском) праве не приходится, предпринимательская деятельность преследовалась по уголовному закону. В то же время для советского периода характерна дифференциация частноправовой сферы, в качестве самостоятельных отраслей права наряду с гражданским правом выделяются семейное право, трудовое право, земельное право, природоресурсное право и ряд других отраслей.

¹³ Зенин И.А. Гражданское и торговое право современной Испании // Вестник Московского ун-та. 1989. №2. С.64; Ровный В.В. Проблемы единства российского частного права. Иркутск. 1999. С.48.

¹⁴ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. В 4 т. СПб, 1908. Т. 1. С. 18, 61. См. также: Удинцев В.А. История обособления торгового права. Киев. 1900. С.105, 122; Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С.73-74.

Возвращение России в начале 90-х годов прошлого века к традиционному разделению права на частное и публичное потребовало отказа от «наслоений» государственной экономики в гражданско-правовой сфере и известной переоценки правовой природы этих «смежных» с гражданским отраслей права. Принимаются современные нормативные правовые акты, в том числе новая Конституция РФ (1993 г.) и Гражданский кодекс РФ (1994 г.).

Возрождается предпринимательское право, но оно воплощается не в торговом кодексе, а в Гражданский кодекс РФ, который закрепляет принцип единства правового регулирования имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, будь то физические или юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность либо не осуществляющие таковую. В ГК РФ прямо установлено, что гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием (абз.3 п.1 ст.2). Таким образом, отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, регулируемые гражданским законодательством, входят в структуру предмета гражданского права. В ГК РФ закреплено также определение понятия предпринимательской деятельности как самостоятельной, осуществляемой на свой риск деятельности, направленной на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном порядке (п.1 ст.2).

Выделение предпринимательских отношений в структуре предмета гражданского права вызвано необходимостью их специального правового регулирования. Однако поскольку указанные отношения - составная часть предмета гражданского права, на них распространяются не только специальные, но и общие нормы гражданского права. Например, нормы о коммерческих организациях являются специальными, но это не исключает применения к ним общих норм о юридических лицах вообще, когда это не противоречит специальным нормам о коммерческих организациях.

Таким образом, *предпринимательское право* представляет собой совокупность общих и специальных норм частного права, регулирующих имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием (предпринимательские отношения), основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников (метод гражданско-правового регулирования).

Российский законодатель в определении того, что является предпринимательским правом, исходит не из объективного критерия выделения предпринимательских отношений, поскольку они входят в структуру предмета гражданского права, а из субъектного признака – участия в гражданских отношениях специального субъекта частного права – предпринимателя. Следовательно, предпринимательское право не является самостоятельной отраслью права, это составная часть гражданского (частного) права, его подотрасль, специальное изучение которой вызвано практическим интересом.

В отличие от других подотраслей частного права (вещного, обязательственного и др.), предпринимательское право не имеет своего раздела в ГК РФ. Не оформлено оно также в виде отдельного кодекса, подобно семейному праву.¹⁵ Нормы предпринимательского права рассредоточены в виде вкраплений в большинстве разделов и глав ГК РФ, а также во множестве других нормативных правовых актов.

Выделение подотрасли права может происходить в зависимости от особенностей того или иного элемента регулируемого правом общественного отношения (предмета регулирования): содержания, объекта, субъекта. Так, в зависимости от особенностей содержания отношений, регулируемых частным правом, могут быть выделены такие подотрасли частного права, как вещное право, обязательственное право, семейное право, наследственное право, право интеллектуальной собственности; в зависимости от особенностей объекта отношений, регулируемых частным правом, – земельное право, жилищное право, трудовое право и др.; в зависимости от особенностей субъекта отношений, регулируемых частным правом, – предпринимательское право, международное частное право и др.

Таким образом, особенности предпринимательских отношений предопределены не характером самих отношений (они могут быть предметами таких подотраслей, как вещное право, обязательственное право, право интеллектуальной собственности и др.), а особенностями их участников, к деятельности которых законодателем предъявляются особые требования в целях обеспечения конкуренции, защиты прав потребителей, фискальных, экологических и других публичных интересов.

Говоря о единстве и дифференциации частного права, необходимо со всей определенностью подчеркнуть определяющее значение единства частного права. Дифференциация частного права не дает веских оснований для оформления его частей в отдельных кодексах (Торговом, Семейном, Трудовом, Земельном и т.д.) вне Гражданского кодекса. В

¹⁵ См. Семейный кодекс Российской Федерации. Федеральный закон от 29 декабря 1995 г. №223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. №1. Ст.16.

юридической литературе правильно отмечается, что, например, деликт имеет свои особенности в отличие от договора, вещное право имеет отличия от обязательственного права, но это не является основанием для их регулирования в отдельных кодексах. Почему же тогда семейное право или торговое право должны выделяться в отдельные самостоятельные отрасли частного права и иметь оформляющие их Семейный и Торговый кодексы? Такой подход разрушает единство частного права, препятствует обозримости и простоте при правоприменении, уменьшает значение общих норм для всех частноправовых отношений и влияет на правовую культуру.¹⁶

Так, семейные отношения основываются на совпадающем волеизъявлении супругов, являются частными отношениями и вполне могут найти свое место не в отдельном Семейном кодексе, в едином Гражданском кодексе. Однако в России принят Семейный кодекс РФ. Трудовые отношения также основываются на договоре, который может быть урегулирован в едином Гражданском кодексе, но в России действует Трудовой кодекс РФ. Земельные отношения в части оборота земельных участков и их правового режима как недвижимого имущества также необоснованно регулируются специальным Земельным кодексом РФ вместо обычного закона о земле.

Что касается предпринимательских отношений, то они регулируются гражданским кодексом не только в России и большинстве постсоветских стран, но и в других странах, включая страны, которые когда-то имели торговые кодексы, но впоследствии отказались от них: Швейцария, Италия, Нидерланды. Это позволяет сделать вывод, что никакого дуализма, а тем более плюрализма частного права объективно не существует.

Тем не менее, вопросы о природе семейного, трудового, предпринимательского, земельного, аграрного, международного частного права, предмете их регулирования и в настоящее время остаются дискуссионными в российской юридической науке. Некоторыми исследователями они рассматриваются как самостоятельные отрасли права. Например, сторонники хозяйственно-правовой концепции и их современные последователи исходят по существу из публично-правовой природы предпринимательского права, считая его самостоятельной отраслью права, основанной на принципиальном единстве и однородности отношений по управлению экономикой и отношений по осуществлению экономической

¹⁶ Книпер Р. Проблемы внутренней дифференциации частного права // Гражданское право в системе права / Отв. ред. М.К.Сулейменов. Алматы. 20-07. С.30.

деятельности.¹⁷ С этим связано также их предложение об исключении норм, регулирующих отношения по управлению экономикой, из административного права, а норм, регулирующих отношения по осуществлению экономической деятельности, - из гражданского права с целью объединения их в единой отрасли хозяйственного права, внешним выражением которой должен стать хозяйственный (предпринимательский) кодекс.

В этих предложениях очевидно смешение разнородных по природе отношений по управлению экономикой и по осуществлению экономической деятельности: первые регулируются публичным правом, а вторые – частным. Предпринимательское право не является самостоятельной отраслью права. Из природы рассматриваемых отношений вытекает и различие тех начал, на которых строятся эти отношения, т.е. методов их правового регулирования. Предпринимательские отношения оформляют свободную экономическую деятельность лиц, которые состоят между собой в координационной взаимосвязи, взаимной неподчиненности, формальном равенстве. Организационно-регулятивные (публичные) отношения оформляют несвободную деятельность субъектов (публичного органа и предпринимателя), которые находятся между собой в субординационной взаимосвязи, власти одного (публичного органа) и подчинении другого (предпринимателя).

Принятие Гражданского и Хозяйственного кодексов в Украине, что выдается за реализацию концепции самостоятельного хозяйственного права, никакого отношения к дуализму частного права не имеет. Хозяйственный кодекс Украины в сути своей не является кодификацией торгового права, поскольку не содержит по преимуществу нормы торгового права, которые можно было бы подразделить на нормы Общей и Особенной части. Без этого не может быть кодифицированного акта. Подобно Хозяйственному кодексу Украины в России, например, приняты Земельный кодекс, Градостроительный кодекс, Кодекс торгового мореплавания и др. С таким же успехом можно назвать кодексами законы о банковской деятельности (Банковский кодекс), о страховой деятельности (Страховой кодекс) и т.д. Хозяйственный кодекс Украины – это, по существу, обычный специальный закон, регулирующий комплекс разнородных отношений и допускающий субсидиарное применение к этим отношениям норм Гражданского кодекса Украины.

Внешняя форма выражения частного права России. Источником права в специально юридическом смысле является внешняя форма

¹⁷ См.: Теоретические проблемы хозяйственного права / Под ред. В.В.Лаптева. М., 1975. С.13; Хозяйственное право / Под ред. В.К.Мамутова. Киев. 2002; Ершова И.В. Предпринимательское право. М., 2003.

выражения права, в частности, система нормативных актов, в которых содержатся нормы права. В законодательстве правовые нормы находят свое официальное выражение. В отличие от системы права (явления объективного), система законодательства в значительной степени – явление субъективное. Субъективны и элементы этой системы (отрасли законодательства), так как тексты составляющих их нормативных актов komponуются законодателем произвольно, исходя из практической целесообразности с учетом социально-экономической ситуации в стране, ее традиций и т.п.

Законодательство всегда строится в соответствии с практическими интересами, связанными с необходимостью правового регулирования определенной сферы жизни общества. Поэтому законодательные и иные нормативные акты включают в себя разные по отраслевой природе нормы права (частного и публичного), чтобы учесть объективно существующие связи между разнородными общественными отношениями, возникающими в данной сфере жизни общества и комплексно урегулировать их.¹⁸ Именно в этом заключается предназначение законодателя и служебная роль принимаемых им нормативных актов.

Поскольку в абсолютном большинстве нормативных актов содержатся нормы разных отраслей права, ни одни из которых явно не преобладают количественно, такие акты являются комплексными. По существу комплексными являются и те нормативные акты, которые содержат нормы преимущественно одной отрасли права, например, гражданские кодексы, поскольку в них можно обнаружить некоторые нормы (либо их учет) иной отраслевой принадлежности. Например, в ГК РФ прямо содержатся нормы публичного права, предписывающие частным лицам действовать с учетом публичных интересов (проходить в необходимых случаях государственную регистрацию, получать лицензии и т.п.).

Можно сделать вывод о том, что в отличие от отрасли права, включающей нормы права только одного рода (частное право, публичное право), отрасль законодательства всегда носит комплексный характер. Отраслей законодательства может быть сколько угодно много. То, что в советское время приобрело устойчивое название отраслей права: государственное, гражданское, трудовое, административное, уголовное право и т.д. – на самом деле являются не отраслями права, а отраслями законодательства. Каждая из них представлена системой комплексных нормативных актов, содержащих нормы частного и публичного права, направленных на правовое регулирование общественных отношений соответствующей сферы жизни общества: экономической, социальной, управленческой и т.д.

¹⁸ Яковлев В.Ф. Отраслевая дифференциация и межотраслевая интеграция как основы системы законодательства // Правоведение. 1975. № 1. С.18.

Источниками частного права являются те внешние формы его выражения (нормативные правовые акты; общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры РФ; обычаи делового оборота; судебная практика и доктрина), в которых содержатся нормы частного права. Система нормативных актов, закрепляющих нормы частного права, в разных странах различается, но в общем она может быть представлена следующим образом:

1) нормы частного права объединены в едином гражданском кодексе и ряде связанных с ним нормативных правовых актов, принимаемых в развитие гражданского кодекса и посвященных отдельным институтам частного права. Такой подход, на наш взгляд, соответствует современной тенденции кодификаций, связанной с отказом от дуализма частного права во многих странах, в частности, в Италии, Нидерландах, большинстве постсоветских стран.

2) нормы частного права рассредоточены между несколькими кодексами (гражданским, торговым, трудовым кодексом и т.д.) и иными нормативными актами, принимаемыми в развитие кодексов. Такой архаичный подход характерен для стран с дуалистической (плюралистической) системой частного права, в частности, Германии и Франции.

Например, профессор Бременского университета Р.Книпер считает, что легитимный правовой состав подлинного торгового права весьма мал, имеются большие сомнения относительно его самостоятельной кодификации, однако расходы на законодательную деятельность, связанную с отменой Германского Торгового Уложения слишком высоки. Чтобы представить соразмерный объемный Торговый кодекс, к нему присоединяют разделы (валютное право, банковское право, биржевое право, конкурентное право, нормы регулирующие обращение ценных бумаг и отношения банкротства), которые однозначно не представляют собой только торговое право.¹⁹

В России прослеживается смешанный подход к кодификации частного права. С одной стороны, здесь отказались от принятия Торгового кодекса, поместив нормы, регулирующие отношения между предпринимателями, или с их участием, непосредственно в Гражданском кодексе РФ и ряде связанных с ним законодательных и иных нормативных правовых актов. С другой стороны, наряду с Гражданским кодексом РФ приняты Семейный кодекс РФ, Трудовой кодекс РФ, Жилищный кодекс РФ и некоторые иные кодексы, содержащие нормы частного права, которые, на наш взгляд, могли бы найти закрепление непосредственно в Гражданском кодексе РФ.

¹⁹ Книпер Р. Проблемы внутренней дифференциации частного права // Гражданское право в системе права / Отв. ред. М.К.Сулейменов. Алматы. 20-07. С.31-32.

Стержнем частного права России все же является Гражданский кодекс, объединяющий нормы частного права, включая специальные нормы, регулирующие предпринимательские отношения, отчасти также имущественные отношения супругов, жилищные отношения, земельные отношения и некоторые другие. Вокруг Гражданского кодекса группируются специальные законы и подзаконные правовые акты, регулирующие имущественные и связанные с ними неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. При этом нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать Гражданскому кодексу (п.2 ст.3).

Гражданский кодекс РФ состоит из четырех частей, в каждой из которых, наряду с общими нормами, содержатся специальные нормы, направленные на регулирование предпринимательских отношений.

Часть первая ГК РФ принята 30 ноября 1994 г. и включает три раздела: «Общие положения», «Право собственности и другие вещные права», «Общая часть обязательственного права». В этой части содержатся, в частности, положения, определяющие понятие предпринимательской деятельности, положения об индивидуальных предпринимателях и коммерческих организациях, нормы о коммерческом представительстве, о праве хозяйственного ведения, об особенностях заключения, изменения и расторжения договоров и исполнения обязательств в сфере предпринимательства. В развитие части первой Гражданского кодекса приняты федеральные законы об обществах с ограниченной ответственностью, об акционерных обществах, о государственных и муниципальных предприятиях, о производственных кооперативах, о банкротстве, о приватизации, о рынке ценных бумаг и ряд других.

Часть вторая ГК РФ принята 26 января 1996 г. и включает один раздел «Отдельные виды обязательств». В этой части содержатся также нормы об обязательствах в сфере предпринимательства, в частности, договорах поставки, контрактации, энергоснабжения, финансирования под уступку денежного требования, финансовой аренды, агентирования, доверительного управления имуществом, коммерческой концессии и других.

Часть третья ГК РФ принята 26 ноября 2001 г. и включает два раздела: «Наследственное право» и «Международное частное право», в которых имеются специальные положения, рассчитанные на регулирование предпринимательских отношений: о доверительном управлении наследственным имуществом (предприятием, долей в уставном капитале и т.д.); о наследовании предприятия, а также прав, связанных с участием в хозяйственных товариществах и обществах; о требованиях к форме и содержанию внешнеторговых сделок; о применимом праве при

создании коммерческих организаций с участием иностранного капитала и др.

Часть четвертая ГК РФ принята 18 декабря 2006 г. и включает один раздел «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации». В нем также содержатся положения о коммерческом использовании объектов интеллектуальной собственности, в частности, такие институты коммерческого права как патентное право, право на секрет производства (ноу-хау), права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий.

В российской юридической науке обсуждается проблема кодификации предпринимательского права. Различаются две точки зрения по этому вопросу:

1) сторонники цивилистической концепции не считают необходимым принятие Торгового кодекса, поскольку правовое регулирование предпринимательской деятельности в настоящее время вполне обеспечивается ГК и другими связанными с ним нормативными правовыми актами;

2) сторонники принятия Торгового кодекса по-разному представляют себе такой кодекс.

- одни считают необходимым принятие Торгового кодекса с условием, что к отношениям, регулируемым этим кодексом, будут subsidiarily применяться нормы ГК РФ. По существу речь идет о принятии Торгового кодекса как специального закона в развитие ГК РФ. На наш взгляд, такой подход может быть технически реализован, но это нецелесообразно. Действительно, принятие Торгового кодекса – это значит разделение нормативного материала частного права между Гражданским кодексом и Торговым кодексом, с распространением на отношения, регулируемые Торговым кодексом общих норм Гражданского кодекса. При этом принятие Торгового кодекса, каким бы объемным он не был, не исключает существования ряда иных законодательных актов (например, о банках, о рынке ценных бумаг, о страховании, о банкротстве и т.д.). В результате можно получить более сложную систему законодательства, чем в настоящее время, когда наряду с ГК РФ существуют отдельные законодательные акты. А это в свою очередь повлечет усложнение процесса правоприменения: придется устанавливать соотношение не только Гражданского кодекса и специальных законов в сфере предпринимательства, но и каждого из них – с Торговым кодексом как специальным кодифицированным актом, связывающим Гражданский кодекс и другие специальные законы в сфере предпринимательства;

- другие (сторонники предпринимательского права как самостоятельной отрасли права) считают необходимым принять Предпринимательский кодекс, не допускающий субсидиарного применения норм Гражданского права к отношениям, регулируемым таким кодексом. На наш взгляд, принятие такого кодекса вряд ли возможно, поскольку разрушение единства частноправового регулирования экономических отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, неминуемо приведет к разделению единой национальной экономики на два не связанных друг с другом сегмента: потребительский и предпринимательский, с разными стандартами правового регулирования, с доминированием предпринимательского сегмента. Именно так было в недавние советские времена.

Как уже отмечалось, в Украине наряду с Гражданским кодексом принят Хозяйственный кодекс, который не может претендовать на статус действительно кодифицированного акта, как рассчитывали его разработчики. Хозяйственный кодекс Украины – это по существу специальный закон, регулирующий комплекс разнородных отношений и допускающий применение к этим отношениям норм Гражданского кодекса Украины и других общих законов. В Хозяйственном кодексе Украины имеются нормы, прямо обеспечивающие его привязку к Гражданскому кодексу Украины. Так, согласно п.6 ст.265 ХК Украины («Договор поставки») «к отношениям поставки, не урегулированным настоящим Кодексом, применяются соответствующие положения Гражданского кодекса Украины о договоре купли-продажи». Применительно к другим отношениям имущественно-стоимостного характера таких прямых отсылок на Гражданский кодекс Украины нет. Но это вовсе не препятствует применению положений Гражданского кодекса Украины к соответствующим отношениям. Включение в Гражданский кодекс Украины легальных дефиниций договоров поставки, контрактации, энергоснабжения, перевозки груза и других хозяйственных договоров обеспечивает распространение на отношения, вытекающие из этих договоров общих положений о договорах, а также иных общих положений украинского гражданского права, включая предусмотренные в ст.3 ГК Украины общие начала гражданского законодательства.²⁰

Подводя итог, отметим, что российское частное право прошло этап становления и вполне соответствует требованиям времени. Однако еще остается много дискуссионных вопросов о месте частного права в системе права, правовой природе его структурных подразделений, а также адекватной внешней форме его выражения.

²⁰ Коммерческое право зарубежных стран / Под ред. В.Ф.Попондопуло. СПб. 2005. С.282-283.

Vybrané aspekty účinkov regulačných mechanizmov v období hospodárskych kríz – teória a prax¹

Ing. Karolína Červená, PhD.

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Každá hospodárska kríza so svojimi následkami spôsobuje viac či menej závažné ekonomické problémy na úrovni makroekonomickej a mikroekonomickej (podnikovej), a preto či už krízy v obdobiach minulých, prítomných alebo budúcich by mali vzbudzovať rešpekt nie len u odborníkov teoretikov ale hlavne u jedincov a spoločností, ktorí v danej chvíli disponujú existujúcimi zdrojmi a majú možnosť danú situáciu ovplyvňovať, či už ako jednotlivci alebo zoskupenia.

Ekonomický život spoločnosti bol a je spojený so striedaním fáz vzostupných a zostupných čo jednotlivec vníma ako „časy blahobytné“ a „časy uťahovania opaskov“. Pred dnešnou ekonomickou teóriou a praxou stoja nové paradigmy vyplývajúce z historicky špecifickej situácie priebehu súčasnej hospodárskej krízy kedy sa stretávame s kombináciou rôznych krízových javov. Svetová recesia vždy viedla k vnútornej a vonkajšej nerovnováhe ekonomík² a zrejme preto je obdobie recesie v dnešných moderných trhových ekonomikách jednoznačne spojené so štátnymi intervenciami, resp. reguláciou. V snahe odvrátiť jednotlivé ekonomiky od novej svetovej depresie začali jednotlivé krajiny prijímať celý rad hospodárskych opatrení.³

¹ Tento príspevok predstavuje čiastkový výstup riešenia grantového projektu APVV – 0263-10 „Efektívnosť právnych a ekonomicko-finančných nástrojov v období krízových javov a situácií v podnikaní“

² Nerovnovážne stavy sa najvýraznejšie prejavili v oblasti verejných financií v zmysle poklesu príjmov a narastaniu zadlženosti. Vývoj súčasnej zadlženosti v jednotlivých štátoch je neporovnateľne dramatickejší v porovnaní s hospodárskou krízou v 30-tych rokoch 20. storočia (zadlženosť verejného sektora predstavovala 4,5 % HDP, dnes je to 83,2 % HDP). V tejto súvislosti bude zrejme ťažiskom záujmu jednotlivých vlád pokúsiť sa o udržateľnosť verejných financií, aj keď v súčasnej ekonomickej teórii neexistuje všeobecne akceptovateľná zhoda pre vymedzenie udržateľnosti verejných financií, zhoda nastáva iba v názore, že k neudržateľnosti verejných financií dochádza vtedy, ak súčasný a budúci vývoj ukazovateľa verejného dlhu k HDP má rastúci trend. Prognóza vývoja v oblasti verejného dlhu je znepokojivá – jeho hodnota v roku 2012 sa očakáva až na úrovni 91,9 % HDP (priemer za krajiny eurozóny), prognóza pre Slovensko 47,6 %.

³ Podľa doterajších doporučení ekonomickej teórie historicky overených praxou najúčinnějšími nástrojmi na podporu hospodárskeho rastu je kombinácia expanzívnej menovej a fiškálnej politiky. SR prijala rôzne opatrenia predovšetkým v oblasti finančného (bankového) sektora, trhu práce, hospodárskeho rastu.

Cieľom príspevku je prehodnotiť vplyv vybraných regulačných mechanizmov vo vzťahu k ich účinkom na elimináciu, priebeh a dopady hospodárskych kríz z pohľadu teórie a praxe, vychádzajúc z dnes už všeobecne známeho názoru, že súčasná kríza nebola výhradne spôsobená vzniknutou hypotekárnou krízou, ktorá sa ako prvá prejavila v USA v roku 2007.⁴

Súčasná hospodárska kríza je dnes najdôležitejším fenoménom, ktorý ovplyvňuje ekonomický život v spoločnosti.⁵ Podľa Staněka je podstatou súčasnej hospodárskej krízy bezprecedentná kumulácia viacerých fenoménov, ktoré v istom časovom úseku začali pôsobiť s mimoriadnou silou, a to v rámci celej globálnej ekonomiky. Taktiež konštatuje, že žitie ekonomických subjektov na dlh na mikro aj makro úrovni sa stáva hlavnou príčinou finančných kríz.⁶ V tomto kontexte je potrebné zdôrazniť skutočnosť, že sa nezadlžuje ekonomika ako celok, ale vždy dochádza v podstate k zadlžovaniu jednotlivých subjektov (domácností, podnikateľov, vlády). S rastom zadlžovania logicky dochádza k rastu objemu dlžných prostriedkov u dlžníkov, z čoho vyplýva, že zároveň dochádza k zvýšeniu objemu pohľadávok u veriteľov. Ekonomika ako celok v zmysle globálnej ekonomiky sa teda v podstate nemôže zadlžovať, keďže v ekonomike ako celku je možné spotrebovať iba to čo sa vyrobilo a teda to čo sa vyrobilo a spotrebovalo sa vlastníkom výrobných faktorov vyplatilo (v podobe disponibilného dôchodku). Záväzky a pohľadávky z ekonomického hľadiska majú rovnakú hodnotu. V čom teda nastáva problém? Skúsenosti veriteľov naznačujú, že problém vzniká pri vymožitelnosti dlhov. V praxi sa môžeme stretnúť aj s fenoménom nedobytnej zadlženosti subjektov, kedy riešenie vzniknutej situácie je buď v podobe dobrovoľného odpustenia dlhov veriteľmi alebo nútené odpustenie dlhov veriteľmi v prípade súdom potvrdeného bankrotu. Moderné ekonomiky sú v súčasnosti už chronicky závislé na veriteľovi poslednej inštancie v podobe vlád, resp. centrálnych bánk a ministerstiev financií, ktorých ťažiskovou úlohou v krízových časoch je podpora finančného systému a prevencia pred defláciou. Predpokladom splnenia uvedenej úlohy je ale stabilná vláda schopná silou svojho ekonomického vplyvu odvrátiť finančnú krízu. V každom prípade je potrebné vziať do úvahy aj riziko, že vláda nebude schopná uvedenú úlohu zrealizovať. Je v takejto situácii zo strany vlády vhodné pristúpiť k zásadnej regulácii?

Uznávaný ekonóm teoretik aj praktik J. M. Keynes pripustil skutočnosť, že rozvoj moderného podnikania je podmienený rozvojom moderného finančnictva (vrátane trhu s priemyselnými dlhopismi) a rastúcim významom úverov

⁴ Za pôvodcu vzniknutej hypotekárnej krízy sa označili pôžičky v podobe subprime loans a následná neschopnosť dlžníkov ich splácať.

⁵ Priemyselne vyspelé krajiny zaznamenali pokles hospodárskeho rastu v roku 2008 o 0,5 % ale v roku 2009 to už bola hodnota 3,2 %. Najmenej postihnutými krajinami sa zatiaľ ukazujú byť štáty Juhovýchodnej Ázie.

⁶ Podľa STANĚK, P. : *Globálna kríza – hrozba alebo výzva?* Bratislava: Sprint dva, 2010.

a zadlženosti. Taktiež ale upozornil na skutočnosť, že štrukturálny charakter moderných financií vplyva na periodické narušovanie väzieb medzi trhom a výrobou, čím sa zvyšuje riziko, že celý systém bude destabilizovaný vznikom špekulatívnych bublín a ich následným kolapsom. Súčasná kríza sa taktiež často prezentuje ako problém regulácie, pričom názory odborníkov sa rozchádzajú v zmysle využitia a vplyvu na vznik a vývoj hospodárskej krízy.⁷ Skupina obhajcov regulácie, resp. jej posilňovania vo finančnom sektore zdôrazňuje, že regulácia ako určenie pravidiel hry nie je v rozpore s princípmi trhovej ekonomiky. Na druhej strane sa permanentne stretávame s protiargumentmi v zmysle vyvolávania nákladov a malou efektívnosťou, regulačné pravidlá často vedú k situácii kedy sa ich regulované subjekty snažia obchádzať (cat and mouse game).

Pri rozhodovaní o budúcnosti problémových subjektov poskytujúcich finančné služby sa problematika regulácie často presúva z roviny ekonomickej do roviny politickej. Politika je vo svojej podstate abstraktná ale ekonomika a právo sa pohybujú v reálnych dimenziách. Politické riešenia, resp. rozhodnutia by mali vychádzať predovšetkým z reálnych ekonomických podmienok v danom štáte, resp. zoskupení štátov v súlade s existujúcim právnym a kultúrnym prostredím. Politická prax bola a je často odlišná od teoretických predpokladov a doporučení renomovaných odborníkov z oblastí ekonómie, práva a súvisiacich odborov, čím je vytváraná určitá disharmónia fungovania štátu a ekonomiky. Čo spôsobuje túto skutočnosť? Odpovede na danú otázku sú zložité aj keď riešenie sa často zdá byť jednoduché, ale pritom nemožné...tento paradox spôsobuje podľa môjho názoru najzávažnejšie ekonomické škody jednotlivcom ako aj celej spoločnosti. Závažnou „chybou v programe“, ktorá vzniká a poškodzuje trhovú ekonomiku je dezinformovanosť súvisiaca s nelogickými zmenami trhových podmienok. Ako sa má zachovať trhoví subjekt vychádzajúci z klasických zákonov trhu ak to čo má „platiť“ zrazu „neplatiť“, resp. platnosť je obmedzená? Ak sa bude snažiť správať ekonomicky môže sa dostať do rozporu s vytvoreným podnikateľským prostredím, ak sa prispôbi podmienkam ekonomický efekt z jeho činnosti bude zrejme nižší. Čo je teda vlastne v záujme spoločnosti ako celku? Realitou trhového systému je, že nie všetci podnikatelia „odhadnú“ skutočné trhové podmienky, resp. vlastné podnikateľské schopnosti a možnosti čoho následkom je bankrot, čo je prirodzenou súčasťou fungujúcej ekonomiky. Prečo ale dochádza v určitých obdobiach k celoplošnému „krachu“ obzvlášť v niektorých odvetviach? F. A. Hayek⁸ konštatuje, že v základoch hospodárskych cyklov stoja centrálné banky. Taktiež L. Robbins⁹ dedukuje, že príčinu problémov, ktoré postihujú viaceré odvetvia súčasne treba vidieť práve v monetárnej oblasti. Rozhodne dôležitú úlohu prirodzenej regulácie zohráva vývoj úrokových sadzieb. Túto úlohu ale

⁷ Diametrálna názorová odlišnosť súvisí s prílišnou reguláciou, resp. dereguláciou trhov v ekonomike.

⁸ Držiteľ Nobelovej ceny za ekonómiu z roku 1974.

⁹ ROBBINS, L. : *The Great Depression*. London : Macmillan, 1934.

môžu plniť iba za predpokladu, že sa môžu zvyšovať a znižovať voľne ako prirodzená reakcia na zmeny ponuky a dopytu. Pokiaľ sú úrokové sadzby ovplyvňované (manipulované) centrálnou bankou dochádza k poruchám trhovej rovnováhy.¹⁰ Regulované úrokové sadzby spôsobujú medzi podnikateľmi dezinformovanosť, čo môže byť následne príčinou nevhodných (v zmysle ekonomickom) podnikateľských (investičných) rozhodnutí. Podľa názoru Wodds, jr. je práve štátna politika násilného znižovania úrokových sadzieb pod prirodzenú trhovú úroveň faktorom vyvolávajúcim hospodársky cyklus.¹¹

Rakúska teória hospodárskeho cyklu vysvetľuje a zdôvodňuje skutočnosť, že obdobie recesie trvá tým dlhšie čím húževnatejšie štát zasahuje do vývoja jednotlivých trhov. Vládne zásahy v podobe mzdovej a cenovej regulácie, monetárnej inflácie, mimoriadnych pôžičiek, záruk a podobných opatrení majú síce z krátkodobého hľadiska zmierňovať stav recesie, ale z hľadiska dlhodobého celú situáciu len zhoršujú, pričom celkový pokles v období recesie výraznejšie postihuje sektor kapitálových statkov ako spotrebného tovaru.¹² Ostatný realitný boom je klasickým príkladom rakúskej teórie hospodárskeho cyklu. Umelo podporované nízke úrokové sadzby premiestnili veľké množstvo zdrojov do výstavby účelových stavieb na bývanie. Dnes je už ale zrejmé, že táto umelo vyvolaná konjunktúra bola neudržateľná.¹³

Podľa ekonomického historika Higgse¹⁴ je filozofickým základom štátnych podporných opatrení (stimulačné balíčky napr. v podobe štátom financovaných verejných prác) v čase hospodárskej krízy mylná predstava, že míňanie peňazí (prelievanie v rámci ekonomiky) je zaručenou cestou k blahobytu a teda ďalšie verejné financie sú tým posledným čo ekonomika potrebuje.¹⁵ V zmysle neoklasickej predstavy o fungovaní ekonomiky sú selektívne štátne zásahy do ekonomiky hodnotené negatívne, keďže narušujú celkovú ekonomickú efektívnosť, čím dochádza k znižovaniu blahobytu spoločnosti. V prípade zlyhania trhu ale pripúšťa určité zásahy štátu v obmedzenom a opodstatnenom rozsahu.

Doterajšia ekonomická prax poukázala na skutočnosť, že dnešná regulácia ekonomík nemôže fungovať izolovane, keďže ich vzájomná prepojenosť a vzájomný vplyv sú nevyučiteľné. Dnešný svetový trh je charakteristický

¹⁰ Dochádza k narušeniu koordinácie produkcie v čase.

¹¹ WOODS, T. E., jr. : *Meltdown. A Free-Market Look at Why the Stock Market Collapsed, the Economy Tanked, and Government Bailouts Will Make Things Worse.* USA by Regenery Publishing, Inc., 2009.

¹² Kapitálové statky vykazujú väčšiu citlivosť na zmeny úrokových sadzieb ale zároveň priťahujú väčší objem investícií.

¹³ Ponuka realitného trhu výrazne prevýšila reálny dopyt (vzhľadom k úsporám spotrebiteľov).

¹⁴ HIGGS, R. : *Politická ekonomie strachu.* Alfa Publishing, 2006.

¹⁵ Autor prirovnáva uvedenú skutočnosť k snahe o zvýšenie hladiny jazera tým, že vodu odčerpávame z hlbšej časti jazera bližšie k brehu.

pôsobením transnacionálnych korporácií s obrovským vplyvom finančných presunov uskutočňovaných medzi jednotlivými časťami sveta a taktiež extrémnym zvýšením možnosti zarábania na špekulačných obchodoch.

Vo vzťahu k príčinám vzniku krízy je potrebné venovať pozornosť práve regulácii hypotekárneho trhu, trhu s nehnuteľnosťami a regulácii investorských skupín. Ak vezmeme do úvahy, že vytvorenie hypotekárnej bubliny odstránením kontrolných mechanizmov v oblasti hypoték viedlo k extrémnemu nárastu cien nehnuteľností čo následne navýšilo rizikovosť hypotekárnych úverov a spôsobilo enormný nárast developeckých projektov. Zásadná otázka v tejto súvislosti je akým spôsobom realizovať uskutočňovanie výkonných a kontrolných právomocí v rámci globálnej ekonomiky, pokiaľ väčšina výkonných právomocí zostáva na pozícii národných vlád, ktoré sú vykonávateľom aktívneho dozoru ale väčšina finančných transferov rizikového typu sa realizuje na nadnárodnej úrovni? Prichádzalo by do úvahy riešenie v podobe vytvorenia nadnárodnej finančnej regulácie? Toto riešenie ale so sebou prináša nutnosť zasahovania do jurisdikcie jednotlivých národných vlád a členských krajín, čo sa však by znamenalo ohrozenie suverenity štátov. Preto je dnes možné hovoriť v podstate len o určitej regulácii na národnej úrovni.

Prepad svetovej vytvorenej hodnoty HDP a zhoršenie možnosti financovania na svetových finančných trhoch v období rokov 2008 až 2009 spôsobili nemalé problémy v podnikateľskej sfére. *Základný prvok hospodárskeho rastu tvorí efektívna ekonomická organizácia. Jej rozvoj v západnej Európe zohral pri vzostupe Západu kľúčovú rolu. Efektívna organizácia má za následok inštitucionálne usporiadanie a vlastnícke práva, ktoré usmerňujú ekonomické úsilie človeka v činnosti, z ktorej je jeho prospech skoro totožný s tým pre spoločnosť.*¹⁶ Z uvedeného vyplýva, že ochrana vlastníctva má v tomto zmysle prioritný význam, keďže do spoločensky prospešnej činnosti sa oplatí investovať iba ak sú zabezpečené vlastnícke práva.¹⁷ Autori Baranyková a Polák zaoberajúci sa výskumom v oblasti podnikateľského prostredia konštatujú, že existencia a riadenie podnikateľského subjektu v legislatívne neurčitom prostredí sú pre podnikateľov veľmi problematické.¹⁸ Situáciu na Slovensku v tomto zmysle dokumentujú aj výsledky rôznych prieskumov v rokoch 2008-2010. Z prieskumu názorov podnikateľov na možné riziká podnikania súvisiace aj so zákonodarstvom SR¹⁹ je možné odvodiť tieto závery²⁰:

¹⁶ NORTH, D. : *Structure and Change in Economic History*. London, 1981. In: PIPES, R. : *Property and Freedom*. New York: Vintage Books, 1999.

¹⁷ Bližšie pozri PALKOVÁ, R., TREŠČÁKOVÁ, D. : Poena convencionalis – včera, dnes a zajtra. In: *Súčasnosť a perspektívy právnej regulácie obchodných zmlúv II*. Košice: UPJŠ, 2009. s. 131-147.

¹⁸ Pozri bližšie BARANYKOVÁ, M., POLÁK, M. : Podnikanie v priestore EÚ – možnosti úskalia. In: *Ekonomická kríza – nové podnety pre ekonomickú teóriu a prax*. Bratislava : EUROKÓDEX, s. r. o., 2010, s. 59-70.

¹⁹ Pozri napríklad SUCHOŽA, J., PALKOVÁ, R. : Sút'ážné právo a jeho miesto v systéme slovenského práva. In: *Ius et administratio: Facultas Iuridica Universitatis Ressorvien-*

- Minimálne 50 % podnikateľov vníma súčasné podnikateľské prostredie síce ako stabilizované ale zároveň stagnujúce.
- Podnikatelia dlhodobo nepriaznivo vnímajú zmeny v oblasti právnej úpravy pracovného trhu (Zákonník práce), zdaňovania (daňové zákony), dôchodkového zabezpečenia.
- Proces získavania finančných zdrojov z európskych štrukturálnych fondov považujú podnikatelia za netransparentný.
- Podnikanie na jednotnom trhu EÚ sťažujú neadekvátne ceny energie v SR v porovnaní s inými štátmi EÚ ako aj komplexný prístup k podmienkam predaja výrobkov a služieb na presýtenom európskom trhu.
- Za rozhodujúce riziká podnikania považujú podnikatelia neustále sa zvyšujúcu odvodovú zaťaženosť, rast cien inputov, nízku kvalitu pracovnej sily a nízku účinnosť v oblasti vymáhateľnosti práva.
- Podnikatelia výrazne vnímajú aj nestabilitu v oblasti finančného sektora a jeho nepredvídateľné budúce smerovanie.

Vychádzajúc z úvahy, že klasická regulácia finančnej oblasti v zmysle inštitucionálnom, resp. legislatívnom je nedostatočná v súvislosti s prehlbujúcim sa globalizačným procesom vedie k nasledujúcemu zhodnoteniu, resp. konštatovaniu:

- Úloha finančných trhov spočíva v stimulovaní ekonomiky, keďže na finančných trhoch sa nevytvárajú priamo materiálne hodnoty. Túto skutočnosť je potrebné zohľadňovať práve vo vzťahu k ich regulácii.
- Je potrebné sa dôrazne zamerať aj na reguláciu na nadnárodnej úrovni.
- Neriešiť reguláciu na národnej úrovni len vo vybranej oblasti finančného sektora.
- Vlastná regulácia by mala byť vnímaná ako kontinuálny proces hodnotenia rizika v jeho dynamických dimenziách.

Vznik a priebeh krízy nám prednaznačuje skutočnosť, že vlastne došlo k akémusi zlyhaniu aktívneho prístupu a potrieb v regulácii a dohľadu zo strany amerických aj európskych regulátorov a supervízorov finančných trhov. Existencia hypotekárnej krízy bola nepriehľaditeľná už v roku 2007 aj s predpokladaným dopadom na trhy finančné a napriek jasnému prejavu regulátory finančných trhov nedokázali včas identifikovať a eliminovať účastníkov s tzv. toxickými aktívami a teda zabrániť šíreniu negatívnych externalít. Ak aj neskôr došlo k prijímaniu rôznych záchranných programov (v podobe záruk, podpôr, rekapitalizácie) je paradoxné, že práve regulované banky a iné

sis: prawo konkurencji w procesie zmian. Publikacja pokonferencyjna. Vol. 17, zeszyt 1, 2008. s. 9-17.

²⁰ Podľa AUTNER, R., OCHOTNICKÝ, P. : *Prognóza vývoja ekonomiky a podnikateľského prostredia SR z pohľadu podnikateľov v roku 2009*. Bratislava: SOPK, 2009. MAGVAŠI, P., VLČKO, J. : *Očakávania podnikateľskej sféry*. Bratislava: SOPK, 2010.

finančné inštitúcie následne spôsobovali v ekonomike najviac problémov. Jednou z možných príčin tohto javu je okrem iného aj nedostatočná pozornosť venovaná likvidite trhov na makroekonomickej úrovni.

Súčasná globálna finančná kríza taktiež poukázala aj na zaostávanie inštitucionálneho a regulátorneho rámca, predovšetkým na nedostatky v koordinácii medzi regulátormi rôznych úrovní (národných a nadnárodných). Jedným z možných riešení by mohlo byť aj dôsledné uplatňovanie prijatých regulačných opatrení a ich rešpektovanie na nadnárodnej úrovni. Podľa správy Inštitútu medzinárodných financií (IIF) môže sprísnenie regulácie zároveň vyvolať aj spomalenie ekonomického rastu vo vyspelých ekonomikách a to do roku 2015 celkovo o 3 %. Uvedená skutočnosť by sa mohla prejaviť na trhu práce likvidáciou cca 10 mil. pracovných miest. V júni 2010 (v Toronte) v rámci samitu G20 bolo rozhodnuté, že nová banková regulácia nezačne platiť od konca roku 2012 ale bude sa realizovať v podobe flexibilného kalendára. Taktiež sa nepresadila myšlienka koordinovaného zavedenia celosvetovej bankovej dane. Bazilejský výbor bankového dohľadu – BIS (v júni 2010) ustúpil od niektorých návrhov na nové pravidlá Basel III, napriek tomu, že za vyvolanie ostatnej krízy sú považované ťažiskovo finančné trhy (finančný sektor).

Príčiny krízových javov je potrebné chápať komplexne a neobmedzovať sa na hľadanie „vinníkov“, ale pokúsiť sa ekonomické problémy riešiť predovšetkým ekonomicky v súčinnosti s legislatívnym procesom na národnej a nadnárodnej úrovni. Inštitucionálne prostredie je určované legislatívnym a administratívnym rámcom, v ktorom spotrebiteľia, podnikatelia a vlády vzájomne reagujú v záujme ekonomiky ako celku, pričom je dôležitý prístup vlády k rozvoju trhov a efektívnosti, keďže nadmerná regulácia, byrokracia, netransparentnosť, korupcia zvyšujú celospoločenské náklady.

Najväčší a zásadný problém zrejme bude permanentne spôsobovať skutočnosť, že ekonómia a predovšetkým ekonomika podlieha permanentne politickým vplyvom čoho následkom je akási modifikácia ekonomických zákonov v zmysle politickej ekonómie. Uvedenú skutočnosť je potrebné vziať do úvahy a teda rozlišovať medzi ekonomickým a politickým pohľadom na príčiny vzniku hospodárskej krízy s čím úzko súvisí aj hľadanie riešenia do budúcnosti. Považujem za pozitívny jav, že v súčasnosti sa zvyšuje počet ekonómov, ktorí nie len tieto problémy a vznik kríz prognózujú, ale prichádzajú s návrhmi na skutočné riešenia vzniknutých problémov, resp. na ich predchádzanie. Na druhej strane negatívne vnímam skutočnosť, že ešte stále sa prijímajú politické riešenia pod vplyvom mainstreamových médií vychádzajúcich z vyjadrení mainstreamových analytikov.

Použité zdroje:

AUTNER, R., OCHOTNICKÝ, P. : *Prognóza vývoja ekonomiky a podnikateľského prostredia SR z pohľadu podnikateľov v roku 2009*. Bratislava: Slovenská obchodná a priemyselná komora, 2009. 95 s. ISBN 978-80-89105-38-0

BARANYKOVÁ, M., POLÁK, M. : Podnikanie v priestore EÚ – možnosti úskalia. In: *Ekonomická kríza – nové podnety pre ekonomickú teóriu a prax*. Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie. Bratislava: EUKODÉX, s. r. o., 2010. s. 59-70. ISBN 978-80-89453-01-6

ČIPKÁR, J. : Niektoré sociokultúrne determinanty formovania európskeho práva. In: *Právo a európsky integračný proces*. Košice: UPJŠ, 2009. s. 29-44. ISBN 9788070977781

FOSTER, B. J. – MAGDOFF, F. : *The Great Financial Crisis: Causes and Consequences*. New York: Monthly Review Press, 2009. Prekl. Baroš, R. Všeň: Grimmus, 2009. 156 s. ISBN 978-80-902831-1-4

MAGVAŠI, P., VLČKO, J.: *Očakávania podnikateľskej sféry*. Bratislava: SOPK, 2010. s. 72-102. ISBN 978-80-89105-40-3

PALKOVÁ, R., TREŠČÁKOVÁ, D. : Poena convencionalis – včera, dnes a zajtra. In: *Súčasnosť a perspektívy právnej regulácie obchodných zmlúv II*. Košice: UPJŠ, 2009. S. 131-147. ISBN 9788070977828

PIPES, R. : *Property and Freedom*. New York : Vintage Books, 1999. Prekl. Bednář, L., 2008, vyd. Argo. ISBN 978-80-257-0017-4

STANĚK, P. : *Globálna kríza – hrozba alebo výzva?* Bratislava: Sprint dva, 2010. 219 s. ISBN 978-80-89393-24-4

SUCHOŽA, J., PALKOVÁ, R. : Súťažné právo a jeho miesto v systéme slovenského práva. In: *Ius et administratio: Facultas Iuridica Universitatis Ressoviensis: prawo konkurencji w procesie zmian*. Publikacja pokonferencyjna. Vol. 17, zeszyt 1, 2008. s. 9-17. ISSN 1732-7318

WOODS, E. T. jr.: *Meltdown. A Free-Market Look at Why the Stock Market Collapsed, the Economy Tanked, and Government Bailouts Will Make Things Worse*. USA by Regenery Publishing, Inc., 2009. Prekl. Drobek, A. Praha : Dokořán, s. r. o., 2010. 222 s. ISBN 978-80-7363-273-1

WORKIE, T. M. a kol. : Globálna finančná a hospodárska kríza. Príčiny – náklady – východiská. In : *Vývoj a perspektívy svetovej ekonomiky*. Bratislava : Ekonomický ústav SAV, 2009. 280 s. ISBN 978-80-7144-175-5.

Legal origin thesis a její kritika

*JUDr. Michal Šejvl, PhD.
Ústav státu a práva AV ČR, v.v.i.*

I. Úvod

Jaký právní systém nejlépe vyhovuje hospodářskému rozvoji země? Je jasné, že na takto položenou otázku se velmi obtížně odpovídá. Přesto dnes existuje skupina ekonomů, která tvrdí, že alespoň částečně odpověď zná. Tato odpověď zní: „angloamerický právní systém“, a ti, kdo takto odpovídají, jsou ekonomové zastávající tzv. tezi o právním původu – legal origins thesis. Tento příspěvek je pokusem o představení této teze a o její kritiku. Část 2 se proto snaží o vystižení hlavních názorů, které zastávají představitelé legal origins thesis. Na ni pak navazuje část 3, která se věnuje názorům Glaesera a Shleifera, kdy, proč a jak se rozešlo anglické právo (jako základ angloamerické právní kultury) s právem francouzským (které má být podle zastánců legal origins thesis základem civil law, tedy kontinentální právní kultury). Část 4 se snaží konfrontovat legal origin thesis s názory Maxe Webera, které se dají interpretovat jako protikladné k této tezi (tedy že efektivnějšímu kapitalismu více vyhovuje systematizované a “zbyrokratizované” kontinentální právo, než common law), a Hernanda de Soto. Část 5 se zaměřuje na kritiku dat, z nichž vychází zastánci legal origins thesis, konkrétně na jejich kontrolovatelnost, na to, zda proměnné jsou skutečně indikátory jevu, který mají sledovat a na to, jak jsou data zjišťována. Část 6 pokračuje v kritice z pohledu právních komparatistů, tedy hlavně z hlediska toho, že vůbec nemusí být jasné, jestli nějakou zemi zařadit mezi země s angloamerickou či kontinentální kulturou; zabývá se i tím, že upravená data některých komparatistů vedou k odlišným závěrům, než legal origins thesis. Část 7 kritizuje legal origins thesis z pohledu právní historie a snaží se dokázat, že hypotézy o tom, proč, jak a kdy došlo k ustavení „právního původu“ anglického a francouzského práva, odporují mnoha poznatkům historie. Krátká část 8 se jen zamýšlí nad tím, jestli efektivitu práva opravdu měřit hospodářským růstem země. Závěr v části 9 pak upozorňuje na to, že když jsou mnohé závěry legal origins thesis prezentována jako fakta (typicky Světovou bankou), může to mít negativní dopady na politiku států, která taková fakta budou chápat jako doporučení pro svou politiku.

II. Představení legal origin thesis

Již na konci devadesátých let totiž skupina ekonomů (zejména La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, Vishny mimo jiných) začala zkoumat, jak právní regulace dané země ovlivňuje ochranu investic zahraničních investorů (přičemž větší ochrana investorů vede k většímu finančnímu rozvoji země). Nejdříve

ukázala, že právo té které země regulující ochranu investic (tedy z obchodního práva zejména právo korporační a insolvenční) může být „kódováno“ (tedy že jednotlivým institutům těchto právních odvětví mohou být přiřazeny nějaké proměnné a že tyto lze sestavit do nějaké škály) a sama provedla toto „kódování“ pro čtyřicet devět zemí. Tento výzkum pak ukázal, že velmi významným faktorem ovlivňujícím ochranu investic je to, jakou má země právní kulturu či právní systém – zatímco země common law (tedy země angloamerické právní kultury) podle výsledků tohoto výzkumu lépe chrání investory, země civil law (tedy země kontinentální právní kultury) poskytují naopak menší ochranu. Další výzkumy pak ukázaly, že v různých právních kulturách je rozdílná nejen ochrana investic, ale také státní vlastnictví bank a médií, rozdílné překážky pro vstup na trh (typicky v podobě administrativních opatření), různá míra regulace trhu práce, různé přístupy k vojenské službě (povinná vs. dobrovolná), různá míra nezávislosti soudnictví a různá míra formálnosti právních procesů. Ve všech těchto případech kladou země common law menší důraz na státní sektor a státní regulaci, zatímco země kontinentálního práva naopak státní sektor a regulaci zdůrazňují.¹ Původ právního systému té které země je tedy z hlediska ekonomického velmi důležitým faktorem celého hospodářského života. Jak píší sami autoři, původ práva (legal origin) chápou jako „styl sociální kontroly ekonomického života (a možná i jiných aspektů života). Ve své silné podobě (...) tvrdíme, že common law znamená strategii sociální kontroly, která chce podporovat výsledky soukromého trhu, zatímco civil law chce tyto výsledky nahradit alokacemi žádoucími z hlediska státu (state-desired allocations).“²

Neboli, zkráceně řečeno, teze o právním původu předpokládá, že common law je efektivnější, když chceme v nějaké zemi vybudovat kapitalismus, než civil law. To je samo o sobě dosti odvážným tvrzením, k němuž se ještě vrátíme. Ale pokročně dále:

III. Historické důvody vedoucí k odlišnému způsobu právní regulace v zemích common law a civil law podle představitelů legal origins thesis

Jestliže se tedy příslušnost k jednomu z právních systémů (tedy původ práva) stal tak důležitým faktorem, je nasnadě, že se tito ekonomové pokusili i o vysvětlení, kde hledat kořeny onoho rozdílu mezi těmito dvěma dominantními právními kulturami.³ Základní prací se v tomto případě stal článek Glaesera a

¹ Pro přehled těchto výzkumů a pozic viz La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A: Economic Consequences of Legal Origins, Journal of Economic Literature 2008, roč. 46 vol. 2, str. 285–332.

² Tamtéž, str. 286.

³ Zde hovořím o právních kulturách angloamerické a kontinentální jako o dominantních proto, že v zásadě všechny země světa přijaly v nějaké podobě jednu či druhou (anebo jejich “mix” jako Jihoafrická republika či Izrael). Tím nechci zpochybňovat, že je legitimní hovořit i o dalších právních kulturách, příp. třeba právní řády řazené do

Shleifera,⁴ kde oba autoři hned v úvodu říkají: „Kontinentální právo (civil law) spoléhá na profesionální soudce, zákoníky a psané záznamy (written records), zatímco angloamerické právo (common law) na laické soudce, širší právní principy a ústní argumentaci (oral arguments). Navíc, současný výzkum odhaluje zásadní rozdíly mezi zeměmi angloamerického práva a kontinentálního (francouzského) práva. v mnoha politických a hospodářských podmínkách. Na stejné úrovni rozvoje pak země francouzského kontinentálního práva ukazují vyšší míru regulace, méně jistá vlastnická práva, více zkorumpované a méně efektivní vlády a dokonce méně politické svobody, než země angloamerického práva.“⁵ (kurzívou zdůraznil M.Š.) Jestliže jsou výzkumy těchto autorů provedeny korektně, pak jsou rozdíly mezi oběma právními kulturami opravdu velmi zásadní nejen pro právníky či ekonomy.

Oba autoři pak přicházejí s hypotézou, v čem a proč se kontinentální a angloamerické právo rozešly. Podle nich jde o to, že Anglie si vybrala model soudnictví postavený na laických a nezávislých porotách, zatímco Francie přešla model soudců odpovědných králi a závislých na něm. Francouzští soudci tak prosazovali královské právo jakožto nástroj centralizace v zásadě rozdrobené země proti lokální justici mocných feudálů. Tento model prý francouzští králové zvolili proto, že lokální feudálové byli příliš mocní – na jedné straně jim král nedůvěřoval, na druhé straně si sami feudálové nedůvěřovali navzájem, a proto se smířili s dosazením královských soudců spíše než s monopolizací justice v rukou jednoho z nich. Jako nástroj pak králové brzo přejali římsko-kanonický, tedy inkviziční proces, kde v zásadě soudce plní nejen roli nezávislého arbitra mezi dvěma stranami ve sporu, ale také může sám vyšetřovat. Inkviziční proces pak s sebou přinesl písemnost soudního řízení jako jeden z jeho hlavních znaků. Písemný proces pak znamená, že převážně negramotné poroty jsou z rozhodování vyloučeny a naopak se posiluje centralizace justice, protože písemnosti z prvostupňového řízení mohou být snadno přezkoumány vyšším soudem, který je samozřejmě panovníkovi blíže (a v ideálním případě mu panovník předsedá). Ve druhé fázi, tedy v situaci, kdy již byla Francie sjednocena, chtěl panovník více kontrolovat své soudce proto, že již nemohl kontrolovat jednotlivé případy, a proto se rozhodl soudce svázat svými pravidly. Proto nechal kodifikovat právo a soudci museli být redukováni na „ústa zákona“, které právo nemohou tvořit, ale pouze aplikovat. Kodifikace je tak

kontinentální právní kultury dále podrobněji dělit. Pro třídění právních systémů a pro třídící kritéria viz např. klasické práce David, R.: *Major Legal Systems in the World Today*, London 1978, str. 19 a násl.; Zweigert, K., Kötz, H.: *Introduction to Comparative Law*, 2. revidované vydání, Oxford 1992, str. 69 a násl. V následujícím textu ale často používám i termíny „common law“ a „civil law“, které chápu jako synonyma pro „angloamerická právní kultura“ a „kontinentální právní kultura“; oba anglické ekvivalenty jsou totiž kratší.

⁴ Glaeser, E.L., Shleifer, A: *Legal Origins*, *The Quarterly Journal of Economics*, November 2002, str. 1193 – 1229.

⁵ Tamtéž, str. 1193 a násl.

podle obou autorů jen důsledkem prvotní změny, a sice preference královských soudců před relativně nezávislými porotami.

V Anglii naopak král ponechal justici v rukou lokálních porot, protože feudálové nebyli tak mocní, aby tuto justici ovládli. Výměnou za to král dostal souhlas šlechty se zdaňováním (což je věc, která na kontinentu v téže době zdaleka není samozřejmostí). Porotní soudnictví pak vedlo k tomu, že proces před soudy zůstal ústní, porota sama nezískala žádné vyšetřovací pravomoci a dokazování zůstalo v rukou stran sporu. Rovněž rozhodování vyššího soudu o opravných prostředcích proti rozhodnutí soudu prvního stupně zůstalo v zásadě omezeno pouze na otázky právní, nikoli faktické, protože ty kvůli ústnímu procesu nemohly být přezkontrolovány. Porotní soudnictví se tak vyvíjelo relativně nezávisle na suverénovi. Proto je justice v angloamerickém systému relativně nezávislá a suverén ji může obtížněji kontrolovat, zatímco v kontinentálním systému se daleko snadněji stane, že změna vlády směrem k autoritativnějšímu režimu vede k velmi rychlému potlačení nezávislosti justice.

Základním důvodem pro rozchod obou právních systémů tak byly odlišné politické a ekonomické poměry v Anglii a Francii na počátku vrcholného středověku, s nimiž se panovníci obou zemí vyrovnávali po svém – anglický král tak, že méně nebezpečným lokálním pánům ponechal kontrolu nad souzením v porotách, zatímco francouzský král se snažil soustředit justici ve svých rukou. Větší část svého článku pak oba autoři věnují tomu, že sestavují dva modely, v nichž král vždy preferuje centralizovanou justici složenou z jeho soudců, zatímco lokální páni vždy justici decentralizovanou. V prvním, „anglickém“ modelu, pokud král přijme se šlechtou dohodu, že lokální poroty akceptuje výměnou za souhlas se zdaňováním, je to z hlediska jeho i šlechty efektivní řešení, protože král získá daně a mír uvnitř království a šlechta zase porotní soudy. Oba autoři interpretují Magnu Cartu Libertatum z r. 1215 jako výsledek takovéto výměny. Ve druhém, „francouzském“, modelu je zase racionální a efektivní z hlediska krále kontrolovat justici skrze své soudce, protože jen tak zabrání příliš silným pánům, aby se pokusili o monopolizaci justice, což by vedlo ze strany nespokojených slabších pánů k válce. Ukazují pak, že „anglické“ i „francouzské“ řešení vyprodukovaly opravdu efektivní výsledky pro udržení královské moci a zajištění míru v zemi. Důvodem kodifikace práva pak podle obou autorů je to, že panovník chce kontrolovat své soudce. V situaci, kdy soudci jsou relativně nezávislí na panovníkovi, nelze kodifikaci prosadit pro jejich odpor, a zřejmě proto v Anglii kodifikace neuspěla; oproti tomu v případě, kdy je justice v rukou králových soudců, je prosazení kodifikace daleko jednodušší, a proto kontinentální panovníci (třeba pruský Fridrich II. se svým Allgemeines Landrecht či Napoleon se svým Code civil) mohli spíše uspět. Podle obou autorů oba jejich modely velmi dobře vysvětlují, proč anglické a francouzské právo došly k rozdílným výsledkům, a tedy proč se rozešly angloamerický a kontinentální právní systém. Obě země tak zvolily vlastně efektivní řešení ve své počáteční situaci, což ale samozřejmě vůbec nezname-

ná, že v jiných situacích by jejich řešení byla stejně efektivní. Protože většina zemí světa angloamerickou či kontinentální právní kulturu přejala v důsledku kolonialismu a tedy nikoli jako odpověď na konkrétní historické podmínky, nemusí být systémy efektivní stejně jako v mateřské zemi obou systémů. Jak výstižně oba autoři říkají: „Když je prostředí právního řádu v počáteční situaci dostatečně silné, je systém vynucování práva založený na decentralizovaných porotách sobě rovných nejefektivnější. V tomto systému se setkáme s větší ochranou vlastnických práv a relativně nízkou mírou intervence státu do hospodářství a společnosti. Naopak, když je v počáteční situaci prostředí právního řádu slabě rozvinuto, spolehnout se na více centralizovanou aplikaci práva v rukou soudců, kteří jsou zaměstnáváni státem, bude více efektivní. V takovém systému se pak setkáme s menší ochranou vlastnických práv, s vyšší mírou regulace a s většími zásahy státu do hospodářství. Vskutku, můžeme se zde setkat s institucemi nepřátelskými volnému trhu, které ale ze širší perspektivy mohou být viděny jako prospěšné pro fungování prostředí právního systému jako takového. Jinak řečeno, lidé mohou požadovat jistou míru „diktátorství“ a „státní kontroly“, protože alternativou je stav bezpráví (lawlessness).“⁶

IV. Legal origin thesis a jiné názory na vztah hospodářství a práva – Weber a de Soto

Možná je zajímavé, že teze o právním původu je vlastně protikladem toho, co o vztahu práva a hospodářského systému země říkal jeden z těch, kdo vztah práva a hospodářství promýšlel jako jeden z prvních (nepočítáme-li Marxe⁷), totiž Max Weber. V osmé kapitole svého díla nazvané „Hospodářství a právo (Sociologie práva)“ se zabývá tím, jak různé typy společností, které po sobě historicky následovaly anebo které se vyvíjely odlišně na různých místech Země, ovlivňovaly vytváření a fungování práva, a proto se nejdříve zabývá vytvářením subjektivních práv (např. navazuje na Mainovy teze o přechodu od statusu ke smlouvě tak, že „statusové smlouvy“ se vyvíjí v „účelové smlouvy“, čemuž odpovídá přechod od hospodaření uvnitř uzavřené jednotky k hospodářství postavenému na trhu) a pak vytvářením právních norem (tedy vlastně vytvářením formální autority, která právní normy může vydávat). Ačkoli však jde ve Weberově pojetí vlastně o jistou teorii vývoje, nechápe různé druhy panství či práva jako fakticky po sobě následující stádia, ale spíše jde o určité modely, či jak Weber říká, „ideální typy“, jejichž prvky lze najít napříč historickými fázemi vývoje společnosti. Vrcholem vývoje jsou nicméně moderní západní právní systémy, které se podle Webera vyznačují vysokou mí-

⁶ Tamtéž, str. 1224.

⁷ Úmyslně v tomto příspěvku ponechávám stranou velký a intelektuálně přínosný vklad Karla Marxe a na něj navazujících marxistů, a to především proto, že marxismus sám vytvořil časem samostatnou ekonomii i samostatnou verzi právní filozofie, s níž vypořádat se je vlastně velmi obtížný úkol.

rou racionality jak na substanciální, tak na formální úrovni – v kapitalismu je vlastně stupeň racionality ve společenských vztazích nejvyšší. To je spojeno podle Webera s nástupem buržoazní třídy, která pro svůj soukromý i veřejný život potřebuje předvídatelný právní systém. Přejít k onomu racionálnímu panství je nutně doprovázeno vznikem byrokracie jakožto racionální metody správy i soudnictví. Proto přichází ke slovu právní stav (legal honoratiores). Právní stav se u Webera na modernizaci práva podílel ostatně vždy, ať již šlo o *iuris prudentes* klasického římského práva, anebo o středověké kanonisty a legisty, kteří způsobili přijetí římského práva jakožto subsidiárního pramene práva, které bylo dle Webera racionálnější, než zůstávání v nepřehledné změti lokálních obyčejů, stavovských výsad a nepřehledných jurisdikcí vlastních ranému středověku⁸. Teprve s byrokratizací právního stavu cca od 17. století se však právnímu stavu otevírá možnost učinit právo přehledným, systematickým a pokud možno jasným díky shrnutí prakticky celé právní materie do kodexů.

Základní Weberova teze tedy předpokládá, že neosobním vztahům trhu v rovině ekonomické nejlépe vyhovuje neosobní rozhodování byrokratů na úrovni práva, které je zase umožněno potlačením jejich rolí na „pouhé“ orgány aplikace práva, přičemž tato neosobnost je oceňována buržoazní třídou právě proto, že vede k větší míře právní jistoty. Zdá se tedy, že pro Webera je vlastně nevyhnutelné, že časem onen systematický a kodifikovaný právní systém v rukou školených byrokratů musí zvítězit, pokud zároveň budeme považovat kapitalismus za vrcholné stádium vývoje ekonomických vztahů ve společnosti. Weberovo „racionální panství“ nakonec ústí do pesimistické vize odosobněné společnosti, jejíž pozitivní změnu nám Weber (na rozdíl třeba od Marxe) žádnou nenabízí. Zde však nejde o Weberův pesimismus, ale spíše o to, že ona rovnice, zjednodušeně řečeno, „systematický a kodifikovaný právní systém v rukou byrokracie podporuje kapitalismus“ vede k závěru, že to má být spíše systematické a kodifikované kontinentální právo než *common law*, co podporuje rozvoj kapitalismu. Přitom je historickým faktem, že průmyslová revoluce, která nastartovala vznik kapitalistických výrobních vztahů, začala právě v Anglii – zdá se, že toto Weber neumí vysvětlit.⁹ Připomeňme si, že Angličané nikdy své právo nekodifikovali, dlouhou dobu u nich nedošlo k rozvoji byrokracie, protože britský stát se stává administrativním až cca od druhé poloviny 19. století¹⁰, že v Anglii nezmátl panovnický absolutismus, ani policejní

⁸ Tím do velké míry Weber vysvětluje recepci římského práva ve vrcholném středověku, což je něco, co neuměl vysvětlit Marx, pro nějž muselo být jistě záhadou, jak je možné, že právní řád otrokářské společnosti je recipován nejen společností feudální, ale i později společností buržoazní (typicky u německé historickoprávní školy), když feudální i buržoazní společnost stojí na úplně jiných výrobních faktorech.

⁹ k této kritice viz Freeman, M.D.A.: *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7. vydání, London 2001, str. 664 a násl.

¹⁰ K tomuto vývoji administrativního státu a správního práva v Británii v kontextu evropském viz např. přehledově Mannori, L., Sordi, B.: *Science of Administration and Administrative Law*, in Canale, D., Grossi, P., Hoffman, H. (eds.): *A Treatise of Legal*

stát třeba německého stříhu, že angličtí soudci naopak vytvořili stav, který má dodnes mnohé rysy vlastně středověkého cechu¹¹ a nikoli „racionálně“ vyškolené byrokracie, nebo že jistých středověkých „anachronismů“ funguje v anglickém právu stále dost, když např. z teoretického hlediska Angličané dodneška nezrušili desátky (tithes), nebo že technicky právně veškerá půda v Anglii stále patří Koruně a všichni k ní mají „jen“ jistou formu vlastně feudálního užívacího práva.¹² Neboli, teze o právním původu je zcela protikladná klasické tezi Weberově, podle níž by rozvoji kapitalismu měla spíše vyhovovat kontinentální právní kultura. Ale to není žádný argument, neboť i klasikové se mohou mýlit.

Teze o právním původu však stojí i v protikladu k tezí jiného známého ekonomy, který se také zabýval tím, jaký právní systém podporuje fungování kapitalismu – Hernanda de Soto. Tento peruánský ekonom se ve své knize „Mysterium kapitálu“¹³ snaží vysvětlit, proč kapitalismus funguje v západních společnostech, zatímco selhává především v zemích třetího světa. Podle něj není příčinou ani tak chudoba nižších tříd a už vůbec ne jejich nedostatek podnikatelské iniciativy, ale především chybějící „právní infrastruktura“, tedy hlavně to, že především nižší třídy třetího světa nemají nijak chráněna vlastnická práva hlavně ke svému nemovitému majetku a ten se pak tudíž nemůže produkovat kapitál (např. když nemáte právem uznaný vlastnický titul ke „svému“ domu, nemůžete si vzít hypotéční úvěr apod.) a že legálnímu podnikání jsou kladeny mnohé byrokratické překážky (de Soto např. spočítal, že legální koupě nemovitosti v Limě znamená navštívit různé úřady 227krát). Tajemství úspěchu kapitalismu tedy spočívá v právním systému, který dobře chrání vlastnická práva, což může být na první pohled v souladu jak s tezemi Webera (buržoazie potřebuje právní jistotu a tedy i zajištěné vlastnictví), tak s tezí o právním původu. De Soto však neříká, jestli je pro rozvoj kapitalismu v dané zemi prospěšnější civil law nebo common law; celá pátá kapitola jeho knihy ostatně obsahuje podrobný rozbor toho, jak USA 18. a 19. století musely postupně odvrhnout mnohé koncepty anglického common law, aby dosáhly „legalizace“ protiprávní (či přesněji „mimoprávní“) držby půdy amerických osadníků, a tak zabránily sociálním a politickým otřesům a nastartovaly kapi-

Philosophy and General Jurisprudence, Volume 9, A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World 1600- 1900, Dordrecht 2009, str. 252 a násl. Je samozřejmě otázkou, jak „měřit“ míru administrativy a pak rozhodnout, který stát již je administrativním státem a který ještě ne. Z tohoto úhlu pohledu je dobré poznamenat, že po r. 1066 se Anglie centralizuje dříve než kontinentální státy a nejspíše má i vyšší míru administrativní kontroly nad obyvatelstvem (k tomu viz dále).

¹¹ K tomu viz např. Caenegem, R.C. van: Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History, Cambridge 1987, str. 73 a násl.

¹² K tomu viz česky např. Knapp, V.: Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy, Praha 1996, str. 175.

¹³ de Soto, H.: The Mystery of Capital – Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else, New York 2000. Pracoval jsem s českým vydáním de Soto, H.: Mysterium kapitálu, Praha 2007.

talismus – anglické common law se tedy dle de Sota projevilo spíše jako překážka, než jako podpora kapitalismu.

Přesto mají de Soto a ti, co zastávají tezi o právním původu, na ideové rovině mnoho společného a to v názoru na roli státu. Státní regulace je v obou případech chápána jako jakési nutné zlo – podle teze o právním původu státní regulace s sebou nese neefektivitu, zatímco efektivita je zajištěna interakcí soukromých iniciativ; podle de Sota musí stát vlastně „jen“ zlegalizovat spontánně vzniklá „mimoprávní“ pravidla o „vlastnictví“ a tím uvolnit nahromaděný majetek a iniciativu chudých, aby došlo k rozvoji kapitalismu – už však příliš nepracuje s tím, že by stát měl ony „mimoprávně“ vzniklá pravidla, nad jejímž dodržováním bdí neformální instituce často se podobající mafiím, nějak změnit, aby je učinil třeba spravedlivějšími. V pozadí obou názorů jsou samozřejmě zcela zřetelné představy o spontánním řádu vzniklém ve společnosti ze zdola, které v přehledné a jasné podobě nalezneme typicky u Hayeka¹⁴ a ve formě politických a žurnalistických prohlášení u kdekoho, kdo sám sebe nazývá liberálem. Poťouchlý člověk by jistě na tuto tezi o prospěšnosti spontánního řádu namítl, že rozvoj amerického průmyslu nebyl nejspíše zapříčiněn efektivním spontánním řádem, ale spočíval v (pro někoho výhodné) „privatizaci“ majetku federálního i jednotlivých států a byl podpořen státními ochrannými opatřeními,¹⁵ nebo se zeptal proč různé finanční instituce tak ochotně natáhly ruce pro státní pomoc v časech finanční krize, když před tím tak volaly po deregulaci finančního trhu, proč vlajková loď kapitalismu – USA – před nedávnem provedly jedno z největších znárodnění vůbec, proč se tak rozvíjí čínské hospodářství, když velkou část čínských podniků přímo či nepřímo kontroluje stát a ochrana vlastnických práv (především pokud jde o výrobní prostředky) je v Číně dodnes pochybná¹⁶, nebo proč se nižší třídy tak vehementně domáhaly ochrany ze strany státu proti laissez-faire kapitalismu cca od 2. poloviny 19. století, když jejich vlastnická práva byla tak výborně chráněna tehdejší liberálním právem...

¹⁴ Viz klasickou práci Hayek, F.A. von: Právo, zákonodárství a svoboda. Nový výklad liberálních principů a politické ekonomie, Praha 1994 (orig. London, 1973).

¹⁵ Wright Mills, Ch.: Mocenská elita, Praha 1966 (orig. The Power Elite, New York 1959), str. 133: „... vývoj soukromého průmyslu ve Spojených státech byl do velké míry zajištěn přímými dary ze sféry národního majetku. Státní, místní i federální vedení věnovala zdarma půdu železnicím, platila náklady na stavbu lodí a na přepravu důležitých poštovních zásilek. Podnikatelé dostali mnohem více ladem ležící půdy než drobní nezávislí usedlíci. Zákonem bylo stanoveno, že uhlí a železo nepodléhaly ustanovením o nerostném bohatství, podle nichž si vláda osobovala práva na půdu, kterou pronajímala. Vláda subvencovala soukromý průmysl stanovením vysokých cel, a kdyby daňoví poplatníci ve Spojených státech nebyli svou vlastní prací zaplatili vydláždění silnic, ani všechen vtíp, ani hospodárnost by Henrymu Fordovi nebyly umožnily stát se multimilionářem z automobilového průmyslu.“

¹⁶ Viz např. nedávno publikovaný článek v časopise The Economist o privatizaci a ochraně vlastnických práv v Číně: Privatisation in China: Capitalism confined, The Economist, vol. 400, no. 8749, 3. září 2011, str. 58.

V. Kritika legal origin thesis „zevnitř“, aneb jak jsou sestavena data a co vlastně ukazují

Kritika nějaké teorie může být buď prováděna z vnějšku, nebo zevnitř. Kritika z vnějšku spočívá v tom, že se poukáže na nějaké „slepé skvrny“, tedy fakta, která teorie nevidí (připomeňme, že slovo „teorie“ je odvozeno od řeckého „theoriá“, což znamenalo mimo jiné „vidění“) – tak se dá např. Weyrovi vyčítat, že se jeho teorie nezabývá spravedlností, což by u teorie práva mohlo být do-cela podstatným nedostatkem. Taková kritika z vnějšku je pak často zakonče-na tím, že ona teorie nemá velkou hodnotu. Rozumní tvůrci teorií však vědí, že vždy něco uniká jejich „vidění“ a častokrát nám tedy řeknou, že něco je neza-jímá, nebo že něco jejich teorie neumí vysvětlit – např. Weyr napsal, že o spravedlnosti nedovede cokoli říci, což ho mrzí, a proto o ní mluvit nebude. Neboli rozumní tvůrci teorie nemají ambici pokusit se o jakousi „teorii všeho“ a do-rovolně a otevřeně svou teorii omezí, což jim můžeme těžko vyčítat. Kritika zevnitř je rafinovanější, protože používá hypotézy kritizované teorie a její nástroje, aby ukázala, že ani když tento teoretický arzenál použijeme, nedo-jdeme ke stejnému výsledku jako tato teorie – tak např. se dá kritizovat Wey-rova teorie za to, že neumí nijak popsat a formalizovat normativní vyplývání (tedy, že neumí vypracovat normativní logiku). Tato kritika je tedy daleko závažnější, provádí se obtížněji, protože vyžaduje hlubší pochopení kritizova-né teorie, a nemusí nutně vést k odmítnutí teorie, ale naopak ke snaze o její zlepšení. Zde se pokusím o kritiku legal origins thesis nejdříve zevnitř a potom z vnějšku.

Kritiku zevnitř můžeme začít na úrovni kritiky dat a jejich interpretace: Nebo-li, dokazují data poskytnutá zakladateli „legal origin theses“ opravdu vyšší ochranu vlastnických práv (typicky akcionářů), flexibilnější pracovní trh nebo dokonce vyšší míru demokracie? I mezi těmi, kdo vycházejí z pozic podobných „legal origin thesis“ je tato teze zpochybňována.

Za prvé, problém přichází s některými proměnnými, z nichž vychází výzkumy výše zmíněných zastánců legal origins thesis. Soustředme se např. na první dva články propagující tuto tezi a na první soubory dat (datasets), v nich pou-žité, protože představují základ, od nějž se odvíjí všechny další práce výše zmíněného kolektivu autorů.¹⁷ Např. proměnná „rule of law“ v datasetu v článku „Legal Determinants of External Finance“ popisující úroveň vymaha-telnosti práva (law enforcement) je založena podle autorů na subjektivním odhadu investorů samotných o vymahatelnosti práva, který samozřejmě ne-

¹⁷ Pro první dataset a první hypotézy o efektivnosti common law v případě ochrany akcionářů proti „vyvláštění“ ze strany managementu viz La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R.: Law and Finance, NBER Working Paper 5561, publikovaný v Journal of Political Economy, 1998, vol. 106, č. 61, str. 1113 - 1155; pro dataset a hypotézy o efektivnosti v přístupu k vnějšmu financování (tedy jak na ka-pitálových trzích, tak prostřednictvím úvěru) viz La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R.: Legal Determinants of External Finance, The Journal of Finan-ce, roč. 52, č. 3, červenec 1997, str. 1131 - 1150.

musí korespondovat s realitou – z článku samotného se nedovíme, zda jde o odhad velkých institucionálních investorů, nebo o drobného podnikatele, který si chce třeba v cizí zemi založit obchodní společnost. Podle autorů vychází z „International Country Risk Guide“, produkovaného soukromou společností PRS Group; když se na tento „guide“ podíváme, zjistíme, že jediná proměnná týkající se práva je „law and order“, že není určována na škále 0 až 10 jako v článku, ale na škále 1 až 3 - takže nemůžeme vůbec z veřejných zdrojů zjistit, jak je sestavena.¹⁸ Je tedy velmi nejasné a také obtížně kontrolovatelné, na základě čeho a jak je tato proměnná vlastně kvantifikována.

Jiná proměnné charakterizující ochranu investorů v článku „Law and Finance“ vychází z kvantifikace skupiny práv, které mají minoritní akcionáři proti „vyvlastnění“ ze strany managementu (autoři je nazývají „antidirector rights“), přičemž je vybráno šest práv, kterým je buď přiřazena hodnota 1, pokud je právo na straně akcionáře naplněno, nebo 0 pokud spíše prospívá managementu. Mezi těchto šest práv patří: zda právo hlasovat může být vykonáno pouze přímo či zástupcem (přiřazena 0), anebo může akcionář hlasovat i na dálku (per rollam, přiřazena 1); zda akcionář musí před valnou hromadou uložit své akcie u nějakého depozitáře (přiřazena 0), anebo zda s nimi může volně disponovat kdykoli před zasedáním valné hromady (přiřazena 1); zda mohou minoritní akcionáři prosadit proporcionální obsazení představenstva (přiřazena 1), anebo zda funguje princip, že majoritní akcionáři obsadí (podle většinového principu) představenstvo jakkoli (přiřazena 0); zda se mohou minoritní akcionáři bránit soudní žalobou proti rozhodnutí valné hromady či zda mohou požadovat odkup svých akcií, pokud s rozhodnutím valné hromady nesouhlasí (přiřazena 1), anebo nikoli (přiřazena 0); zda jsou nové akcie přednostně dány k úpisu stávajícím akcionářům (přiřazena 1) anebo ne (přiřazena 0); podle toho, jak velká akciová minorita může vyvolat svolání mimořádné valné hromady, je země zařazena do škály od 0 do 5.

Tento pokus je sice chvályhodný, ale opomíjí některé „detaily“, které mohou být v posledku rozhodující – např. v právě proběhnutých squeeze-outech v ČR, které byly umožněny novelou obchodního zákoníku z r. 2005, byly malým akcionářům odkoupeny jejich akcie i proti jejich vůli a za cenou „přiměřenou“ (jak praví zákon), tedy cenu stanovenou soudním znalcem, kterého najal management společnosti ovládané majoritním vlastníkem, kterou i soudy v následujících sporech sice považovaly za adekvátní, ale z hlediska tržního byly někdy dosti podhodnocené. Toto „vyvlastnění malých akcionářů velkými“, na němž mnozí malí akcionáři prodělali, tedy proběhlo vlastně v situaci, kdy jim nebylo upřeno žádné z jejich šesti práv, které sleduje tento dataset, takže z hlediska tohoto datasetu, je takováto ochrana českých práv minoritních akcionářů vlastně v pořádku. Neboli, těchto šest „antidirector rights“

¹⁸ Viz internetové stránky www.prsgroup.com/ICRG_Methodology.aspx, naposledy navštíveno 30.9.2011.

vůbec nemusí pro akcionáře v posledku znamenat vůbec nic, když v mnoha případech selže soudní kontrola squeeze-outu jako u nás.

Proto se můžeme legitimně ptát, zda z takovýchto datasetů je možné vůbec odvozovat nějaké relevantní závěry.

Za druhé, data sestavená zakladateli teze o právním původu nejsou schopna vysvětlit ekonomické jevy, které by vysvětlit měla být schopna. Dokonce i Klerman a Mahoney, kteří v zásadě s legal origins thesis souhlasí, ukazují, že tato teze není schopna vysvětlit hospodářský růst země. Podle jejich dat vykazují země s common law větší hospodářský růst, než země civil law od r. 1960 do r. 2003. Tatáž data ale ukazují, že bývalé kolonie, které přejaly nizozemské, španělské a portugalské právo vykazují vyšší hospodářský růst než země, bývalé francouzské kolonie. Usuzují tedy na to, že problém nižšího hospodářského růstu v bývalých francouzských koloniích by mohl být způsoben zvláštnostmi francouzské koloniální politiky a ne nutně francouzským právem. Na obecné úrovni pak vyslovují hypotézu, že koloniální politika, která se nevyčerpává pouze na úrovni ekonomiky, ale třeba i v oblastech jako je vzdělání, by mohla být faktorem ovlivňujícím ekonomický rozvoj země závažnějším způsobem, než původ jejího právního systému.¹⁹

Za třetí, interpretace dat sestavená zakladateli teze o právním původu se mohou stát obětí nejčastějšího omylu sociologie – tedy chybějící příčinné souvislosti. Jak vtipně ukázal ve své populární knize o sociologickém výzkumu Disman, z toho, že se na nějakém místě vyskytuje vysoký počet čápů a zároveň i vysoká porodnost, ještě nemůžeme usoudit, že čápi nosí děti.²⁰ Neboli, aplikováno na případ teze o právním původu, z toho, že je v nějaké zemi nízká ochrana investic, málo rozvinuté finančnictví atd. ještě nutně neplyne, že je to způsobeno právní kulturou dané země. Tímto směrem jde spíše vtipná kritika Marka Westa, který nachází silnou korelaci na úrovni dat (silnější než zakladatelé teze o právním původu) mezi „legal origins“ dané země a úspěšností této země na mistrovství světa ve fotbale – země právním původem ve francouzské právní kultuře jsou podle veškerých dat ve světovém šampionátu úspěšnější, než ty s common law (byť kolébkou fotbalu je Anglie).²¹

¹⁹ Klerman, D. Mahoney, P., Spamann, H., Weinstein, M.: Legal Origin and Economic Growth, preliminary draft, dostupný na http://www.law.ucla.edu/docs/klerman_paper.pdf, naposledy navštíveno 30.8.2011.

²⁰ Disman, M.: Jak se vyrábí sociologická znalost, 3. vydání, Praha 2002, str. 21 a násl.

²¹ West, M.: Legal Determinants of World Cup Success" (Discussion Paper No. 009, University of Michigan John M. Olin Center for Law & Economics, 2002), dostupný na <http://www.law.umich.edu/CENTERSANDPROGRAMS/OLN/abstracts/discussionpapers/2002/west02-009.pdf>.

VI. Kritika legal origin thesis „zevnitř“, aneb co říkají právní komparatisté

Nejmohutnější vlna kritiky legal origin thesis však přišla, jak se dalo očekávat, z řad právních komparatistů. Jádro těchto kritik spočívá hlavně v tom, že zakladatelé „legal origins thesis“ chápou common law i civil law ve velmi zjednodušené podobě, která vlastně vůbec nemusí být pravdivá – v tom se podobají např. současným studentům práv, kteří u státních zkoušek omílají, že angloamerické právo stojí na precedentech (a zákonodárství je podružné), zatímco kontinentální na zákonech (a soudcovská tvorba práva je podružná), což prý vede k nižší míře právní jistoty v angloamerickém právu a vyšší míře právní jistoty v kontinentálním právu – tito nedbalí studenti vlastně nevědomky argumentují opačně než „legal origins thesis“, nicméně stejně pochybně či dokonce zcela špatně. Jedna z hlavních kritik komparatistů tedy spočívá v tom, že „legal origin thesis“ common law chápe jako právo soudcovské, které je flexibilnější, zatímco civil law jako právo postavené na zákonících, které minimalizují soudcovskou právotvorbu a je tudíž rigidní.²² Není snad třeba ani připomínat, že tato úvaha je zásadně chybná – kdybychom se (podobně jako zakladatelé „legal origins thesis“) zabývali soudcovskou právotvornou pouze ve francouzském právu bezprostředně po přijetí „vlajkové lodi“ francouzského práva, tedy Code civil, je nepochybné, že soudcové již během 19. století pod pláštíkem interpretace kodexu přetvořili některé právní instituty a jiné dokonce celé vytvořili.²³ (A to nemluvíme o francouzském správním právu, které je z velké části postaveno na soudcovské tvorbě práva²⁴). A naopak: mnohé instituty common law a to i ty, které se týkají třeba ochrany akcionářů, jsou dány zákonem velmi detailně, takže soudcovská právotvorba je v těchto oblastech vlastně vyloučena, zatímco podobné instituty jsou v civil law upraveny sice zákonem, ale obecně, takže kontinentální soudci mají větší možnost být tvořivými při jeho interpretaci.²⁵

²² Pro tuto kritiku viz např. Mattei, U.: Comparative Law and Economics, Ann Arbor 1997, který ukazuje, že takový pohled na common law a civil law je vlastně zastaralý a neodpovídá skutečnosti. Pistor zase třeba argumentuje, že doktrína dobré víry uplatňovaná v obchodních vztazích, která je jednou z hlavních rozdílností mezi common law a civil law, není produktem zákonodárství, ale soudců. Viz Pistor, K.: Legal ground rules in coordinated and liberal market economies, ECGI Law Working Paper No 30/2005.

²³ To nejspíše poprvé popsal již Gény na konci 19. Století. Viz Gény, F.: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique, 2. revidované a aktualizované vydání, Paris 1919, zejm. svazek první.

²⁴ Např. pro pohled z common law viz Bell, J.S., Brown, L.N.: French Administrative Law, Oxford 1993; pro judikaturu jako pramen správního práva přehledově viz Rousset, M., Rousset, O.: Droit administratif I, L'action administrative, 2. vydání, Grenoble 2004, str. 52 a násl.

²⁵ Např. podle jedné z britských autorit na korporační právo extrémně detailní britský Corporate Act vlastně fakticky znemožňuje soudcům tvořit právo, zatímco stejný autor tvrdí, že kontinentální soudci jsou při interpretaci obecných zákonných ustanov-

Druhá velká kritika spočívala ve zpochybnění zařazení dané země podle právního původu či (chcete-li užívat v české literatuře tradičnější výraz) právní kultury. Ve svých prvních souborech dat (datasets) výše zmínění autoři pracovali s kategoriemi právního původu v common law, francouzském právu, německém právu a skandinávském právu. Už to samo o sobě je problematické: Dá se např. země, které byly ovlivněny rakouským, německým a švýcarským právem zařadit automaticky tak, že má původ v německém právu, když si uvědomíme třeba rozdíly mezi rakouským, německým a švýcarským občanským zákoníkem (z nichž ten poslední byl ovlivněn i francouzským právem)²⁶? Toto dělení podle právního původu vycházející z dominantních evropských právních tradic je také příliš „eurocentrické“, vezmeme-li v úvahu, že typicky islámské země, Indie, Čína či Japonsko měly dlouho předtím, než začaly samy či nuceně své právo přizpůsobovat common law či civil law, své vlastní svébytné a originální právní tradice často starší než ty evropské a tyto tradice mohou ovlivňovat právní prostředí ekonomiky i dnes – jako jasný příklad vezmeme zákaz lichvy v islámském právu (arabský termín „ribá“ označuje sice lichvu, ale může být vztaheno i na úrok), které podmínilo specifickou podobu současného bankovníctví islámských zemí, nebo fakt, že islámské právo nezná vůbec právnickou osobu jako samostatný subjekt práva, což se někdy projevilo v občanském i obchodním právu islámských zemí.²⁷

Neméně problematické, než samotné kategorie právní kultury jsou problematická zařazení země do již zvolené právní kultury. Autoři legal origin thesis provedli ve svých dvou základních člancích např. následující zařazení: Israel, Jižní Afrika, Srí Lanka jsou zeměmi s anglickým právním původem; Nizozemí a Turecko jsou země s francouzským právním původem; Japonsko je země s německým právním původem. Toto zařazení je velmi problematické: Izraelský právní systém se sice v současnosti nejvíce blíží systému common law a zejména izraelské zákony regulující obchodní právo se inspirovaly americkými vzory (zatímco již dvacet let připravený návrh občanského zákoníku vychází zase ze vzorů kontinentálních), ale ve skutečnosti jde o smíšený právní systém s dalšími prvky kontinentálního, osmanského (která se od 19. století měnilo především podle francouzských vzorů), arabského a tradičního židovského

vení volnější. Viz Davies, P.: *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 6. vydání, London 1997.

²⁶ Pro francouzský vliv v ZGB viz např. Tuor, P., Schnyder, B., Schmid, J.: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. vydání, Zürich 1995, str. 1 a násled.

²⁷ Např. v Saúdské Arábii zákaz „ribá“ znemožnil v 80. letech poskytování hypotéčních úvěrů, podobně jako zkomplikoval placení úroků dlužníky v případě bankovních úvěrů viz Vogel, F.E.: *Islamic Law and Legal System. Studies in Saudi Arabia*, Leiden-Boston.-Köln 2000, str. 117 a násled a str. 123 a násled. Zákon z r. 1965 v Saúdské Arábii zavedl možnost vzniku korporací podle evropského vzoru (zprostředkovaného skrze egyptské právo) včetně společnosti s ručením omezeným a akciové společnosti. Viz tamtéž, str. 288 a násled.

práva.²⁸ A kam třeba zařadit Jižní Afriku s jejím právním systémem mísícím Roman-Dutch Law a anglické právo, přičemž zákony regulující obchodní právo jsou inspirovány zejména anglickým právem, ale právo vlastnické a obligační vycházejí z civil law,²⁹ anebo Srí Lanku, kde vedle anglického práva platí zásadně i mnoho nizozemských právních norem vycházejících z římského práva? Řadit je mezi common law není vůbec nepochybné. Zajímavý je i případ Nizozemí, byť to tak na první pohled nevypadá: Pokud si otevřeme první ze sešitů International Encyclopedia of Comparative Law z šedesátých let (jehož hlavním editorem byl mimochodem Viktor Knapp), je nizozemské právo řazeno do okruhu práva francouzského a to zejména z historického důvodu, že Nizozemí přejalo francouzský Code civil v době Batavské republiky a pozdější nizozemský občanský zákoník z r. 1838 jím byl také ovlivněn.³⁰ Bližším čtením pouze přehledové literatury se však dovíme, že interpretace a aplikace tohoto zákoníku během 19. století spíše probíhala v duchu německé tzv. pojmové jurisprudence, kterou se nechal inspirovat nizozemský Nejvyšší soud (Hoge Raad), a že tento trend pokračoval, takže nový nizozemský občanský zákoník, který vstoupil v účinnost v celku v r. 1992 (Nederlands Burgerlijk Wetboek) vykazuje jasné podobnosti s německým BGB.³¹ A pokud jde o korporační právo, praxe zvláštního soudního senátu u amsterodamského odvolacího soudu (Gerechtshof), který soudí spory korporačního práva (Onderneemingskamer) podle svého předsedy, s nímž jsem hovořil, hojně vychází při svém rozhodování z angloamerického práva, protože mnohé obchodní společnosti z angloamerického prostředí sídlí v Amsterdamu. Do jaké právní rodiny či kultury tedy nizozemské korporační právo patří? Podobně se dá pochybovat o zařazení Turecka mezi země s francouzským právním původem a Japonska mezi země s německým právním původem – osmanská říše skutečně přijímala francouzské vzory v 19. století, později se Turecko dostalo na cestu práva švýcarského, zatímco Japonsko přejelo common law. V článku „Law and Finance“, v němž autoři legal origins thesis zformulovali poprvé, připouštějí, že je problém se zařazením země pod některý z vytýčených právních původů, že se však snažili zařadit zemi vždy do té kultury, která v daném státě získala pozici jako první; to sice dobře vysvětluje jejich zařazení Japonska a Turecka, ale již ne Jižní Afriky, Izraele, Srí Lanky či Nizozemí, které mělo svou svébytnou právní kulturu postavenou na římském právu a tzv. elegantní jurisprudence dávno před Code civil.

²⁸ Viz např. Shalev, G.: Israel, in Smits, J.M. (ed.): Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Cheltenham – Northampton, str. 350.

²⁹ Viz např. Plessis, J.E. du: South Africa, in Smits, J.M. (ed.): cit. dílo, str. 669.

³⁰ Knapp, V. (ed.): International Encyclopedia of Comparative Law, svazek I.

³¹ Hondius, E.H.: Classification, in Chorus, J. et al. (ed.): Introduction to Dutch Law, 3. vydání, 1999, str. 63 a násl. Jan Smits také tvrdí, že nizozemské právo lze umístit někde mezi francouzské a německé právo, přičemž vliv německého práva je větší, zejména po r. 1992, kdy byla přijata poslední část NWB. Viz Smits, J.M. (ed.): cit. dílo, str. 493.

Anebo si vezměme si třeba české právo, které autoři legal origin thesis v jedné z pozdějších studií³² zařadili mezi země s původem v německém právu. Jen české občanské právo má svůj původ v rakouském ABGB (který vznikl téměř o století dříve než německý BGB), které bylo interpretováno v duchu německé právní vědy cca od druhé poloviny 19. století (samozřejmě nikoli otrocky, ale nejspíše svébytně), ale které bylo od těchto dob „zaneseno“ mnoha vlivy tzv. socialistického práva (přičemž tzv. socialistické občanské právo, jehož výraz můžeme najít typicky v původním občanském zákoníku z r. 1964, se zase z určitého úhlu pohledu jeví jako inspirované německým občanským právem, protože vzorem pro tento zákoník byl občanský zákoník RSFSR, který přejal částečně systematiku německého BGB). Máme tedy zařazovat české právo en bloc mezi země s původem v německém právu?

Mnozí komparatisté pak šmahem neodmítli celou představu o souvislosti mezi právním řádem a ekonomickým rozvojem země a snažili se vylepšit proměnné, které charakterizují právní systém země. Tak např. německý právní komparatista Matthias Siems poté, co ukázal, že v zařazení 129 zemí podle právního původu, které provedli autoři legal origin thesis, je diskutabilních celých osmdesát procent zařazení, navrhl přepracovat data o ochraně věřitelských práv vypracovaná Djankovem a ostatními v článku „Private credit in 129 countries“ zmíněném výše tak, že zařadil země nikoli podle kritéria common law/civil law, ale podle následujících proměnných: koloniální minulost země (tedy která evropská velmoc zemi kolonizovala), jazyk (kritérium vhodné proto, že ve stejném jazykovém prostředí se podle Siemse snadněji šíří i právní názory, instituce a jiné „transplantáty“ z dominantních právních kultur, typicky od bývalých kolonizátorů), vztah mezi právními předpisy a soudními rozhodnutími (zde Siems zvolil stejné kritérium z článku La Porta a ostatních³³ postavené na pravomocích nejvyššího soudu země k přezkumu legislativy a na jeho nezávislosti) a formálnost či naopak flexibilitu právního systému (zde vychází z kritérií Djankova a ostatních o formálnosti soudů³⁴, že právní systém je formální pokud 1) jakékoli podání soudu musí být právně odůvodněno, 2) rozhodnutí soudu musí být právně odůvodněno, 3) rozhodnutí musí být založeno na právu, nikoli na ekvité). Jeho data pak ukazují vysokou míru korelace mezi koloniální minulostí země a jazykem a ochranou věřitelových práv (creditor- rights score vypracované Djankovem a ostatními ve výše citovaném článku „Private credit in 129 countries“), zatímco žádnou korelaci u

³² Zatímco první články citované výše vycházely ze zkoumání dat ze 42 zemí, později došlo k rozšíření souboru dat na 129 zemí, mezi nimiž byla i Česká republika.

Viz Djankov, S., McLiesh, C., Shleifer, A.: Private credit in 129 countries, *Journal of Financial Economics*, vol. 84, 2007, str. 299–329.

³³ La Porta, R. a ostatní: Judicial Checks and Balances, *Journal of Political Economy*, vol. 112, 2004, str. 445 a násl.

³⁴ Djankov, S., La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A.: Courts, *Quarterly Journal of Economics*, květen 2003.

druhých dvou kritérií, přičemž míra korelace dvou prvních kritérií je vyšší než korelace s legal origin podle Djankova a ostatních.³⁵

Samozřejmě i Siemsovy proměnné používané pro měření dat lze snadno zkritizovat, pokud jde o poslední dvě kritéria: Je otázkou, zda vztah právních předpisů k soudním rozhodnutím, tedy kritérium, které by v ideálním případě zachycovalo judicial review a soudcovskou „tvořivost“ při aplikaci práva, je opravdu nejlépe vyjádřeno postavením a pravomocemi nejvyššího soudu země (a který soud by byl nejvyšší soud země u nás? Nejvyšší soud, Nejvyšší správní soud, nebo Ústavní soud?); rovněž se můžeme pozastavovat nad tím, zda nutnost právního odůvodnění podání či rozsudku nejlépe vyjadřuje něco jako „formálnost“ právního systému, přičemž kritérium, zda rozhodnutí může být odůvodněno právem či ekvitou mi nedává dobrý smysl, když třeba anglo-americká equity je součástí systému tamějšího práva a rozhodnutí podle equity není individuální úvahou soudce o spravedlnosti jeho případu, ale spíše aplikací doktrín pocházejících z precedentů v oblasti equity; kromě toho, když soudce interpretuje zákon, aby byl v souladu s jím předpokládaným pojetím spravedlnosti, jde o rozhodnutí odůvodněné právem, nebo ekvitou? Navíc toto kritérium bylo podle Djankova a ostatních autorů článku „Courts“ sestaveno na základě dotazníku rozeslaného právníkům advokátních kanceláří zapojených do sítě Lex Mundi, což může být problematické.

Přesto Siemsova data ukazují, že mimoprávní kritéria jako koloniální minulost země a jazyk mohou být stejně dobře či dokonce lépe vystihujícími kritérii pro ochranu vlastnických práv, než právní původ dané země.

Siems se podílel i na dalším zlepšování proměnných a souborů dat, aby byly výstižnější. Konkrétně byly připraveny čtyři soubory dat, z nichž tři se týkají pouze pěti zemí (Francie, Německo, Velká Británie, USA a Indie) a snaží se postihnout ochranu akcionářů, ochranu věřitelů a regulaci pracovněprávních vztahů v těchto zemích v letech 1970 – 2005; čtvrtý postihuje ochranu akcionářů mezi léty 1995 – 2005 a zahrnuje data o dvaceti zemích, mezi něž patří i Česká republika, a proto se zaměřím na něj. Článek Armoura, Deakina, Sarkara, Siemse a Singha³⁶ pak použil tento čtvrtý dataset, aby ukázal korelaci mezi ochranou práv akcionářů a vyspělostí kapitálových trhů (tato data vycházejí především z podílu kapitálového trhu na HDP země). Výhodou těchto čtyř souborů dat je to, že země již nejsou tříděny podle právního původu, snaží se o průhlednější postup vážení jednotlivých proměnných (který nutně vyžaduje subjektivní soud výzkumníka), snaží se kódovat nejen legislativu, ale i soft law

³⁵ Siems, M.: Legal Origins: Reconciling law & finance and comparative law, McGill Law Journal, roč. 52, 2007, str. 55 a násl.

³⁶ Armour, J., Deakin, S., Sarkar, P., Siems, M., Singh, A.: Shareholder Protection And Stock Market Development: An Empirical Test of the Legal Origins Hypotheses, ECGI Law Working Paper No. 108/2008, May 2008, dostupný na <http://ssrn.com/abstract=1094355>, staženo 30.8.2011. Publikováno i v Journal of Empirical Legal Studies, roč. 6, číslo 2 (2009), str. 343 a násl.

a judikaturu, ale především se snaží o zachycení jednotlivých proměnných v delším časovém úseku. Výsledky mohou být pro čtenáře z ČR zajímavé, když vidí, jak se od roku 1995 do roku 2005 zvyšuje ochrana práv českých akcionářů na desetibodové škále z bodu 2 do bodu 4,2, zatímco stále zůstává třetí nejnižší ve sledované skupině zemí za (mimo jiné) Indií, Čínou, Brazílií, Lotyšskem a Argentinou, ale je stále ještě vyšší než v Pákistánu a Mexiku...

Zde však nejde o postavení ČR, ale spíše o jiné výsledky tohoto výzkumu. Autoři článku usoudili, že zatímco efektivnější ochrana akcionářů opravdu historicky měla svůj původ v common law, především ve zkoumaném období mnohé státy civil law zavedly také efektivní ochranu akcionářů, takže korelace s vyspělostí kapitálového trhu není významná. Nejen tyto výsledky pak kolektiv autorů vedou k tomu, že navrhli „slabou“ variantu legal origin thesis: Legal origin, který dané zemi přinesl její původní právní systém (či spíše ten, který byl do země importován první koloniální mocností), podle této „slabé“ verze nadále zůstává významným determinantem jejího ekonomického rozvoje, ale další změny práva, které následovaly poté (typicky přebírání či inspirování se právními úpravami z jiné kultury) může vliv legal origin významně korigovat. Člověk se pak může ptát, co tedy „slabá“ verze říká jiného než to, že změny právního řádu mohou vést ke změnám ekonomického života země, což je tvrzení ne zrovna moc zajímavé...

K nevýhodě členění na země s původem v common law či civil law se postavil jinak např. Kensie Kim, který provedl zajímavou analýzu právních řádů se smíšeným právním systémem (jako je Izrael nebo Jižní Afrika). Podle něj většina těchto zemí zažívala mírný či dokonce vyšší hospodářský růst než je celosvětový průměr a začínaly přitom jako země civil law, přičemž do dnešních dob si ponechaly civil law v oblastech práva regulujících vlastnictví a smlouvy, zatímco naopak přejaly své korporační právo a právo cenných papírů z common law.³⁷

Jinou kritiku legal origin thesis provedli nedávno Nuno Garoupa a Carlos Gómez Ligüerre v článku „The Syndrom of Efficiency of the Common Law“.³⁸ Podle nich je efektivnost common law dána tím, že jako kritéria efektivnosti jsou autory zastávajícími legal origin thesis vybrána ta, která jsou v common law rozvinuta, zatímco v civil law nikoli – neboli výběr kritérií efektivnosti sám předurčuje výsledek. Jako příklad, který oba autoři ukazují hned na začátku, lze uvést existenci správního soudnictví v podobě administrativních tribunálů s nezávislým postavením uvnitř správy (tedy správní soudcovní á la français), kterou prý angloameričtí zastánci legal origin thesis automaticky považují za méně efektivní i nezávislé, protože je prý více napojeno na vládu. Přitom ve francouzském právním prostředí navyklém na velký stát a státní

³⁷ Kim, K.: Mixed Legal Systems in Legal Origins Analysis, *Southern California Law Review*, roč. 83, str. 693 a násl.

³⁸ Garoupa, N., Gómez Ligüerre, C.: The Syndrom of Efficiency of the Common Law, *Boston University International Law Journal*, vol. 29, léto 2011, str. 287- 335.

zásahy do ekonomiky by mohlo být vhodné právě takového řešení problému správného soudnictví. Oba autoři pak představují další příklady z francouzského práva vlastnického a závazkového a ukazují, že mohou představovat vhodná řešení pro francouzskou situaci. Nejde jim tedy vůbec o to, aby ukázali, že francouzské právo je nějak efektivnější než common law, ale spíše o to, že různé výběry kritérií efektivity také vedou k různým závěrům o efektivitě, což zpochybňuje samotnou hypotézu, že by se efektivita právního systému dala nějak rozumně měřit.

Z výše podaných kritik především z řad právních komparatistů je tedy zřejmé, že když se pokusíme o zpřesnění kritérií, podle nichž budeme členit jednotlivé právní řády, pak právní původ nemusí být vůbec relevantní pro některý z aspektů hospodářského rozvoje země, ale svou roli mohou hrát naopak faktory jako koloniální minulost a jazyk (jako u Siemse), nebo že rozdíl mezi zeměmi common law a civil law se smazává v delším časovém horizontu (jako u zastánců „slabé“ verze legal origins thesis), případně když zpochybníme kritéria efektivity, která se velmi hrubě redukuje na to „čím více státu, tím méně efektivity“, můžeme zpochybnit celý koncept, že by se efektivita právního systému dala nějak měřit. A jsme vlastně zase zpátky u klíčové úvahy, o níž se veškeré měření efektivity opírá, tedy u úvahy, že trhy jakožto ztělesnění spontánního řádu jsou efektivnější, než státní regulace (viz část 4 výše).

VII. Kritika legal origin thesis „zevnitř“, aneb co říkají právní historici³⁹

Kritika může samozřejmě zaznít i z oboru právní historie, především pokud jde o názory Glaesera a Shleifera (prezentované v části 3 tohoto článku) na to, proč je common law efektivnější ve výše zmíněných oblastech. Lze nalézt totiž dost argumentů pro to, že anglické a francouzské právo se nevyvíjely tak, jak si Glaeser a Shleifer představují. V dalším vycházím především z jednoho článku dvou zastánců legal origins thesis, Klermana a Mahoneyho⁴⁰, na němž stavím své vlastní poznatky a úvahy.

Za prvé, tezi Glaesera a Shleifera, že anglická justice se vyvíjela jako více decentralizovaná a tedy více nezávislá na panovníkovi, než francouzská, lze zpochybnit poukazem na fakt, že anglická justice je ve středověku centralizována dokonce dříve než francouzská. Protože normanští králové dobyli zemi, celou si ji přivlastnili, „zinventarizovali“ v Domesday Book a rozdělili svým věrným baronům, centralizovali evropský stát v době, kdy Francie a Německo naopak pokračují v rozdrobování. To jim umožnilo centralizovat i soudní systém, cca

³⁹ Tato část je zkrácená verze mého příspěvku „Legal Origins? Aneb jak je důležitá pro zkoumání vztahu práva a hospodářství právní historie“, který jsem přednesl na konferenci „Hospodářství a právo“ konané dne 18.3.2011 v Karlových Varech a pořádané Vysokou školou Karlovy Vary.

⁴⁰ Klerman, D, Mahoney, P.G.: Legal Origin? in Journal of Comparative Economics, vol. 35 (2007), str. 278–293.

od reforem Jindřicha II. ve 2. polovině 12. století a královští soudci, kteří záhy vytvořili vlastní stav otevřený jen pro aristokracii, začali omezovat ve jménu krále pravomoci lokálních baronů. Anglická centralizace justice se tedy nemohla vůbec líbit lokálním baronům jakožto nejpočetnější části politického národa, a protože proběhla ještě před Magnou Cartou, těžko mohou Glaeser a Shleifer argumentovat, že baroni vyměnili schvalování daní za porotní soudnictví v Magně Cartě. Francie nastartovala podobný vývoj centralizace justice cca o sto let později za Ludvíka IX. V čem se tedy mají obě země lišit?

V obou zemích se také vyvinul brzy samostatný a uzavřený právnícký stav, který se v určitých obdobích různým způsobem stavěl proti královské moci a je jen velmi obtížné říci, v které zemi si vydobyl větší nezávislost. Je např. pravdou, že mnozí angličtí soudci 17. století vystupovali proti absolutistickým tendencím posledních Stuartovců (jmenujme třeba slavný příklad Cokea hájícího na konci své justiční kariéry práva a svobody Angličanů proti králi), ale je otázkou, zda to platí všeobecně – jistým indikátorem by mohlo být to, kolik soudců a jaké králové té doby jmenovali, potvrdili ve funkcích nebo naopak sesadili, což se při existenci biografii nejvyšších soudců snad dá provést.⁴¹ Rovněž je také pravdou, že od r. 1701 získali v Act of Settlement soudci záruky své nezávislosti. Na druhou stranu jsou angličtí soudci od 18. století až cca do 60. let 20. století viděni jako zástupci konzervativní třídy snažící se bránit se jakýmkoli změnám práva posilující jeho „pokrokový“ charakter (jako je např. sociální zákonodárství), poukazuje se na jejich spjatost s konzervativní stranou i na politické motivování jejich jmenování ze strany konzervativních „tories“.⁴² Francouzské soudce zase nemůžeme vidět jen jako prodlouženou ruku královské moci, protože král je možná nikdy efektivně nekontroloval. Již od třináctého století francouzští králové začali prodávat úřady šlechtě a tedy i úřad královského soudce si bylo možné zakoupit. Jak je také dostatečně známo, francouzští soudci brzy vytvořili zvláštní šlechtický stav (nikoli nepodobný anglickým barristers či později solicitors), který vlastně nezávisle na králi produkoval soudce ze svých vlastních řad. Takto se vlastně vedle tradiční vojenské šlechty (noblesse d'épée) ustavila zvláštní parlamentní šlechta soudcovských „talárů“ (noblesse de la robe), kterou král kontrolovat tak snadno nemohl. Kteří soudci tedy byli vlastně na konci středověku a v novověku více nezávislí na centrální moci státu, ti angličtí nebo ti francouzští?

Dokonce se dá říci, že francouzské parlamenty (především ten pařížský) rozvinuly, nejspíše od 17. století, jistou formu soudní kontroly zákonodárství: Když chtěl král vydat nějaký předpis či rozhodnutí (mezi nimi nebyla ostrá hranice), musel jej prostřednictvím kancléře odeslat nejvyšším soudním orgá-

⁴¹ Cenným pramenem zde mohou být životopisné glosy anglických soudců sestavených Fossem ve čtyřicátých letech 19. století. Viz Foss, E.: *The Judges of England with Sketches of Lives and Miscellaneous Notices Connected with the Courts at Westminster from the Time of the Conquest to the Present Time.*

⁴² Viz Stevens, R.: *The English Judges. Their Role in the Changing Constitution*, Oxford-Portland 2005, především kapitola první.

nům (tedy zejména parlamentům, kterých bylo třináct, přičemž pařížský měl největší okruh své jurisdikce), které předpis „vzaly na vědomí“ (enregistrer), nechaly opsat, příp. doplnily vysvětleními a jinými nutnými opatřeními a nakonec rozšířily všem nižším soudům nebo jiným úřadům – z dnešního pohledu tak plnily funkci jakési redakce Sbírký zákonů. Ovšem parlamenty si osobovaly v rámci „vzetí na vědomí“ i posoudit, zda předpis neodporuje právu. Tato pravomoc vycházela z povinnosti soudců parlamentu „chránit krále před ním samým“, tedy z povinnosti posoudit to, zda rozhodnutí, které král vydal na žádost jednotlivců, nezasahuje třeba do práv třetích osob nebo neodporuje královským ordonancím – král tak byl chráněn před chybami, které v návrhu rozhodnutí udělali ti, kteří po něm chtěli vydat ono rozhodnutí. Brzy se parlamentní výhrady začaly týkat i toho, že královské předpisy odporují „*los fondamentales*“, tedy jakési materiální ústavě země ne nepodobné anglické „*historical constitution*“.⁴³ Není proto divu, že zejména od 17. století se parlamenty staly jakousi hrází proti královskému absolutismu, která se opírala o tradiční středověké obyčejové právo, jež často chránilo zájmy lokálních feudálů, kteří chtěli centralizaci země v rukou krále úřednického aparátu zabránit. Král se proto s parlamenty dostával do častých sporů, které někdy vrcholily až vyhoštěním či uvězněním jejich členů.

Oproti tomu angličtí soudci (s jedinou, i když významnou výjimkou z r. 1610, ve věci *dr. Bonhama*⁴⁴) nikdy nepochybnili zákonodárství pocházející od panovníka a později od anglického parlamentu a doktrína suverenity parlamentu (ve smyslu, že parlament může vlastně cokoli kromě zavazování sebe sama do budoucna) patří dodnes k základním pilířům britské ústavnosti.⁴⁵ Které soudnictví tedy bylo více nezávislé na centrální moci v 17. a 18. století: anglické či francouzské?

Za druhé, v případě anglického soudního rozhodování *Glaeser* a *Shleifer* předpokládají, že jde o více nezávislý proces, protože od středověku případ rozhodovaly poroty, zatímco francouzské zase více ovlivnitelné vládou, protože místo porot rozhodovali profesionální soudci. To však také není úplně pravda. Především anglické poroty nebyly jakýmsi „laickými soudci“ (jak to může být vnímáno dnes), ale spíše „důkazním prostředkem“ – od porotců se očekávalo, že informují soudce (vyslané z centra od králova dvora) o faktech případu, protože šlo o lidi pocházející z komunity, v níž případ vznikl. Hlavně však byly poroty využívány ve sporech o nejcennější majetek nejen anglického středověkého šlechtice – ve sporech o půdu – a nikoli primárně ve sporech trestních;

⁴³ Pro mechanismus této „soudní kontroly zákonodárství“ viz např. Saint-Bonnet, F. Sassier, Y.: *Historie des institutions avant 1798*, Paris 2004, str. 306 a násl., nebo Nemo: P.: *Historie des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, Paris 2002, str. 121 a násl.

⁴⁴ Viz např. Plucknett, T.F.T.: *Bonham's Case and Judicial Review*, Harvard Law Review, roč. 40, 1926-1927, str. 30 a násl.

⁴⁵ Viz práci Goldsworthy, J.: *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford 1999.

používání porot v trestních věcech začalo až po r. 1214, kdy církev zakázala účast kněží na ordálech, a proto musel být použit nějaký jiný důkazní prostředek.⁴⁶ Angličtí rytíři si tak do jisté míry prostřednictvím porot udržovali kontrolu nad spory a jistou nezávislost na vyšších baronech (v tom by mohli mít Glaeser a Shleifer pravdu), ale zároveň byly poroty vybírány šerify, kteří zastupovali královskou moc. Ve středověké Francii se naopak svěřilo (cca od poloviny 13. století) za zavřenými dveřmi před profesionálním královským soudcem, takže rytíři i vyšší feudálové nemohli nejspíše účinně kontrolovat justici; je však také otázkou, do jaké míry ji mohl efektivně kontrolovat z centra král. Klerman a Mahoney proto zakončují, že je velmi problematické říci, který systém dokazování (zda před porotou či před soudcem) či soudnictví byl vlastně pro lokální šlechtu či naopak krále příznivější.

Za třetí, podle Glaesera a Shleifera má být Magna Carta interpretována jako záruka porotního soudu (*iudicium parium*), kterou lokální feudálové „vyměnili“ za souhlas s výběrem daní. Známy článek 39 Magny Carty však rozhodně nezaváděl instituci poroty (jak jsme viděli výše), protože poroty v civilních věcech existovaly již předtím a v trestních vznikly až jako důsledek čtvrtého lateránského koncilu, nikoli Magny Carty. Také nemůžeme článek interpretovat jako jakousi ústavní garanci práva na porotní soud – porota byla důkazním prostředkem, nikoli soudem, jak jsme také viděli výše. Jestliže by to byla garance práva na porotní soud, pak by se *common law* (jakožto právo královských soudů vytvořené jejich precedenty) nemohlo vůbec rozvinout, jednoduše proto, že by většinou níže postavení královi soudci nemohli soudit většinu baronů, tedy členů vyšší šlechty.⁴⁷ Co tedy „*iudicium parium*“ znamenalo? „Pouze“ to, že přímí královi leníci (*tenants in chief*), tedy nejvyšší vrstva baronů, bude souzena sobě rovnými, tedy jinými přímými leníky.⁴⁸ To ale zase není záležitost, kterou by neznalo třeba francouzské středověké právo – naopak, než se někdy během 15. století soudcové pařížského parlamentu (tedy nejvyššího soudu království) zprofesionalizovali, bylo naprosto normální, že v něm zasedali příslušníci nejvyšší šlechty, kteří se na něm soudili mezi sebou. Totéž ostatně platí i pro středověký český zemský soud. Nešlo tedy o žádný anglický „moderní výdobytek“. Magna Carta také získala svůj charakter listiny jakýchsi nezadatelných základních práv až v 17. století, kdy ji zejména Coke a jiní

⁴⁶ Viz Whitman, J.Q.: *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven- London 2008.

⁴⁷ Pollock, F., Maitland, F.W.: *History of English Law before the Time of Edward I.*, London 1996 (2. vydání reprintu, původní první vydání z r. 1895), svazek I., str. 171 a násl. K tomu viz velmi přehledně a stručně i Kempin, F.G.: *Historical Introduction to Anglo-American Law in a Nutshell*, St. Paul 1990, str. 66.

⁴⁸ Hanbury upozorňuje, že toto „*iudicium parium*“ v čl. 39 Magny Carty musíme vidět jako feudální privilegium, které se týkalo pouze „*peers*“, tedy těch, kteří náleželi k nejvyššímu šlechtickému stavu „*peerage*“ (tedy těm, co zasedali později ve Sněmovně lordů) a bylo zrušeno až r. 1948. Viz Hanbury, H.G., Yardley, D.C.M.: cit. dílo, str. 35.

právníci stojící proti královskému absolutismu začali používat jako záruku „odvěkých práv“.

Za čtvrté, Klerman a Mahoney upozorňují rovněž na to, že v Anglii se rozvíjí vedle soudnictví common law i zvláštní soudy kancléřské, které byly často obsazovány duchovními osobami, a proto se inspirovaly kanonickým právem, aplikovaly i římsko-kanonický proces a tedy neužívaly poroty. Místo toho kancléř a jeho soudy vyslyšali svědky a používaly nástroje písemného procesu. Na kancléře (a pak na jeho soudy) se tedy obraceli ti, kteří nemohli dosíci uspokojení svých nároků u soudů common law (protože formalistické a někdy i zkostnatělé common law tyto nároky neuznávalo), U kancléřských soudů se tedy vyvinula obdobná praxe, jako ve Francii, kde se na soudce pařížského parlamentu obraceli ti, kteří se svou pří neuspěli u místních soudů. Protože kancléř a kancléřské soudy nemohly rozhodovat podle common law, časem vyvinuly druhý systém soudcovského práva zvaný equity, který byl v mnohém flexibilnější a modernější než common law.⁴⁹ Klerman a Mahoney říkají, že equity přinesla mnohé modernizace a flexibilnější přístup, který lépe vyhovoval obchodu, a to bez přítomnosti porot. Vznik a rozvoj equity je tak jasným protipříkladem teze Glaesera a Shleifera, kteří přijetí právních řešení výhodnějších pro hospodářské vztahy připisují porotnímu soudnictví a nikoli kancléřskému soudnictví užívajícímu písemný proces.

Za páté, výše napsané řádky ukázaly, že paralel mezi anglickým a francouzským středověkým právem bylo nejspíše více, než jsme si dnes vědomi. Také Klerman a Mahoney opakují to, že během středověku i novověku jsou si oba systémy velmi podobné, navzdory tomu, že dnes vnímáme zjednodušeně angloamerické právo jako precedenční a kontinentální opět zjednodušeně jako postavené na abstraktním zákonodárství. Středověké a novověké právo je v obou systémech spíše tvořeno konglomerátem obyčejů, které jsou zapsány v nějakých právních knihách nebo které nám vyjevují soudci ve svých rozhodnutích. Římské právo, které středověká kontinentální Evropa recipuje, nebo kanonické právo jsou sice z části tvořené zákonnými texty (Justiniánský kodex či dekrety papežů) ale jeho velkou část tvoří výroky slavných právníků (Digesta), které pronesli, když radili císaři při rozhodování sporů, nebo učebnice (Institutiones), tedy nikoli abstraktní zákonodárství. A těmito římskoprávními myšlenkami jsou více než ovlivněny i anglické právní knihy od Glanvilla přes Bractona; římské právo tedy působilo v Anglii během 12. a 13. století na úrovni doktrinální.⁵⁰ I kontinentální středověké právo je plné partikularismů, podivuhodně lokálně podmíněných jurisdikcí (stejně jako právo anglické) a jedním z jeho významných zdrojů je tak i soudní rozhodnutí – kdo by třeba stu-

⁴⁹ Klasickým, často uváděným příkladem je ten, že zatímco common law v případě porušení smlouvy nahrazovalo škodu, equity přišla s možností vynutit si splnění smlouvy (specific performance). Viz např. Darbyshire, P.: *Eddey and Darbyshire on the English Legal System*, 7. vydání, London 2001, str. 139.

⁵⁰ K tomu viz přehledně např. Vinogradoff, P.: *Roman Law in Mediaeval Europe*, London-New York, 1909, str. 84 a násl.

doval jednání na českém zemském soudě třeba v 15. století, zjistil by, že šlechtici hájící svou při neustále citují předchozí nálezy soudu, což se velmi podobá práci s precedenty. Civil law a common law se tedy rozešly nejspíše až někdy později, a nikoli ve 12. a 13. století, jak tvrdí Glaeser a Shleifer; třeba až jako důsledek toho, co Merryman nazval ve svém slavném článku „francouzská úchylka“⁵¹ (i když i Merrymanova teze se dá dobře zpochybnit).

Lze tedy uzavřít, že historické důvody pro vznik specifické anglické právní kultury, které uvádějí Glaeser a Shleifer, je třeba odmítnout, protože mnohdy neodpovídají historickým faktům.

VIII. Kritika legal origin thesis „zvnějšku“, aneb jaký význam má vlastně hospodářský růst

Kritika legal origin thesis zvnějšku by mohla vypadat takto: I kdyby data indikovala větší efektivitu common law, co tato efektivita vlastně znamená? Pokud jde „pouze“ o efektivnější trhy, můžeme se legitimně ptát, proč by nás zrovna efektivnější trhy měly zajímat. Odpověď, kterou nám mohou dát ekonomové, je ta, že efektivnější trhy mohou vést k většímu hospodářskému růstu a ten zase k vyšší životní úrovni obyvatelstva. Ale to je něco, co tak důsledně nemusí platit. Můžeme totiž poukázat na to, že i když země vykazuje vysoký hospodářský růst, to samo o sobě nutně nemusí znamenat vyšší životní úroveň. Např. Izrael vykazuje dlouhodobě vysoký ekonomický růst (4,7 procent v roce 2010) a zároveň 19,9 procent obyvatelstva žije v chudobě (kromě ultraortodoxních Židů, kteří se nevěnují práci z náboženských důvodů, se na tomto počtu podílí izraelská Arabové, z nichž žije pod hranicí chudoby 53,5 procent, a Židé původem z Etiopie a z bývalého SSSR), přičemž chudnutí se ukazuje jako problém i u izraelské střední třídy (která protestuje především proti roustoucím nákladům na bydlení)⁵²; podobně můžeme říci, že i v Číně vykazující dlouhodobě jeden z nejvyšších hospodářských růstů na světě nevede růst k prosperitě celého obyvatelstva, ale prospívá „jen“ nově vzniklé střední třídě a třídám vyšším, zatímco situace chudých Číňanů se nijak závratně nezlepšuje. Když tedy ekonomický růst nevede k lepší ekonomické situaci lidí jako celku, ale naopak často k větším nerovnostem (je možné, že na Západě jako celku mizí střední třída a propadá se do chudoby⁵³) či k větší nejistotě lidí ohledně

⁵¹ Viz Merryman, J.H.: French Deviation, American Journal of Comparative Law, roč. 44 (1996), str. 109 a násl. Merryman zastává názor, že jako důsledek přílišné nezávislosti francouzských parlamentních soudců, kteří stranili konzervativním silám, francouzští revolucionáři učinili přítrž soudcovské právo tvorbě a využili osvícenecké myšlenky o racionálním zákonodárství a dělbě moci k prosazení teze, že jediným pramenem práva je zákon, a k vyloučení jakékoli soudní kontroly legislativy.

⁵² Viz Lerer, Y.: Indignation (sélective) dans les rues d'Israel, Le monde diplomatique, září 2011, str. 14 a násl.

⁵³ Viz Keller, J.: Tři sociální světy. Sociální struktura postindustriální společnosti, Praha 2010.

jejich budoucí ekonomické situace apod., měli bychom efektivitu práva měřit právě takto?

IX. Závěr, aneb jak je nebezpečné udělat z hypotéz fakta a z nich pak vyvodit praktická doporučení

Na závěr snad lze říci, že na tom, že teze o právním původu je nedokonalá, není nic divného – do budoucna lze tuto teorii měnit, více rozpracovávat atd., to je často situace, v níž se ti, kdo chtějí narušit stávající paradigma ve vědě, zhusta nacházejí. Kritika podaná v části 5 tohoto článku (tedy kritika proměnných a dat) může mířit v zásadě na většinu empirických kvantitativních výzkumů v sociálních vědách, protože vždy si musí autoři výzkumu zvolit nějaká kvantifikovatelná data jako indikátory jevu, který sledují, přičemž v zásadě zde vždy existuje nebezpečí, že data jsou sesbírána špatně, nebo indikátory nevystihují zkoumaný jev. Divné není ani to, že jsme se nejspíše nedověděli správnou odpověď na naši otázku, které právo je pro obchod nejvhodnější. Naopak, domnívám se, že pokus o kvantifikaci nějakých proměnných pro výzkum práva by mohlo být cestou, jíž se má právní věda ubírat a přiblížit se tak ostatním sociálním vědám.

Závažná je však jiná věc: O názory a výzkumy hlavních představitelů legal origin thesis se v současnosti opírají různé zprávy World Bank (pro níž někteří ekonomové zastávají legal origin thesis pracovali nebo stále pracují). „Doing Business Reports“ této instituce používají bez dalšího tyto hypotézy, jak lze snadno zjistit návštěvou stránek www.doingbusiness.org, kde jsou práce těchto autorů uvedeny jako hlavní metodologické zdroje pro zprávu z r. 2011. Tak se např. dovíme, že hlavním zdrojem pro hodnocení nějaké země z hlediska vymahatelnosti smluv (enforcing contracts) je výše citovaný článek „Courts“, v němž dokazují velkou míru formalismu v zemích civil law (která je podle autorů škodlivá) a nízkou v zemích common law,⁵⁴ a to platí i pro další sledovaná kritéria ve zprávě jako je „Starting a Business“, „Getting Credit“, „Protecting Investors“, „Paying Taxes“, „Trading Across Borders“ a „Closing a Business“. Tyto zprávy pak World Bank používá pro stanovení žebříčků dané země z hlediska míry státní regulace hospodářství a tedy i z hlediska vhodnosti založení místní firmy – země s vyšším postavením na rejstříku jsou pak hodnoceny jako více „business friendly“, než ty s nižším postavením. Toto může samozřejmě ovlivňovat rozhodnutí mezinárodních investorů, zda a jak v dané zemi investovat (k tomu jsou ostatně určeny), což se zase může projevit v hospodářství dané země. World Bank používá názory těchto ekonomů i

⁵⁴ Djankov, S., La Porta, R, Lopez-de-Silanes, F, Shleifer, A.: Courts, Quarterly Journal of Economics, květen 2003. Cituji z abstraktu: “We use these data to construct an index of procedural formalism of dispute resolution for each country. We find that such formalism is systematically greater in civil than in common law countries, and is associated with higher expected duration of judicial proceedings, less consistency, less honesty, less fairness in judicial decisions, and more corruption.”

jako podklad pro hodnocení světové ekonomiky, z něhož pak mohou opět vyplývat praktická doporučení pro různé expertní poradce politiků a politiky samotné (např. vhodnost deregulace trhu práce apod.)⁵⁵

Ačkoli důležitost takovýchto zpráv World Bank a jejich dopad na státní politiku nemohu vůbec posoudit, přesto se mohu bouřit proti tomu, aby vycházely z výsledků výzkumů, jejichž adekvátnost a správnost je odbornou obcí právníků (hlavně komparatistů) zhusta zpochybňována. A jestliže jsou tyto zprávy opravdu považovány za zdroje doporučení pro praktickou politiku státní regulace především v zemích třetího světa (ale možná třeba i ve východní Evropě), pak to může znamenat dokonce i nezodpovědné hazardování s lidskými životy.

⁵⁵ Viz např. zpráva World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone, Washington- New York, 2004, ve svých částech zabývajících se trhem práce (kapitola 7 „Workers and labor markets“) opírá převážně o práce Djankova, který patří k jednomu ze zakladatelů legal origin thesis.

Влияние корпоративного управления на конкурентоспособность финансового рынка России

Ol'ga Ternovaja
кандидат юридических наук,
доцент кафедры
адвокатуры и нотариата
РПА Минюста России

Одним из основных показателей конкурентоспособности экономики страны является *конкурентоспособность финансового рынка*, то есть способность привлекать инвестиции в значительном объеме по наименьшей цене.

События последних лет: ускорение процесса глобализации, выход российского бизнеса на международный рынок и усиление конкуренции, в частности, на рынках капитала, особенно ярко выявили недостатки правовой основы для осуществления иностранных инвестиций в экономику России.

Снижение конкурентоспособности российского финансового рынка привело к необходимости совершенствования инвестиционного и корпоративного законодательства, пересмотру приоритетных направлений государственной политики и первые шаги в этом направлении уже сделаны.

В Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года,¹ привлечение иностранного капитала, а также налоговое стимулирование иностранных инвесторов к использованию долгосрочных финансовых инструментов являются долгосрочным приоритетом денежно-кредитной и бюджетной политики России. В рассматриваемой Концепции также указывается на необходимость развития финансового рынка и создании в России международного финансового центра, прежде всего за счет повышения привлекательности операций на российском финансовом рынке для иностранных участников рынка.

Кроме того, в России принята Стратегия развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года², в которой предлагается

¹ Утв. Распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2008 г. № 1662-р // СЗ РФ. 24.11.2008. № 47. Ст.5489.

² Утв. Распоряжением Правительства Российской Федерации от 29 декабря 2008 г. № 2043-р // СЗ РФ. 19.01.2009. № 47. Ст.423.

для «повышения конкурентоспособности российского финансового рынка и обеспечения участия в нем глобальных инвесторов» опираться на опыт развитых иностранных финансовых рынков, например, путем установления возможности размещения ценных бумаг на условиях неполной оплаты.

Инвестиционная привлекательность экономики страны зависит от многих условий организации бизнеса, но одним из решающих факторов является эффективное *корпоративное управление* как гарантия снижения рисков деятельности компании. Именно поэтому в Стратегии отмечается, что *совершенствование корпоративного управления является приоритетным направлением развития финансового рынка России на период до 2020 года*. Следовательно, необходимо не только выявить актуальные проблемы в этой сфере, но и предложить новые способы регулирования корпоративного управления и отношений между участниками хозяйственных обществ с учетом позитивного зарубежного опыта.

I. Развитие правовой основы корпоративного управления в России

1. Российское законодательство не содержит легального определения *корпоративного управления*, суть которого заключается в том, чтобы дать акционерам возможность эффективного контроля за деятельностью руководства общества. Этот контроль включает в себя как внутренние процедуры управления, так и внешние правовые и регулирующие механизмы. Акционеры хотят четко знать, какую именно ответственность перед ними несут высшие должностные лица общества. Инвесторы хотят понимать, будет ли у них реальная возможность влиять на принятие важных решений.

2. Несмотря на то, что *правовая основа* корпоративного управления во многом сформировались под влиянием зарубежного опыта, в России в последнее время происходят существенные изменения в области корпоративных отношений в связи с принятием и внесением изменений в ряд законодательных актов. Например, важные изменения внесены в Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»³, Федеральный закон от 22.06.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»,⁴ Федеральный закон от 5 марта 1999 № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг»,⁵ уточнены нормы о защите прав акционеров и кредиторов, о государственном участии деятельности корпораций.

³ СЗ РФ.01.01.1996.№ 1. Ст.1

⁴ СЗ РФ. 22.04.1996. № 17. Ст. 1918

⁵ Гарант. Информационно-правовой портал. <http://base.garant.ru/12114746/>

3. Значительное влияние на *развитие корпоративного управления* в России оказало внедрение в широкое внедрение в практику российских хозяйственных обществ *Кодекса корпоративного поведения*, подготовленного Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг и представленного 4 апреля 2002 г.⁶

С одной стороны, Кодекс корпоративного поведения не является обязательным для применения нормативным актом, но с другой стороны, явное пренебрежение корпорацией рекомендаций Кодекса может повлечь неблагоприятные последствия, которые не установлены законодательно, но часто возникают на практике.

Последствия неприменения корпорацией рекомендаций Кодекса корпоративного управления неоднократно обсуждалась видными российскими специалистами в сфере корпоративного права. Например, О.А.Макарова отвечая на актуальный вопрос о последствиях несоблюдения корпорацией положений Кодекса корпоративного поведения, отмечает, что «...последствия для корпорации могут быть более суровые, чем при нарушении нормы законодательства: такой корпорации будет все сложнее и сложнее привлечь серьезных инвесторов, и она потеряет свою инвестиционную привлекательность».⁷

5. Важной задачей совершенствования развития правовой основы корпоративного управления и отношений между участниками российских хозяйственных обществ является необходимость выбора *эффективной модели распределения компетенции между органами управления* компании с учетом позитивного опыта европейских стран. В связи с этим, возникает вопрос – какая модель управления будет наиболее эффективна, прежде всего, с точки зрения инвестиционной привлекательности российских компаний? Для ответа на этот вопрос необходимо обратиться к зарубежному опыту.

В рамках корпоративной реформы, обсуждаемой в Европейском сообществе, активно обсуждаются преимущества и недостатки *разделения функций стратегического управления и контроля* за деятельностью акционерного общества. Действительно, в компаниях большинства государств- членов Европейского сообщества эти функции жестко разделены между органами управления. Однако законодательство ряда стран, например, Франции, Италии, Финляндии допускает возможность *выбора* модели распределения компетенции между органами управления компании – *однозвенной или двухзвенной*

⁶ Федеральная служба по финансовым рынкам
http://www.fcsm.ru/ru/legislation/corp_management_study/corp_codex/

⁷ Макарова О.А. О корпоративном праве и корпоративном законодательстве. Правоведение. 2009. № 2. с. 106

структурой совета директоров, подобный подход Европейская комиссия предлагает установить в европейском праве компаний.

При *двухзвенной структуре* совета директоров функции стратегического управления и функции контроля жестко распределены между двумя органами управления: *наблюдательным советом* и *коллегиальным органом*, выполняющим функции управления. При *однозвенной структуре* совета директоров эти функции объединены в *одном* органе.

Практика показывает, что в европейских странах, где допускается возможность выбора моделей управления, значительное количество *крупных публичных корпораций*, а также *многонациональные компании* предпочли структурное разделение функций управления и контроля.

Проект изменений ГК РФ вводит аналогичное *публичной корпорации* новое для российского законодательства понятие - *публичное акционерное общество*. Согласно п.1 ст.97 Проекта изменений ГК РФ *публичным акционерным обществом* признается акционерное общество, акции которого и ценные бумаги, конвертируемые в его акции, публично размещаются (путем открытой подписки) и публично обращаются на условиях, установленных законами о ценных бумагах.

Согласно п.2. с. 97 Проекта изменений в ГК РФ в *публичном акционерном обществе* создается *наблюдательный совет*, число членов которого не может быть менее пяти, а также *совет директоров*, не менее одной четверти которого должны составлять независимые директора.

Таким образом, предлагается установить для публичных обществ в *императивном порядке* обязательное *двухзвенное управление* - «немецкую» модель, согласно которой функция управления осуществляется правлением (наблюдательным советом), а контроля – советом директоров, и полностью отказаться от более удобной для иностранных инвесторов однозвенной - «американской» - модели, при которой функции управления и контроля осуществляет Совет директоров.

Экономически не доказано, что двухзвенная модель более эффективна по сравнению с однозвенной, в связи с чем подобный *императивный подход* разработчиков Проекта представляется совершенно необоснованным. В связи с этим целесообразно предоставить участникам оборота свободу такую же возможность выбора модели управления, которая предоставлена возможность использовать большинству крупных европейских корпораций.

6. На сегодняшний день состояние корпоративного управления российских хозяйственных обществ характеризуется крайней неоднородностью. С одной стороны, проведенные исследования качества корпоративного управления показывают, что в публичных

хозяйственных обществах, акции которых обращаются на биржах, увеличивается информационная прозрачность, а корпоративные процедуры и полномочия органов управления и контроля становятся более четкими и формализованными. С другой стороны, *основная часть российских компаний*, в которых, как правило, недостаточно развита система корпоративного управления, остается по-прежнему *непрозрачной для инвесторов*. Именно поэтому, одна из основных задач совершенствования современного корпоративного законодательства – создание такой нормативной базы, которая реально будет способствовать усилению информационной прозрачности повышению капитализации компаний, росту инвестиций и в конечном итоге - развитию российского финансового рынка.

Поэтому одной из основных задач современного этапа развития корпоративного законодательства является стимулирование процессов *повышения транспарентности и качества корпоративного управления*. Для этого необходимо предоставить российским компаниям законодательно закрепленный гибкий набор моделей корпоративного управления и возможность выбора модели, соответствующей выбранной стратегии и уровню развития компании. В частности, необходимо адекватное распределение компетенции органов управления, прав и обязанностей лиц, составляющих органы управления.

8. Качество корпоративного управления во многом определяется *эффективностью контроля за должностными лицами* компании, а также *их ответственностью* перед компанией и акционерами. Однако положения Проекта изменений в п. 5 ст. 53 ГК РФ, определяющие ответственность лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, членов коллегиальных органов юридического лица и лиц, определяющих действия юридического лица вызвали оживленную дискуссию.

В обсуждаемой редакции положения статьи ужесточают ответственность членов органов управления юридического лица за убытки, причиненные членом органа управления такому юридическому лицу. Согласно законопроекту член органа управления обязан по требованию юридического лица, а также его участников, действующих в интересах юридического лица, возместить причиненные юридическому лицу убытки, если не докажет, что они возникли в результате действий, совершение которых соответствовало обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску, а также в иных случаях. Следовательно, член органа управления должен доказать отсутствие обстоятельств, вызывающих наступление ответственности.

Следует согласиться с мнением, высказанным Некоммерческим партнерством «Объединение корпоративных юристов»,⁸ о том, что при усилении ответственности органов управления юридических лиц учитывать *интересы всех участников корпоративных отношений*, в том числе и самих членов органов управления.

II. Дополнительные способы регулирования корпоративного управления и отношений между участниками российских хозяйственных обществ

1. Регулирование системы корпоративного управления и отношений между участниками российских компаний не ограничивается законодательством. Необходимо также учитывать важную роль *внутренних документов компаний*. Например, акционерное общество, заявляющее о соблюдении принципов и стандартов корпоративного управления должна внести соответствующие изменения в устав, положение о совете директоров, положение об общем собрании акционеров и т.д. Кроме того, компании принимают свои собственные Кодексы корпоративного управления, которые определяет основные принципы и политику в сфере корпоративного управления. Безусловно, что наибольшее доверие акционеров и инвесторов вызывает такая компания, которая при формировании положений своего Кодекса корпоративного управления не ограничивается исключительно соответствием требованиям российского законодательства, а также учитывает *международные принципы корпоративного управления*.

Основная задача Принципов корпоративного управления, принятых Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР),⁹ - обеспечение баланса интересов менеджеров и акционеров. Таким образом, эффективные способы корпоративного управления должны гарантировать:

- защиту прав всех категорий акционеров, в том числе миноритарных акционеров и иностранных инвесторов;

⁸ См. более подробно - Позиция Некоммерческого партнерства «Объединение Корпоративных Юристов» по доработке проекта федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»

<http://www.economy.gov.ru/mines/main>

⁹ Принципы корпоративного управления, принятых Организацией экономического сотрудничества и развития, 2004 г., <http://www.oecd.org/dataoecd/32/19/31652074.PDF>

- своевременное и точное раскрытие информации по ключевым вопросам деятельности компании: структура управления, финансовое состояние, объем прибыли;

- стратегическое управление компанией, эффективный контроль, осуществляемый советом директоров за управляющими компании;

Компания, которая придерживается принципов корпоративного управления, «значительно улучшает свой имидж в глазах инвесторов, т.к. для них это является отчетливым показателем того, что такой компании можно доверять и быть уверенным, что в ней полностью учтут их интересы, а их права не будут нарушены. Привлекательность такой компании для инвесторов обусловлено еще и тем, что доступность и открытость всей существенной информации о ее деятельности помогают значительно снизить риски при принятии инвестиционных решений.

Эта позиция инвесторов была подтверждена рядом исследований, показавших, что большинство из них выражает готовность платить на 20–25% больше за акции компаний, руководствующихся в своей практике стандартами корпоративного управления. Например, международное рейтинговое агентство Standard & Poor's в результате опросов пришло к выводу, что для 80% инвесторов качество корпоративного управления является одним из основных факторов принятия инвестиционных решений».¹⁰

2. В последние годы наметились позитивные тенденции в отношении формирования *договорного подхода* к решению многих вопросов внутренней компетенции акционерного общества.

Речь идет об изменениях, внесенных Федеральным законом от 03.06.2009 N 115-ФЗ (относительно недавно) в Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах».¹¹

Появление ст. 31.1 «Акционерные соглашения» в российском акционерном законодательстве является ключевым событием в развитии *договорного подхода* к регулированию управления в акционерном обществе.

Например, акционерное соглашение может устанавливать:

- обязанность его сторон голосовать определенным образом на общем собрании акционеров,
- согласовывать вариант голосования с другими акционерами,

¹⁰ См. более подробно Кузьяев К.А. 16-12-2004. Международные принципы корпоративного управления: содержание, внедрение на российских предприятиях

http://www.ebrc.ru/library/74190/109592/109775/109811?i_109774=109814

¹¹ СЗ РФ. 01.01.1996. № 1. Ст.1

- приобретать или отчуждать акции по заранее определенной цене и (или) при наступлении определенных обстоятельств,
- воздерживаться от отчуждения акций до наступления определенных обстоятельств,
- согласованно осуществлять иные действия, связанные с управлением обществом, с деятельностью, реорганизацией и ликвидацией общества. Однако обсуждаемый в настоящее время Проект изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – Проект)¹² предлагает существенно сократить объем прав по сравнению с тем, который уже был предоставлен ст. 31.1 Закона участникам акционерных обществ. Такое непоследовательное регулирование может привести к снижению деловой активности участников хозяйственного оборота и к утрате интереса иностранных инвесторов к инвестициям в российскую экономику.

Пункт 4 Статьи 67 Проекта изменений в ГК РФ с одной стороны ограничивает права участников корпоративного договора, а с другой, устанавливает *в императивном порядке* запрет на возможность *договорного регулирования* некоторых важных вопросов управления общества.

Так, согласно Проекту корпоративный договор не может:

- обязывать его участников голосовать в соответствии с указаниями органов общества;
- обязывать участника отчуждать право на участие в управлении отдельно от его доли (акции), в том числе право голосовать на общем собрании участников;
- определять структуру органов общества и порядок принятия ими решений в противоречии с правилами настоящего Кодекса и закона о хозяйственных обществах;
- содержать другие условия, противоречащие настоящему Кодексу, закону о хозяйственных обществах, и (или) нарушающие права других участников общества, а также не соответствующие существу корпоративных отношений.

¹² Проект разработан Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18.07.2008 года № 1108 «О совершенствовании гражданского законодательства». Текст опубликован на сайте Исследовательского центра Частного права: <http://www.privlaw.ru/>, а также на официальном сайте Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в сети Интернет по адресу: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31726.html>.

Корпоративный договор согласно Проекту изменений в ГК должен заключаться в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами. Участники хозяйственного общества, заключившие такой договор, обязаны сообщить об этом другим участникам общества.

Нарушение корпоративного договора влечет ответственность перед другими участниками договора, но не является основанием для признания недействительными решений органов общества и совершенных обществом сделок.

В этой связи заслуживает внимание Позиция Минэкономразвития России по доработке Проекта внесения изменений в ГК РФ: *«Проект фактически легализует разрешительный метод регулирования корпоративных отношений*, реализация которого уже привела к тому, что большинство акционерных соглашений заключается добросовестными предпринимателями по зарубежному праву, а совместные предприятия регистрируются в иностранных юрисдикциях. Наряду с принципом пропорциональности и диспозитивности регулирования отношений между участниками хозяйственных обществ это является ключевым моментом в достижении конкурентоспособности российского корпоративного права»¹³.

Проект не позволяет включать в соглашения участников обществ ряд условий, необходимых для осуществления совместных инвестиционных проектов по российскому праву. Например, пропорциональный долям контроль над обществом, договорное регулирование деятельности органов управления, принудительная продажа акций, совместное голосование, номинирование директоров и др.

Необходимость более свободного применения *договорного подхода* в вопросах корпоративного управления давно назрела в предпринимательском сообществе, и отсутствие разрешения этого вопроса в новой редакции ГК, а тем более сужение свободы заключения таких соглашений в сравнении с текущим уровнем регулирования данных вопросов, будет негативно воспринято инвесторами.

В итоге можно сделать *общий вывод* о том, что излишне *императивный подход* регулирования корпоративного управления в целях превентивной защиты от возможных злоупотреблений не только

¹³ Позиция Минэкономразвития России по доработке проекта федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее - Проект) <http://www.economy.gov.ru/wps/wcm/connect/economylib4/designelements/search>

негативно влияет на практику заключений акционерных соглашений, но и на развитие российской экономики в целом.

В Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 года № 1662-р, сказано, что в отношении *«корпоративного управления предполагается также обеспечение баланса прав миноритарных и мажоритарных акционеров, большей гибкости при построении системы корпоративного управления, законодательное регулирование и судебная защита акционерных соглашений»*.

Именно такой подход представляется наиболее оптимальным для привлечения иностранных инвестиций и, следовательно, для повышения конкурентоспособности финансового рынка России.

В качестве примера оптимальной организационно – правовой формы для привлечения иностранных инвестиций можно привести французское *Упрощенное акционерное общество - Société par Actions Simplifiée (SAS)*. Преимущества упрощенного акционерного общества заключаются в том, что законодательство минимально регулирует принятие решений и процесс управления предприятием. Минимальное число акционеров – один акционер. Решения принимаются в соответствии с уставом, при этом акционеры могут иметь неравные голоса. В таком акционерном обществе иностранное физическое или юридическое лицо может быть единственным участником. Важной особенностью, отличающей упрощенное акционерное общество (SAS) от классического акционерного общества - *Société Anonyme (SA)*, является значительная свобода в организации управления и регулировании распределения внутренних полномочий. Французская модель могла бы получить распространение в Европе в виде европейской закрытой акционерной компании, но эта модель на сегодняшний день находится на стадии проекта Европейской комиссии об определении статуса европейской закрытой акционерной компании (*société privée européenne, SPE*). Этот новый вид акционерных обществ позволит малым и средним предприятиям осуществлять свою деятельность на всей территории Евросоюза, снизит их затраты и позволит добиться роста в этом секторе.

Поскольку иностранные инвесторы предпочитают механизмы правового регулирования, аналогичные тем, которые они знают и применяют в своей стране, предлагается серьезно задуматься о необходимости излишне императивного подхода к вопросам управления в российском акционерном обществе. Кроме того, поскольку страны-участники Евросоюза являются основными торговыми партнерами России, то представляется крайне важным совершенствовать российское законодательство с учетом современных

подходов европейского корпоративного права. Именно поэтому *создание более гибкой структуры управления* в российских акционерных обществах на примере европейской закрытой акционерной компании (*société privée européenne, SPE*) может значительно повысить инвестиционную привлекательность и конкурентоспособность финансового рынка России.

Инновации методов государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации

doc. Dr. Maria Egorova, Ph.D.

*faculty of law of M. M. Speransky, The Russian academy of National Economy
and Public Administration, Russian Federation*

Торговля представляет собой связующее звено между различными отраслями народного хозяйства, является важным индикатором не только экономической, но и социальной стабильности общества.

В целях обеспечения единства экономического пространства на всей территории Российской Федерации путем проведения единой государственной политики и нормативного правового регулирования в сфере торговой деятельности, исключения неоправданного вмешательства органов государственной власти и органов местного самоуправления в торговую деятельность хозяйствующих субъектов, ограничения возможности государственного воздействия на развитие торговой деятельности только посредством использования законодательно установленных методов регулирования, определения роли федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления в области регулирования отношений, возникающих в связи с организацией и осуществлением торговой деятельности; обеспечения баланса экономических интересов хозяйствующих субъектов при заключении и исполнении договоров поставки и гласности в разработке и принятии мер государственного регулирования торговой деятельности и доступность информации в данной области, формирования условий для развития торговой деятельности и обеспечение равномерного и цивилизованного развития различных видов, форм и форматов торговой деятельности был принят Федеральный закон "Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации"¹ (далее – «Закон о торговле РФ»), который заложил основы **методов государственного регулирования** торговой деятельности.

Статья 4 Закона о торговле РФ устанавливает *правовой режим* государственного регулирования торговой деятельности, по которым понимается определенный порядок регулирования, выраженный в комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание

¹ СЗ РФ. 2009. № 52. Ч. I. Ст. 6456 (с послед. изм.).

взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний, создающих особую направленность правового регулирования². Необходимость формирования специального правового режима государственного регулирования торговли связана со спецификой отношений субъектов этого регулирования, которая носит частно-публичный характер. **Государственное регулирование торговой деятельности** представляет собой особый вид правоотношения, участниками которого являются, с одной стороны, органы государственной власти и местного самоуправления, а с другой — юридические лица и индивидуальные предприниматели (хозяйствующие субъекты коммерческой деятельности), осуществляющие торговую деятельность как посредством создания торговых объектов и обеспечения их функционирования, так и без их использования.

Публичное вмешательство в имущественные отношения существенно ограничивает их свободу в целом и свободу предпринимательской деятельности в частности. Однако публичное вторжение в сферу правового регулирования имущественных отношений предусматривает и ГК РФ, устанавливая возможность ограничения гражданских (в том числе и имущественных) прав федеральными законами. Такое ограничение возможно лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (п. 2 ст. 1 ГК РФ). С другой стороны, если иное не предусмотрено законодательством, к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется (п. 3 ст. 2 ГК РФ).

Учитывая особенности отношений по государственному регулированию торговли, которые заключаются в необходимости регламентирования отношений публичных субъектов властных структур с частноправовыми хозяйствующими субъектами, формирование правовой основы таких отношений должно базироваться на определенных **принципах**, являющихся платформой государственного регулирования в области торговой деятельности.

Принцип недопустимости произвольного вмешательства в частные дела также характерен для отношений и в сфере торговой деятельности и характеризует ее как область, регулируемую частным правом. В связи с этим непосредственное вмешательство публичных образований в частные дела, в том числе в хозяйственную деятельность, торговую

² См.: Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 185.

деятельность участников рынков движения товаров — товаровладельцев-собственников — допустимо только в случаях, прямо предусмотренных законом. Действие этого принципа приобретает большую актуальность в сфере торговли, регулирование которой в некоторых случаях предусматривает необходимость такого вмешательства со стороны государственных структур. Согласно этому принципу законодательством предусматривается, например, возможность признания судом недействительными актов публичной власти или их неприменения при разрешении спора (ст. 12 ГК РФ), а также имущественная ответственность органов публичной власти за незаконное вмешательство в гражданские правоотношения (ст. 16 ГК РФ).

Важную роль в формировании правовых основ государственного регулирования торговли играет *принцип свободы конкуренции и ограничения монополистической деятельности*. На необходимость поддержки конкуренции указывает ст. 8 Конституции РФ. Согласно ч. 2 ст. 34 Конституции РФ не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию. Создание конкурентной среды является мощным стимулом для развития экономических отношений в сфере торговли, сдерживанию цен и регулированию оптимального ценообразования. С другой стороны, установлению стабильных и справедливых цен способствует государственное ограничение монополистической деятельности, в том числе и на оптовых рынках. Регулирование монополистической деятельности необходимо для улучшения качества товаров, снижения их цены, создания на рынке товаров благоприятных условий для их сбыта и приобретения. Механизмом, сдерживающим монополистические тенденции на рынке, является конкуренция. Добросовестная конкуренция подразумевает экономически обоснованные и социально оправданные методы соперничества между коммерсантами. Благодаря конкуренции успех и прибыльность коммерческой деятельности достигаются за счет улучшения использования маркетинговых ходов и рекламных кампаний по реализации товаров и повышению качества услуг, связанных с их продвижением на рынке.

Принцип государственного воздействия на осуществление предпринимательской деятельности также называется *принципом государственного регулирования экономики*³. Исходя из этого принципа, государственное воздействие на экономику проявляется именно в форме регулирования⁴. Поэтому прямой публично-правовой элемент в

³ См.: *Лаптев В.В.* Предпринимательское право: понятие и субъекты. М., 1997. С. 8–17.

⁴ См.: *Гущин В.В., Дмитриев Ю.А.* Российское предпринимательское право: учебник. М., 2005. С. 47.

виде вертикальных связей и непосредственного подчинения частных собственников государственным органам, органам власти субъектов РФ или органам местного самоуправления в отношении в сфере торговой деятельности отсутствует. В отношениях субъектов хозяйственной деятельности доминируют горизонтальные связи. Государственное вмешательство может выражаться лишь в форме предъявления точно регламентированных законом требований к организации и осуществлению торговой деятельности, антимонопольного регулирования и информационного обеспечения в этой области, а также в виде государственного контроля (надзора) и муниципального контроля в области торговли (ч. 1 ст. 4 Закона о торговле РФ).

Принцип государственного регулирования экономики непосредственно связан с *принципом ограничения монополистической деятельности*. Однако вмешательство государства в сферу торговой деятельности не ограничивается регулированием деятельности монополий. Воздействие государства на торговлю связано с необходимостью достижения оптимального соотношения государственного регулирования торговой деятельности с интересами товаровладельцев, оптовых потребителей, а также потребителей услуг на товарных рынках. Главной задачей государства в этом направлении является использование экономических, а не административно-хозяйственных методов воздействия. Государство призвано не ограничивать деятельность субъектов товарных рынков, а способствовать защите конечных потребителей товаров, обеспечивая в соответствии с п. 2 ст. 1 ГК РФ защиту основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Правительством РФ сформулированы *основополагающие принципы взаимоотношений государства с субъектами предпринимательской деятельности*, которые заключаются в создании условий для свободы предпринимательства и конкуренции; развитии механизмов саморегулирования предпринимательского сообщества; формировании условий для массового создания новых частных компаний во всех отраслях экономики, совместной с бизнесом работе по повышению общественного статуса и значимости предпринимательства и собственности; поэтапном сокращении участия государства в управлении собственностью в конкурентных отраслях экономики путем применения прозрачных и эффективных приватизационных процедур, основанных на принципах рыночной оценки, равного доступа к имуществу и открытости деятельности органов государственной власти; развитию частногосударственного партнерства, направленного на снижение предпринимательских и инвестиционных рисков, прежде всего в сферах исследований и разработок, распространения новых технологий, развития транспортной, энергетической и коммунальной

инфраструктур; активной поддержке российских компаний на внешних рынках, в том числе прямых иностранных инвестиций российских компаний; расширении участия предпринимательского сообщества в подготовке решений органов государственной власти, связанных с регулированием экономики⁵.

Пункт 3 ст. 6 Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации»⁶ к *основным принципам государственной политики* в области развития малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации относит: разграничение полномочий по поддержке субъектов малого и среднего предпринимательства между федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов РФ и органами местного самоуправления; ответственность федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления за обеспечение благоприятных условий для развития субъектов малого и среднего предпринимательства; участие представителей субъектов малого и среднего предпринимательства, некоммерческих организаций, выражающих интересы субъектов малого и среднего предпринимательства, в формировании и реализации государственной политики в области развития малого и среднего предпринимательства, экспертизе проектов нормативных правовых актов Российской Федерации, нормативных правовых актов субъектов РФ, правовых актов органов местного самоуправления, регулирующих развитие малого и среднего предпринимательства; обеспечение равного доступа субъектов малого и среднего предпринимательства к получению поддержки в соответствии с условиями ее предоставления, установленными федеральными программами развития малого и среднего предпринимательства, региональными программами развития малого и среднего предпринимательства и муниципальными программами развития малого и среднего предпринимательства.

При осуществлении государственного регулирования торговой деятельности государство ограждает интересы общества от недобросовестных действий коммерсантов, обеспечивая общественные интересы и реализуя таким образом *принцип баланса (сочетания) частных и публичных интересов*. Такой подход прямо вытекает из предусмотренного ст. 7 Конституции РФ положения, согласно которому Россия является социальным государством. Отношения в сфере торговли, кроме гражданского законодательства, опосредуются рядом

⁵ Распоряжение Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2008. № 47. Ст. 5489 (с послед. изм.).

⁶ СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 4006 (с послед. изм.).

публично-правовых норм, сужающих сферу свободы хозяйствующих субъектов товарных рынков. Создание публично-правовой базы правового регулирования торговой деятельности должно исходить не только из соблюдения интересов государства, предъявляющего специальные требования к деятельности участников торговых рынков, но и учитывать интересы товаровладельцев и производителей работ и лиц, оказывающих услуги на рынках товаров, в целях создания условий, наиболее выгодных для предпринимательства. Поэтому соблюдение принципа баланса частных и публичных интересов является залогом успешного развития предпринимательства в целом и торговой деятельности в частности.

В рамках каждого правового режима всегда участвуют все *способы правового регулирования*. Но в каждом режиме — и это во многом определяет его специфику — один из способов, как правило, выступает в качестве доминанты, определяющей весь его строй и создающей специфическую направленность, «климат», настрой в регулировании, что и лежит в основе классификации первичных юридических режимов. В соответствии с п.3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Конституция РФ не только предусматривает ограничения прав граждан, но и сама выступает способом ограничения государства и государственной власти и содержит обязанности, запреты и т.д., адресатами которых выступают как граждане, так и органы государства и должностные лица, органы местного самоуправления, общественные объединения и иные субъекты конституционных правоотношений. В специальной литературе подчеркивается, что следует различать конституционные ограничения и ограничения конституционных прав, которые соотносятся как общее и особенное и по-разному нормируются Конституцией РФ и конституционным правом⁷. Законодатель, определяя средства и способы защиты государственных интересов, должен использовать лишь те из них, которые для конкретной правоприменительной ситуации исключают возможность несоразмерного ограничения прав и свобод человека и гражданина; при допустимости ограничения того или иного права в соответствии с конституционно одобряемыми целями государство должно использовать не чрезмерные, а только необходимые и строго обусловленные этими целями меры; публичные интересы, перечисленные в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, могут оправдывать правовые ограничения прав и свобод, только если такие ограничения

⁷ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева // СПС «КонсультантПлюс».

адекватны социально необходимому результату; цели одной только рациональной организации деятельности органов власти не могут служить основанием для ограничения прав и свобод⁸.

Правоотношения в сфере государственного регулирования торговой деятельности носят относительный характер. В связи с этим правам, выступающим в качестве дозволений для одной из сторон этого правоотношения, необходимо соответствуют обязанности другой его стороны. С юридико-технической точки зрения законодатель регламентирует права и обязанности сторон договора системой нормативного установления дозволений (предоставления прав) и ограничений (обязываний, требований и запретов). Государственное регулирование торговой в Российской Федерации осуществляется при помощи 5 основных методов правового воздействия на отношения хозяйствующих субъектов торговли и уполномоченных органов государственной власти и местного самоуправления:

- *требования в связи с осуществлением торговой деятельности* хозяйствующими субъектами товарных рынков, которые юридико-технически регламентируются в виде установления системы обязываний по отношению к субъектам *частного права* (ст. 8 и 9 Закона о торговле РФ);
- *требования в связи с организацией* компетентными государственными органами и органами местного самоуправления *торговой деятельности* хозяйствующих субъектов товарных рынков, которые юридико-технически регламентируются в виде обязываний по отношению к субъектам *публичной деятельности* (ст. 10, 11, 17–19 того же Закона);
- *требования в области антимонопольного регулирования*, представляющие собой два вида ограничений:

а) *ограничения деятельности субъектов частного права* в виде установления антимонопольных правил для хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, и хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки продовольственных товаров (ст. 13 Закона о торговле РФ), и ограничения приобретения, аренды дополнительной площади торговых объектов для хозяйствующих субъектов, осуществляющих розничную торговлю продовольственными товарами посредством организации торговой сети (ст. 14 Закона о торговле РФ);

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 18 февраля 2000 г. № 3-П "По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 5 Федерального закона "О прокуратуре Российской Федерации" в связи с жалобой гражданина Б.А. Кехмана" // СЗ РФ. 2000. № 9. Ст. 1066.

б) *ограничения деятельности субъектов публичной деятельности* в виде установления антимонопольных требований в области регулирования торговой деятельности по отношению к органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления (ст. 15 Закона о торговле РФ);

- *требования в области информационного обеспечения торговли* в отношении обязанных субъектов публичной деятельности (ст. 20 Закона о торговле РФ);

- *дозволения в части государственного контроля (надзора) и муниципального контроля* отношении уполномоченных субъектов публичной деятельности (ст. 16 Закона о торговле РФ).

С целью исключения злоупотребления правами и упорядочения деятельности хозяйствующих субъектов торговли законодателем установлен *перечень* методов регулирования торговой деятельности. В настоящее время требования к осуществлению торговой деятельности хозяйствующими субъектами, кроме настоящего закона, установлены целым рядом законодательных и подзаконных актов как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов РФ. Среди наиболее значимых следует отметить федеральные законы «О качестве и безопасности пищевых продуктов»; «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции»; «Об ограничении курения табака»; «Об ограничениях розничной продажи и потребления (распития) пива и напитков, изготавливаемых на его основе» и целый ряд иных федеральных законов, устанавливающих нормы и правила регулирования торговой деятельности определенных групп товаров.

Одним из методов государственного регулирования торговли выступает *лицензирование* отдельных видов торговой деятельности. В соответствии со ст. 4 Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» к лицензируемым видам деятельности относятся разновидности деятельности, осуществление которых может повлечь за собой нанесение ущерба правам, законным интересам, здоровью граждан, обороне и безопасности государства, культурному наследию народов Российской Федерации и регулирование которых не может осуществляться иными методами, кроме как лицензированием.

С точки зрения цивилистической доктрины лицензирование представляет собой один из способов государственного регулирования предпринимательской деятельности⁹. Сфера лицензирования распространяется не только на запрещенную в порядке общего запрета

⁹ *Тарасов С.А.* Лицензирование как метод государственной разрешительной политики в сфере предпринимательской деятельности: Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 15 - 16.

деятельность субъектов права, но и на разрешенную деятельность, материальным объектом которой являются ограниченные в обороте вещи. В одном из постановлений Конституционного Суда РФ подтверждается необходимость лицензирования ограниченно оборотоспособных объектов на примере алкогольной продукции¹⁰. Режим лицензирования наряду с иными разрешительными режимами правового регулирования (квотированием, сертификацией, регистрацией и т.д.) представляет собой одно из универсальных и эффективных средств государственного регулирования экономики, ограничивающее права и свободы предпринимательской деятельности в целях защиты прав отдельных граждан, организаций, общества в целом, а также охраны публичных интересов государства. Лицензирование представляет собой один из наиболее распространенных способов обеспечения общегосударственных интересов в сфере частноправовой деятельности¹¹.

Лицензирование распространяется лишь на те виды деятельности или объекты деятельности, свободное осуществление которых прямо запрещено законодательством в виде общего запрета. В этом отношении лицензирование выступает в качестве дозволения на фоне общего запрета. Рассматриваемую разновидность правового регулирования С.С. Алексеев называет исключительным разрешительным порядком регулирования¹², потому, что в целом, по всем характеристикам данного типа правового регулирования, главное в нем — это запрет, а права предоставляются субъектам правонаделения в порядке исключения.

С учетом особенностей торговой деятельности хозяйствующих субъектов товарных рынков лицензированию подлежат только те виды деятельности, которые связаны с оптовой торговлей определенными группами товаров. Все виды деятельности, подлежащие лицензированию в коммерческом обороте, входят в исчерпывающий перечень, содержание которого определяется как законом о лицензировании, так и иными нормативно-правовыми актами. Местные органы власти не могут самостоятельно вводить лицензирование продажи товаров.

Другим методом регулирования торговой деятельности является *государственное регулирование цен на товары*, которое представляет

¹⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 12.11.2003 № 17-П // СЗ РФ 24.11.2003, № 47, ст. 4586.

¹¹ Королева И.Б. Проблемы применения статьи 20 Федерального закона от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции» // СПС КонсультантПлюс.

¹² Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М. Юрид. лит. 1989. С. 168.

собой совокупность мер, принимаемых правительством в процессе участия в системе товарно-денежных отношений и направленных на осуществление регулирования цен в различных сферах народного хозяйства и контроля над ними. Установление государством тарифов (цен) является одним из таких случаев его вмешательства в гражданские правоотношения и ограничения свободы договора. Согласно п. «ж» ст. 71 Конституции РФ в ведении Российской Федерации находятся установление правовых основ единого рынка, основы ценовой политики. В настоящее время в ряде случаев федеральными законами, т.е. с точки зрения Конституции РФ надлежащим образом, закреплено государственное регулирование тарифов (цен), например, на лекарственные средства¹³. Абзацем вторым п.1 ст.424 ГК РФ установлено, что в предусмотренных законом случаях применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т.п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами. Основы такого регулирования заложены Указом Президента РФ от 28 февраля 1995 г. № 221 «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)»¹⁴. В области государственного регулирования цен продолжает действовать постановление Правительства РФ от 7 марта 1995 г. № 239 «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)»¹⁵, в котором установлены перечни видов товаров, цены на которые подлежат государственному регулированию.

Еще одним из методов государственного регулирования является *установление государственных требований к качеству товаров*. В большинстве случаев требования к качеству товаров относятся к сфере производства продукции (товаров). Однако в сфере товарообращения эти требования не перестают действовать вплоть до доведения товаров до конечного потребителя в сфере потребления на розничных рынках товаров. Основная роль в регламентации требований к качеству товаров отводится Федеральному закону «О техническом регулировании», регламентирующему отношения в области разработки, принятия, применения и исполнения обязательных требований и требований, принятых на добровольной основе, к продукции или связанным с ней процессам проектирования, производства, строительства, монтажа, наладки, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, а также оценке ее соответствия. Технические регламенты, документы национальной системы стандартизации, международные стандарты, правила стандартизации, нормы

¹³ Глава 12 Федерального закона от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ "Об обращении лекарственных средств" // СЗ РФ. 2010. № 16. Ст. 1815 (с послед. изм.).

¹⁴ СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 859 (с послед. изм.).

¹⁵ СЗ РФ. 1995. № 11. Ст. 997. (в ред. постановления Правительства РФ от 30 декабря 2009 г. № 1116 // СЗ РФ. 2010. № 2. Ст. 179).

стандартизации и рекомендации по стандартизации, национальные стандарты других государств и информация о международных договорах в области стандартизации и подтверждения соответствия и о правилах их применения составляют Федеральный информационный фонд технических регламентов и стандартов¹⁶.

Государственные требования к качеству товаров также реализуются через установление технических регламентов на отдельные группы товаров¹⁷, проведение их стандартизации¹⁸, подтверждение соответствия отдельных групп товаров¹⁹, регламентацию метрологических требований²⁰ к ним, устанавливая также минимально необходимые ветеринарно-санитарные и фитосанитарные меры²¹, а также иными способами. На основании федеральных законов «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» и «О качестве и безопасности пищевых продуктов», санитарно-эпидемиологических правил и нормативов «Гигиенические требования

¹⁶ Постановление Правительства РФ от 15 августа 2003 г. № 500 «О федеральном информационном фонде технических регламентов и стандартов и единой информационной системе по техническому регулированию» // СЗ РФ. 2003. № 34. Ст. 3367 (с послед. изм.).

¹⁷ См., напр.: Постановление Правительства РФ от 15 сентября 2009 г. № 753 «Об утверждении технического регламента о безопасности машин и оборудования» // Российская газета. 2009. 25 сент.; постановление Правительства РФ от 10 сентября 2009 г. № 720 «Об утверждении технического регламента о безопасности колесных транспортных средств» // Российская газета. 2009. 23 сент.; постановление Правительства РФ от 7 апреля 2009 г. № 307 «Об утверждении технического регламента о безопасности продукции, предназначенной для детей и подростков» // СЗ РФ. 2009. № 16. Ст. 1936 (с послед. изм.).

¹⁸ Постановление Правительства РФ от 25 сентября 2003 г. № 594 «Об опубликовании национальных стандартов и общероссийских классификаторов технико-экономической и социальной информации» // СЗ РФ. 2003. № 39. Ст. 3773 (с послед. изм.); Правила стандартизации ПР 50.1.024-2005 «Основные положения и порядок проведения работ по разработке, ведению и применению общероссийских классификаторов» // Официальное издание Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии. М., 2006.

¹⁹ Постановление Правительства РФ от 23 января 2004 г. № 32 «О регистрации и размере платы за регистрацию системы добровольной сертификации» // СЗ РФ. 2004. № 5. Ст. 371 (с послед. изм.).

²⁰ Федеральный закон от 26 июня 2008 г. № 102-ФЗ «Об обеспечении единства измерений» // СЗ РФ. 2008. № 26. Ст. 3021 (с послед. изм.).

²¹ Федеральный закон от 30 марта 1999 г. № 52-ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» // СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1650 (с послед. изм.); приказ Минсельхоза России от 22 апреля 2009 г. № 160 «Об утверждении Правил проведения карантинных фитосанитарных обследований» // Российская газета. 2009. 3 июня.

безопасности и пищевой ценности пищевых продуктов»²² установлены гигиенические нормативы безопасности и пищевой ценности пищевых продуктов для человека, а также требования по соблюдению указанных нормативов при изготовлении, ввозе и обороте пищевых продуктов. Подобного рода правовое регулирование распространяется и на пищевые добавки²³.

Сфера применения *антимонопольного законодательства* в области торговли, кроме Закона об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ, определена ст.3 закона о защите конкуренции. Пункт 2 ст.2 закона о защите конкуренции устанавливает, что вышеназванные отношения в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством, также могут регулироваться постановлениями Правительства РФ и нормативными правовыми актами федерального антимонопольного органа²⁴. Среди основных федеральных законов антимонопольного законодательства следует назвать федеральные законы «О естественных монополиях», «О рекламе», «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции», «О наркотических средствах и психотропных веществах», «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами», Кодекс РФ об административных правонарушениях и иные правовые акты.

Кроме предусмотренного Законом об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ обязательного размещения информации в информационно-коммуникационных системах, система государственного информационного обеспечения в области торговой деятельности включает в себя *ведение торговых реестров*²⁵ (п. 2 ч. 2 ст.

²² Постановление Главного государственного санитарного врача РФ от 14 ноября 2001 г. № 36

(вместе с Санитарно-эпидемиологическими правилами и нормативами «Гигиенические требования безопасности и пищевой ценности пищевых продуктов» СанПиН 2.3.2.1078-01») // БНА. 2002. № 22 (с послед. изм.).

²³ Постановление Главного государственного санитарного врача РФ от 27 апреля 2009 г. № 24

(вместе с Санитарно-эпидемиологическими правилами и нормативами СанПиН 2.3.2.2508-09 «Дополнения и изменения № 2 к СанПиН 2.3.2.1293-03 „Гигиенические требования по применению пищевых добавок“») // БНА. 2009. № 22.

²⁴ Постановление Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 331 «Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе» // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3259 (с послед. изм.).

²⁵ Приказ Минпромторга РФ от 16.07.2010 № 602 "Об утверждении Формы торгового реестра, Порядка формирования торгового реестра и Порядка

5 Закона) и осуществление *государственной регистрации* отдельных видов товаров.

Государственная регистрация продукции включает в себя экспертизу представляемых изготовителем или поставщиком продукции документов, характеризующих свойства продукции и эффективность мер по предотвращению их вредного воздействия на здоровье человека, а также подтверждающих соответствие продукции и условий ее изготовления и оборота требованиям санитарных и ветеринарных правил и норм, экспертизу результатов проведенных при необходимости токсикологических, гигиенических, ветеринарных и иных видов исследований или испытаний товаров, внесение сведений о продукции и ее изготовителе или поставщике в государственный реестр и выдачу свидетельства о государственной регистрации продукции, дающего право на ее изготовление на территории Российской Федерации или ввоз на территорию Российской Федерации и оборот. Проведение государственной регистрации продукции, веществ, препаратов (кроме лекарственных средств) установлено ст. 43 Федерального закона «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» и ст. 10 Федерального закона «О качестве и безопасности пищевых продуктов», постановлением Правительства РФ от 11 февраля 2003 г. № 90 «О внесении изменений в постановления Правительства Российской Федерации от 21 декабря 2000 года № 988 и от 4 апреля 2001 года № 262»²⁶, которое определило срок введения государственной регистрации продукции с 1 января 2004 г.

Порядок проведения государственной регистрации определяется постановлениями Правительства РФ от 21 декабря 2000 г. № 988 «О государственной регистрации новых пищевых продуктов, материалов и изделий» и от 4 апреля 2001 г. № 262 «О государственной регистрации отдельных видов продукции, представляющих потенциальную опасность для человека, а также отдельных видов продукции, впервые ввозимых на территорию Российской Федерации»²⁷, а также приказом Роспотребнадзора от 1 сентября 2004 г. № 11 «О Комиссии Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по государственной регистрации и лицензированию»²⁸.

Российским законодательством и нормативно-правовыми актами предусмотрена *система государственного контроля безопасности*

предоставления информации, содержащейся в торговом реестре" // "Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти", № 40, 04.10.2010.

²⁶ СЗ РФ. 2003. № 7. Ст. 653 (с послед. изм.).

²⁷ СЗ РФ. 2001. № 17. Ст. 1711 (с послед. изм.).

²⁸ СПС «КонсультантПлюс».

товаров. В соответствии со ст. 2 Федерального закона «О техническом регулировании» под **безопасностью товаров** следует понимать такое их состояние, при котором отсутствует недопустимый риск, связанный с причинением вреда жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений. Согласно п. 5 ст. 7 закона о защите прав потребителей в обязанности изготовителя и продавца товара входит обеспечение *права потребителя на безопасность*. Если установлено, что при соблюдении потребителем установленных правил использования, хранения или транспортировки товара он причиняет или может причинить вред жизни, здоровью и имуществу потребителя, окружающей среде, изготовитель или продавец обязаны незамедлительно приостановить его производство или реализацию до устранения причин вреда, а в необходимых случаях — принять меры по изъятию его из оборота и отзыву его с рынка товаров. Если причины вреда устранить невозможно, изготовитель обязан снять такой товар с производства. При невыполнении изготовителем или продавцом этой обязанности снятие товара с производства, изъятие его из товарного оборота и отзыв от потребителей производятся по предписанию соответствующего федерального органа исполнительной власти, осуществляющего контроль качества и безопасности товаров. Убытки, причиненные потребителю в связи с отзывом товара, подлежат возмещению изготовителем или продавцом в полном объеме.

Отношения в области обеспечения качества пищевых продуктов и их безопасности для здоровья человека регулируются Федеральным законом «О качестве и безопасности пищевых продуктов».

В соответствии с постановлением Правительства РФ от 21 декабря 2000 г. № 987 «О государственном надзоре и контроле в области обеспечения качества и безопасности пищевых продуктов»²⁹ государственный надзор и контроль в области обеспечения качества и безопасности пищевых продуктов осуществляются в следующих направлениях: государственный *санитарно-эпидемиологический надзор* за соответствием государственным санитарно-эпидемиологическим правилам, нормам и гигиеническим нормативам — Федеральной службой по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (Роспотребнадзор); государственный *ветеринарный надзор* за соответствием ветеринарным правилам, нормам и правилам ветеринарно-санитарной экспертизы Российской Федерации — Федеральной службой по ветеринарному и фитосанитарному надзору (Россельхознадзор); государственный *надзор и контроль в области стандартизации, метрологии и сертификации* за соответствием

²⁹ СЗ РФ. 2001. № 1. Ч. II. Ст. 123 (с послед. изм.).

государственным стандартам — Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии (Ростехрегулирование)³⁰ и его территориальными органами.

Система государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации подверглась серьезному реформированию. Дальнейшее совершенствование законодательства в этой сфере должно базироваться на изучении применения положений Закона о торговле РФ, правоприменительной практики и позиций высших судебных инстанций в вопросах взаимоотношений государственных структур и частных предпринимателей, выработком поднормативных актов министерства промышленности и торговли Российской Федерации

³⁰ Постановление Правительства РФ от 17 июня 2004 г. № 294 "О Федеральном агентстве по техническому регулированию и метрологии" // СЗ РФ. 2004. № 25. Ст. 2575 (с послед. изм.).

Formation of the Self-adjustable Organizations in Municipal Complex in Russia

prof. Dr. Sergej Kirsanov

Saint Petersburg Institute of Education in the Sphere of Humanities and Social Sciences

Замена государственного регулирования, контроля и надзора саморегулированием рассматривается в России в качестве важнейшего направления административной реформы, обеспечивающего уменьшение государственного вмешательства в экономику, в связи с чем, в 2007 году был принят Федеральный закон № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях», в соответствии с положениями которого, разделяется ответственность между государством и бизнес-сообществом за деятельность юридических и физических лиц, осуществляющих предпринимательскую и профессиональную деятельность. Принятие данного Федерального закона является одной из правовых основ на проведение в рамках административной реформы единой государственной политики по защите интересов субъектов предпринимательской деятельности, интеграции Российской Федерации (РФ) в мировое экономическое сообщество.

Данный Закон позволяет создать механизм внутрикорпоративного разрешения споров и конфликтов, снизить степень давления государства на свободные рыночные предпринимательские и профессиональные отношения, обеспечить эффективное сочетание государственного регулирования экономики с саморегулированием субъектов.

С 1 января 2009 года Министерство регионального развития РФ более не выдает проектные, строительные и изыскательские лицензии, а ранее выданные лицензии прекратили действовать с 1 января 2010 года, после данного срока для осуществления проектной, строительной и инженерно-изыскательской деятельности организации должны вступить в саморегулируемую организацию. Саморегулируемая организация (СРО) выдает своим членам свидетельство о допуске к работам заменяющим лицензии.

Надо отметить, что саморегулирование зародилось в странах Европейского союза, США и Канаде. Оно существует в этих странах очень давно, заменяя систему государственного лицензирования, либо действует параллельно с ним. Саморегулирование как институт регулирования рынка в развитых экономиках положительно зарекомендовал себя, так как позволяет бизнесу самостоятельно через

СРО участвовать в регулировании рынка, создании стандартов и правил, обязательных для всех участников, а так же лоббировать интересы бизнеса в государственных органах. Если саморегулирование в Евросоюзе существует уже длительное время, то в странах СНГ, саморегулирование только лишь внедряется. Россия первая из стран СНГ приняла рамочный закон о СРО и внедрила данный механизм во многих сферах деятельности.

Суть саморегулирования заложена в самом понятии. Рынок регулирует сам себя посредством специальных механизмов, которые предполагают повышение индивидуальной и коллективной ответственности. Собирается группа профессионалов рынка, в данном случае, рынка ЖКХ и договаривается, что будет вести бизнес определенным образом, в соответствии с определенными правилами и стандартами. Если кто-то нарушает правила, ответственность несет не только виновник, но и все остальные участники профессионального сообщества. Ущерб от некачественной работы погашается из общей «копилки», то есть компенсационного фонда, который потом восполняется до начальной суммы.

В соответствии с законом РФ от 01.12.07 № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» под саморегулированием понимается самостоятельная и инициативная деятельность, осуществляемая субъектами предпринимательской или профессиональной деятельности, содержанием которой являются разработка и установление стандартов и правил указанной деятельности, а также контроль за их соблюдением.

Саморегулируемая организация разрабатывает и устанавливает требования к членству, привлекает к ответственности членов СРО за нарушения требований законодательства, нормативной документации, осуществляет анализ деятельности своих членов, представляет интересы членов СРО во всех уровнях власти, организует профессиональное обучение и аттестацию работников – членов СРО, обеспечивает информационную открытость. Права саморегулируемой организации таковы, что СРО может контролировать деятельность своих членов в части соблюдения требований законодательства РФ, соответствия стандартам СРО, оспаривать любые акты, решения, действия органов государственной власти, если этим нарушаются права и интересы саморегулируемой организации и ее членов. А также участвовать в обсуждении проектов федеральных законов и давать по ним свои заключения, вносить на рассмотрение предложения по вопросам формирования и реализации государственной политики, запрашивать и получать информацию. На рисунке 1 представлены функции саморегулируемой организации.

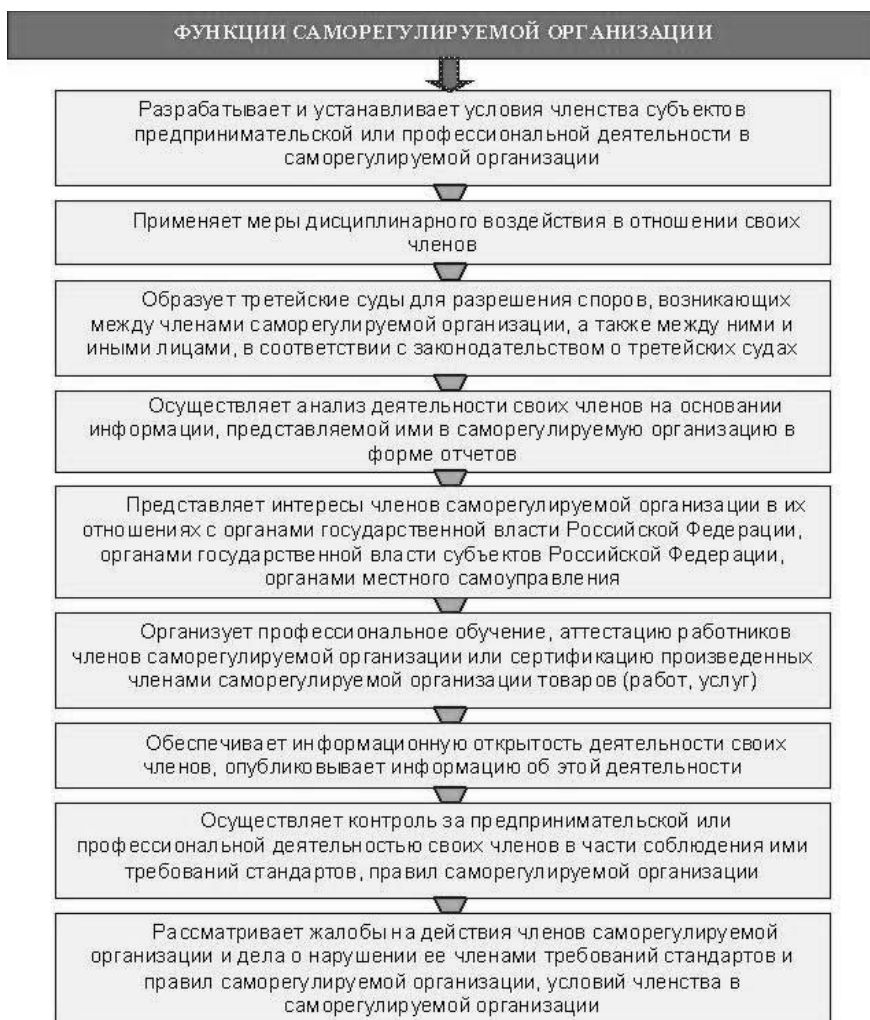


Рис.1. Функции саморегулируемой организации
Можно выделить следующие цели и задачи СРО в сфере жилищного хозяйства:

- содействие в осуществлении участниками жилищных отношений своих функций по управлению жилищным фондом, координация их действий в целях эффективного использования финансовых ресурсов для реализации поставленных перед ними задач;
- участие в формировании в регионах инфраструктуры рынка, обеспечивающей равные условия и возможности для осуществления деятельности в области управления жилищным фондом;

- формирование и организация в регионах партнерского сотрудничества между участниками жилищных отношений, органами государственной власти и местного самоуправления (МСУ);
- создание учебно-методического центра, в котором на постоянной основе будут проходить обучающие семинары для собственников многоквартирных домов (МКД), руководителей товариществ собственников жилья (ТСЖ) и управляющих компаний (УК);
- поддержка и взаимодействие с региональными ассоциациями ТСЖ,
- развитие и поддержка участников жилищных отношений в области управления жилищным фондом, правовая поддержка участников жилищных отношений.

Пока опыт реализации этих задач нарабатывается, так как в России СРО в сфере жилищного хозяйства только-только начали себя проявлять

Одно из главных требований к СРО – их полная открытость. Опубликованию в средствах массовой информации или размещению в информационно-телекоммуникационных сетях подлежит следующая информация:

- 1) о составе членов саморегулируемой организации;
- 2) об условиях, способах и порядке обеспечения ответственности членов саморегулируемой организации перед потребителями и иными лицами;
- 3) о содержании стандартов и правил саморегулируемой организации;
- 4) о структуре и компетенции органов управления и специализированных органов саморегулируемой организации;
- 5) о решениях, принятых общим собранием членов саморегулируемой организации и постоянно действующим коллегиальным органом управления саморегулируемой организации;
- 6) о случаях привлечения членов саморегулируемой организации к ответственности за нарушение требований законодательства Российской Федерации в части осуществления предпринимательской или профессиональной деятельности, стандартов и правил саморегулируемой организации;
- 7) о любых исках и заявлениях, поданных саморегулируемой организацией в суды;
- 8) о результатах проверок деятельности членов саморегулируемой организации и др.

Многие СРО старательно исполняют эти требования Федерального закона, однако не все: у некоторых организаций нет даже своего сайта в интернете, а некоторые, имея его, не вывешивают реестр своих членов. И даже порою, вывешивая реестры, они делают так, что идентифицировать названные в них компании практически невозможно. Название указано, а в каком регионе она зарегистрирована, непонятно. Принятие стандарта раскрытия информации о своей деятельности каждой саморегулируемой организацией, пожалуй, одна из самых насущных задач ближайшего времени.

Контроль за осуществлением членами саморегулируемой организации предпринимательской или профессиональной деятельности проводится путем проведения плановых и внеплановых проверок. Предметом плановой проверки является соблюдение требований установленных стандартов и правил. К сожалению, информации о результатах проверок деятельности членов СРО – информации, весьма любопытной для потребителей, на сайтах СРО практически нет.

Использование механизма общественного саморегулирования в ЖКХ должно позволить решить проблемы защиты нравственности, законных прав и интересов граждан, обеспечить комфортные условия проживания в любом регионе России. Актуальные вопросы нравственности в деятельности управляющих компаний были затронуты в выступлении исполнительного директора Института нравственности Е.Ф. Матвейчук на тему «Основы общественного саморегулирования в жилищно-коммунальной сфере» на Всероссийской научно-практической конференции¹. Необходима нравственная оценка деятельности участников жилищно-коммунального хозяйства (ЖКХ) по критерию нанесения ущерба одной из сторон договорных отношений другой. Необходима возможность осуществления публичной этической оценки результатов деятельности потребителей и поставщиков коммунальных и эксплуатационных услуг.

В соответствии с установленными функциями в процессе осуществления своей деятельности ***СРО имеет право:***

1) от своего имени оспаривать в установленном порядке любые акты, решения, действия или бездействие органов государственной власти и местного самоуправления, нарушающие права и законные интересы саморегулируемой организации и ее членов;

¹ Матвейчук Е.Ф. «Основы общественного саморегулирования в жилищно-коммунальной сфере» на Всероссийской научно-практической конференции «Проблемы развития жилищно-коммунальной сферы в современной России», Санкт-Петербург / <http://www.inrav.ru>

2) участвовать в обсуждении проектов федеральных законов и иных нормативных правовых актов, связанных с предметом саморегулирования, а также направлять в органы государственной власти и местного самоуправления заключения о результатах проводимых ею независимых экспертиз проектов нормативных правовых актов;

3) вносить на рассмотрение органов государственной власти и местного самоуправления предложения по вопросам формирования и реализации государственной и муниципальной политики в отношении предмета саморегулирования;

4) запрашивать и получать в органах государственной власти и местного самоуправления информацию, необходимую для выполнения возложенных на нее функций.

Отметим, что большинство СРО активно пользуются своими правами. Так, Петербургская саморегулируемая организация «Оккервиль» в сфере управления многоквартирными домами считает, что горожанам приходится оплачивать двукратно завышенные тарифы на теплоэнергию. Представители СРО уже обращались в комитет по тарифам СПб, в жилищную инспекцию, в прокуратуру, однако они заявили, что в формировании тарифов на теплоэнергию нет нарушений. Тем не менее, на основе полученных после запроса СРО из аппарата полномочного представительства Президента РФ по Северо-западному федеральному округу данных о топливном балансе города можно сделать вывод, что горожанам приходится платить за тепло на 50% больше, чем это должно быть по законодательству. Председатель правления СРО намерена по данному факту подать иск в суд, который будет касаться неправильного применения в городе тарифов на тепло, в результате чего происходит их завышение. Руководители СРО уверены, что необходимо внести изменения в закон о жилищной политике в Петербурге, которые сделают прозрачной процедуру формирования тарифов на коммунальные услуги и будут касаться изменения порядка ресурсоснабжения.²

Законом предусмотрены следующие способы обеспечения имущественной ответственности членом саморегулируемой организации перед потребителями и иными лицами:

1) создание системы личного и (или) коллективного страхования;

2) формирование компенсационного фонда.

² Захаров А. Бывший омбудсмен пошел на войну за дешевую квартплату /Фонтанка.ру от 25.02.2011

В случае применения системы личного и (или) коллективного страхования минимальный размер страховой суммы по договору страхования ответственности каждого члена не может быть менее чем тридцать тысяч рублей в год

В феврале 2010 г Министерство регионального развития РФ одобрило методические рекомендации по страхованию ответственности членов СРО, разработанные всероссийским союзом страховщиков. Использование единой методики позволит гарантировать качество страхования.³

Компенсационный фонд первоначально формируется исключительно в денежной форме за счет взносов членов саморегулируемой организации. Размещение средств компенсационного фонда в целях их сохранения и прироста и инвестирование таких средств осуществляются через управляющие компании, выбранные на конкурсной основе. Полученный доход направляется на пополнение компенсационного фонда и покрытие расходов, связанных с обеспечением надлежащих условий инвестирования средств компенсационного фонда.

Сегодня саморегулирование профессиональной деятельности управляющих компаний дело добровольное. А с 1 января 2013 года предусмотрено введение обязательного членства управляющих организаций в саморегулируемых организациях, таким образом, планируется очистить рынок от недобросовестных компаний и фирм-однодневок. С другой стороны сокращение числа управляющих компаний на рынке ЖКУ не совсем соответствует концепции реформы ЖКХ, так как коммунальный рынок страны, наоборот, хотели разнообразить, создав конкуренцию динозаврам – монополистам коммуналки.

Вступление в саморегулируемую организацию – ответственный шаг, на который идут только предприятия, готовые нести перед собственниками ответственность за свою работу и ручаться за своих коллег. Членство в СРО является дополнительной гарантией для собственников добросовестности их управляющей компании. Но даже в самом начале развития механизмов саморегулирования в сфере управления недвижимостью становится ясно, не всем по душе контроль со стороны СРО. Цель изменений – уйти от государственного регулирования отрасли и сделать ее самоконтролируемой.

Многие управляющие компании готовы объединиться: членство в СРО станет гарантией доверия к компании. Однако они ждут от саморегулирования не только постоянных денежных взносов, но и

³ Миллерман А. СРО: страхование рекомендовано и одобрено / Вестник строительного комплекса. №2 (68) 2010. стр.32-33.

реальной информационной и юридической поддержки. Особенно нужна такая поддержка при организации ТСЖ в отдельном доме. Совсем недавно в Петербурге управляющие компании со всей России обсуждали вопросы саморегулирования. Представители местных СРО рассказывали об успешном опыте работы с судебными прецедентами, продуктивном воздействии на монополистов-поставщиков ресурсов, которые подчас ущемляют интересы УК.⁴

Интересно, что в сфере управления недвижимостью саморегулируемые организации уже формируются - УК объединяются добровольно, чтобы легче было вести диалог с муниципальной властью, представлять свои интересы при работе над законодательством. Так, в Национальное объединение саморегулируемых организаций, управляющих недвижимостью, уже вошли 33 региональные СРО из 41 региона. В них объединились около тысячи управляющих компаний. Основными критериями вступления управляющих компаний в организацию была и будет компетентность и финансовое состояние - способность отвечать перед потребителями и третьими лицами в страховых случаях.

Институт саморегулирования приживается в стране очень быстрыми темпами и по словам министра экономического развития России Эльвиры Набиуллиной *«саморегулирование стало значимым фактом нашей жизни»*. Так, по сведениям Минэкономразвития на конец апреля 2011 года совокупная численность саморегулируемых организаций в строительстве, проектировании и инженерных изысканиях составляла 427 объединений. Непосредственно в строительстве создано 223 СРО, в них объединены около 90 тысяч строительных организаций, порядка 4 млн. работающих.⁵

Саморегулируемая организация «Народный дом» была зарегистрирована в мае 2010 года и стала первым СРО в сфере ЖКХ в Тюменской области. Организация насчитывает 29 компаний, готовых развиваться, модернизироваться, улучшать качество услуг. Компании обслуживают около 90 % многоквартирных домов Тюмени – это порядка 9,5 млн. кв. м жилой площади. В этом году НП «Народный дом» начинает проводить электронную паспортизацию домов. На каждый дом будет заведен в электронном виде паспорт с информацией о его площади, количестве квартир, времени постройки, состоянии коммуникаций, сведений о капремонте и мероприятиях по энергосбережению. Такая необходимость вызвана тем, что в большинстве управляющих организаций отсутствует техническая документация на старые дома, а заказать дорогостоящую услугу в БТИ за счет собственников жилья УК порой не могут себе позволить. Одной

⁴ Саморегулируемые организации очистятся сами / Строительный еженедельник №28 (473) от 25.07.2011. стр.16-17

⁵ Сайт стройформ.рф от 23.8.11

из приоритетных задач СРО – заключение «справедливых» договоров с ресурсоснабжающими организациями, которые бы учитывали интересы обеих сторон. После неоднократных согласований с ООО «Тепло Тюмени» саморегулируемой организации удалось отстоять интересы собственников жилья по большинству принципиальных положений договора, касающихся порядка перерасчета и качества предоставляемых коммунальных услуг. На очереди – соглашения с «Тюмень Водоканалом» и электрическими сетями.⁶

Активно развивается НП «Уральское жилищно-коммунальное строительство», которое создано в 2009 году на базе Ассоциации предприятий и организаций жилищно-коммунального комплекса Челябинска. НП «УралЖилКомСтрой» объединяет более 200 компаний Челябинска и Екатеринбурга, Челябинской и Свердловской области, которые занимаются строительством, реконструкцией, капитальным ремонтом объектов капитального строительства. Минимальный размер взноса в компенсационный фонд, из которого партнерство возмещает ущерб пострадавшим от некачественно произведенных работ по капитальному ремонту или строительству, составляет 300 тысяч рублей, говорится в «Положении о компенсационном фонде» этой организации.

А, например, в Татарстане саморегулируемая организация «Содружество организаций, управляющих многоквартирными домами РТ» создана в ноябре 2010 года. В её ряды вступило уже более 70 разных УК, ТСЖ и ЖСК. Саморегулируемая организация разрабатывает стандарты и правила, принят стандарт управления многоквартирным домом. В документ вписаны все необходимые аспекты для успешной работы и член СРО должен их исполнять.

Помимо единовременных вступительного и компенсационного взносов жилищники обязаны платить и ежемесячные. Приведем расценки саморегулируемой организации Татарстана на 2011 год:

Вступительные										(единовременно):		
до	100	000	кв.	м	–	7500	руб.;					
от	101	000	до	250	000	кв.	м	–	15	000	руб.;	
от	251	000	до	500	000	кв.	м	–	30	000	руб.;	
от	501	000	кв.	м	и	более	–	50	000	руб.		
компенсационный фонд										0,3	руб. с 1 м ²	(единовременно);
членский взнос (ежемесячно):										0,05	руб. с 1 кв.	⁷

Как видим, суммы немаленькие, особенно компенсационного фонда. Однако уже есть примеры, когда компенсационный фонд СРО оказался весьма кстати. Например, в Архангельской области после взрыва

⁶ www.narod-dom.ru.

⁷ Официальный сайт СРО РНП «СОУ МКД РТ»

бытового газа в доме управляющая компания возместила ущерб из средств компенсационного фонда СРО, членом которой является.

В начале 2010 года в Москве состоялось учредительное собрание представителей всех саморегулируемых организаций управляющих недвижимостью с целью создания Ассоциации «Национальное объединение саморегулируемых организаций управляющих недвижимостью», в которую вошло 18 СРО. Основными задачами общероссийской ассоциации стали формирование единых стандартов управления объектами недвижимости, координация взаимодействия управляющих компаний с поставщиками коммунальных услуг и их потребителями, органами власти, а в конечном итоге - создание эффективного и качественного рынка услуг по управлению недвижимостью.

Процесс становления СРО в регионах России не так однозначен, так как **наметилась тенденция коммерциализации СРО**, а деятельность некоторых СРО противоречит целям саморегулируемой организации, появились СРО-однодневки. Сегодня в России нет ни одного законодательного акта, регламентирующего управляющих организаций деятельность или ответственность. Поэтому по всей стране немало случаев, когда фирма-однодневка, собрав с жильцов довольно внушительную сумму на обслуживание и ремонт дома, исчезает с ней в неизвестном направлении. Пострадавшая сторона - собственники того самого дома. Единственным выходом из сложившейся непростой ситуации может стать изменение нормативной базы саморегулирования и усиления контроля в отрасли жилищно-коммунального хозяйства.

Возникновение системного сбоя осознают и органы власти. Так, на заседании рабочей группы координационного совета по подготовке изменений в Градостроительный кодекс РФ при Минрегионе РФ, прошедшего в мае текущего года, было принято несколько решений о разработке мер борьбы с коммерциализацией СРО. В частности, речь идет о привлечении к борьбе с недобросовестными СРО МВД РФ. Подготовлено обращение в Минюст России о рассмотрении вопроса о возможности через суд ликвидировать такие СРО.

Кроме того, рабочая группа Минрегиона разработала предложения для усиления работы по выявлению «проблемных» НП на основании особого перечня. В документе указаны восемь пунктов-признаков коммерциализации СРО. К таким признакам относится активная реклама, призывающая к вступлению в СРО, разветвленная сеть по приему документов, отсутствие документов у персонала об образовании и квалификации и контроля над их подлинностью, предоставление возможности вступления в СРО без уплаты взноса в компенсационный фонд в полном объеме

Для решения проблемы необходимо внести корректировки в нормативную базу и уточнить полномочия всех участников процесса, повысить персональную ответственность руководителей таких организаций. И такая работа проводится, так, например, НП «Объединение строителей Санкт-Петербурга» разработало законодательную инициативу по введению уголовной ответственности руководителей СРО, нарушающих действующее законодательство. Новый законопроект предусматривает для недобросовестных руководителей срок лишения свободы от 3 до 7 лет.⁸ Чтобы сама идея перехода на саморегулирование не оказалась фактически дискредитированной, органам государственного надзора необходимо осуществлять контроль над легитимностью работающих СРО.

В целях улучшения качества выполняемых работ и оказываемых услуг, одним из основных направлений деятельности саморегулируемых организаций является разработка программ повышения квалификации, организация профессионального обучения и аттестация работников членов саморегулируемой организации, с учетом опыта, накопленного в этих сферах за рубежом.

При реализации Закона «О саморегулируемых организациях» необходимо осуществлять скоординированную и системную профессиональную деятельность по обучению, подготовке, переподготовке кадров и их аттестации с определенной периодичностью, для чего целесообразно создание при СРО Координационных Советов по подготовке, переподготовке и аттестации персонала. Например, в Санкт-Петербурге Союзе строительных объединений и организаций (ССОО) создан Координационный Совет по подготовке, переподготовке и аттестации персонала, в который вошли представители ведущих учебных заведений Санкт-Петербурга, осуществляющих подготовку специалистов для инвестиционно-строительного комплекса региона.

Задачами данного Координационного Совета являются:

обобщение информации об учебных заведениях, реализующих образовательные программы по подготовке, переподготовке и повышению квалификации специалистов для предприятий инвестиционно-строительного комплекса, и реализуемых ими программах;

- определение перечня лиц, аттестация которых целесообразна для качественной профессиональной деятельности предприятий, входящих в саморегулируемые организации инвестиционно-строительного комплекса, в том числе для выдачи свидетельств о допуске к работам,

⁸ Сайт стройформ.рф от 23.8.11

которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства;

- проведение экспертизы учебных заведений и реализуемых ими программ на предмет их соответствия современным требованиям, предъявляемым к подготовке специалистов инвестиционно-строительного комплекса;
- оказание методической помощи учебным заведениям по подготовке их к реализации программ, востребованных предприятиями инвестиционно-строительного комплекса.

Первым шагом на пути решения этих задач является создание информационной базы об учебных заведениях региона, ведущих подготовку, переподготовку и повышение квалификации специалистов для строительного комплекса региона, и реализуемых ими программах.

СРО, создавая и изменяя правила и стандарты, должна учитывать интересы своих членов и потребителей услуг. Основное внимание в правилах и стандартах должно уделяться качеству ЖКУ. Оно может быть повышено на основе системного подхода на всех этапах разработки и создания системы управления предприятием и функционирования производства.

Установленные стандарты и правила должны предусматривать меры дисциплинарного воздействия в отношении членов саморегулируемой организации за нарушение требований этих стандартов и правил, информационную открытость деятельности членов организации, запрет на осуществление деятельности в ущерб иным субъектам предпринимательской или профессиональной деятельности, требования, препятствующие недобросовестной конкуренции, совершению действий, причиняющих моральный вред или ущерб потребителям жилищных благ и иным лицам, действий, причиняющих ущерб деловой репутации.

Качество услуг всегда было существенным аспектом при оценке деятельности коммунальных предприятий, что в значительной мере обусловлено развитием рыночных отношений в ЖКХ, при которых главным условием успеха является удовлетворение потребностей населения в ассортименте и качестве услуг.

Международная организация по стандартизации (ISO) определяет услуги как «итоги непосредственного взаимодействия поставщика и потребителя и внутренней деятельности поставщика по удовлетворению потребителя». Иными словами, во главу угла ставятся характеристики предоставляемых ЖКУ, определяющие их качество и понятные не только специалистам, но и широкому кругу пользователей.

В связи с необходимостью установить систему повышения качества услуг членов СРО, правила и стандарты должны иметь два компонента: административный и технический. Это позволит выделить саму услугу, то есть составить ее спецификацию и сформировать понятие «предоставление услуги». Под «предоставлением услуги» понимается деятельность предприятия, необходимая для обеспечения услуги. В соответствии со стандартами ISO спецификация услуги должна содержать полную и точную формулировку предоставляемой услуги, включая четкое описание ее характеристик, подлежащих оценке потребителем, и приемлемый норматив для каждой из них. Сертифицированная по стандарту ИСО 9001 система качества СРО (предприятий – членов саморегулируемой организации) необходима в следующих целях:

- официальное подтверждение качества продукции либо услуг, соответствующего международному уровню (для членов СРО ИСО 9001 – обязательный сертификат);
- повышение эффективности деятельности предприятия, управленческой системы; получение преимуществ при установлении контактов с зарубежными партнерами, участии в госзаказах и тендерах, участии в международных конкурсах;
- расширение клиентуры как в России, так и за ее пределами; повышение шансов на открытие каналов сбыта продукции за рубежом на выгодных условиях;
- снижение всяческих факторов риска, сопровождающих производственную деятельность.

В рамках саморегулируемой организации должны применяться единые требования к деятельности компаний, управляющих многоквартирными домами. Контроль за их соблюдением повысит качество услуг, которые предоставляют УК. Ведь в случае неисполнения стандартов и правил деятельности предусматривается и дисциплинарная, и материальная ответственность. В перспективе возможно проведение добровольной аттестации управляющих компаний, чтобы потребители могли из открытого реестра узнать, какие УК наиболее добросовестны.

Отметим, что хотя концепция института саморегулирования в РФ оказалась несколько размытой, в рамках саморегулируемой организации применяются единые требования к деятельности компаний, управляющих многоквартирными домами. Системный контроль за их соблюдением, безусловно, повысит качество услуг, которые предоставляют компании. Ведь в случае неисполнения

стандартов и правил деятельности предусматривается и дисциплинарная, и материальная ответственность.

В перспективе в регионах России возможно **проведение добровольной аттестации управляющих компаний**, чтобы потребители могли из открытого реестра узнать, какие компании наиболее добросовестны. В Петербурге практика аккредитации, которая становится одной из форм регулирования данной деятельности в сфере ЖКХ, уже появилась. Механизм аккредитации учитывает рекомендации управляющих компаний и предусматривает проведение регулярного мониторинга. Инициатором аккредитации подрядных организаций в сфере ЖКХ в Санкт-Петербурге выступила СРО НП «Объединение управляющих компаний». Порядок аккредитации несложен и состоит из подачи компанией заявления и утвержденного пакета документов, после рассмотрения которых специалистами объединения на основании разработанного методического обеспечения проводится оценка компании на соответствие требованиям по видам работ и услуг, входящих в сферу деятельности Некоммерческого партнерства. Также проводится процедура оценки организаций по критериям профессиональной компетентности и технической оснащенности. Если подрядчик подтверждает свою деловую репутацию, его данные вносятся в реестр, который размещается на сайте объединения. Весь процесс осуществляется бесплатно.

В начале июня 2011 года в офисе НП «Объединение управляющих компаний» девяти сервисным и обслуживающим организациям в торжественной обстановке были выданы первые свидетельства об аккредитации на выполнение работ в сфере обслуживания и ремонта общего имущества многоквартирных жилых домов.⁹

Аккредитация обеспечит прозрачность деятельности обслуживающих организаций и станет важным инструментом при выборе профессионально компетентных подрядных компаний, способных выполнять работы и услуги заданного качества в установленные сроки, подтверждая свои гарантийные обязательства. А значит, количество заказов у подрядных компаний возрастет. Именно поэтому практика аккредитации при СРО становится все более востребованной.

Необходимо отметить, что НП «Объединение управляющих компаний» устанавливает в правилах саморегулирования для своих членов требование внесения в договор на подрядные работы сведений об аккредитации. В этой связи всем участникам рынка ЖКХ в целях снижения имущественных рисков при работе с подрядчиками и обеспечения оптимального соотношения цены и качества услуг населению рекомендуется производить выбор подрядных организаций

⁹ www.konserg.ru

из числа аккредитованных. В соответствии с соглашением о сотрудничестве между Некоммерческим партнерством и Ассоциацией ЖСК, ЖК и ТСЖ города Санкт-Петербурга данные об аккредитации доводятся до сведения руководителей объединений собственников жилья с рекомендациями выбора подрядчиков.

В заключение, среди последних нововведений законодательства России стоило отметить разработку механизма контроля деятельности управляющих организаций, который отражен в постановлении Правительства России за № 731 «Об утверждении стандарта раскрытия информации организациями...». Однако спустя год после начала реализации его положений результаты не оптимистичны: недостаток информации собственниками ощущается и по сей день. Устранение этих упущений должно стать на ближайшие годы, на наш взгляд, важнейшим направлением работы саморегулируемых организаций, а для ассоциаций СРО – проведение мониторинга развития саморегулирования в регионах России.

Саморегулирование в ЖКХ России должно обеспечить эффективное использование творческого и профессионального потенциала участников при условии их профессиональной подготовленности и постоянном совершенствовании в соответствии с инновационным технико-технологическим развитием жилищной отрасли.

Используемые источники

1. Федеральный закон РФ от 1.12.2007 № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях»
2. Федеральный закон РФ от 04.06.2011 № 123-ФЗ "О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации"
3. Постановление Правительства РФ от 23.09.2010 № 731 "Об утверждении стандарта раскрытия информации организациями, осуществляющими деятельность в сфере управления многоквартирными домами"
4. Белоусов А. Саморегулирование: деятельность комплексных СРО особенно важна в регионах России / Вестник строительного комплекса. №3 (75) 2011. стр.16-27.
5. Миллерман А. СРО: страхование рекомендовано и одобрено / Вестник строительного комплекса. №2 (68) 2010. стр.32-33.

Интернет-ресурсы

- a. www.g-k-h.ru
- b. www.urbaneeconomics.ru
- c. www.gkh-online.ru
- d. www.gkh-reform.ru
- e. www.sro-rossii.ru
- f. www.sroportal.ru

МЧП как нетрадиционное правовое явление

doc. Dr. Marianna Sergejevna Savčenko

Saint Petersburg Institute of Education in the Sphere of Humanities and Social Sciences

МЧП – весьма сложное и нетрадиционное правовое явление. Дискуссии о предмете МЧП, его, нормах, методах правового регулирования обусловлены самой природой МЧП, а наличие иностранного элемента в регулируемых отношениях и их частноправовой характер делают весьма актуальными также дискуссии о месте МЧП в правовой системе. Российские источники подходят к решению этого вопроса по-разному. Ученые советской эпохи в большинстве своем определяют МЧП как составную часть единой системы международного права, в которую входит международное публичное и международное частное право (С.Б. Крылов, В.Э. Грабарь, И.П. Блищенко). Другие характеризуют МЧП как полисистемный комплекс, содержащий элементы как внутригосударственного, так и международного публичного права (А.Н. Макаров, Р.А. Мюллерсон). Эта точка зрения в современных условиях представляется устаревшей. В.В. Гаврилов называет МЧП «искусственным образованием, состоящим из норм различных правовых систем», утверждая, что понятие «международное частное право» — это скорее учебно-методический термин, нежели обозначение какой-либо системы норм. Классики российской юриспруденции (Л.А. Лунц, И.О. Перетерский), а так же большинство современных российских ученых (М.М. Богуславский, Г.К. Дмитриева, В.П. Звеков, С.Н. Лебедев, А.Л. Маковский, Н.И. Марышева, Г.К. Матвеев, А.А. Рубанов) включают МЧП в правовую систему национальных отраслей права, указывая, что МЧП занимает национальной системе права самостоятельную нишу. В российской науке эта точка зрения является наиболее распространенной. Интересным является мнение Л.П. Ануфриевой, которая считает, что МЧП является не отраслью, а сформированной подсистемой российского права. Автор указывает, что в рамках национальной правовой системы каждого государства существует особая подсистема — международное частное право — с самостоятельными объектом, методами регулирования и собственной внутренней структурой. Однако в практической деятельности к нормам МЧП в Российской Федерации обращаются преимущественно судьи арбитражных судов, в равной степени как государственных, так и общественных (третейских). Случаи применения коллизионных норм судьями общей юрисдикции в Российской Федерации пока единичны. Пробелы в законодательстве и правоприменительной деятельности в сфере МЧП РФ указывают, что в настоящее время преждевременно

говорить о том, что МЧП сформировалась как подсистема российского права.¹

Как мы видим, наиболее распространенной в российской науке является точка зрения о том, что МЧП представляет собой отрасль национального права государства. Функция МЧП — урегулирование отношений с иностранным элементом, то есть тех, которые выходят за рамки юрисдикции одного государства. Как справедливо указано, ни одно государство добровольно не изменит свою правовую систему в угоду иностранному правопорядку, поэтому МЧП представляет собой своего рода «правовой компромисс, состоящий в том, что государство, не изменяя свою правовую систему, включает в нее нормы (именуемые «коллизийными»), позволяющие сделать выбор подлежащей применению правовой системы. Таким образом, государство соглашается на регулирование иностранной правовой системой некоторых «своих» правоотношений. То есть в тех ситуациях, когда правоотношения между частными лицами имеют международный характер, государство самостоятельно разрабатывает и принимает нормы, регулирующие порядок выбора применимой правовой системы. В силу этого правовые системы различных государств содержат нормы МЧП, которые устанавливают правила для одних и тех же фактических обстоятельств, но при этом эти правила имеют свое собственное содержание. Так, российский судья, рассматривающий гражданско-правовой спор, осложненный иностранным элементом, в первую очередь обязан обратиться к национальным коллизийным нормам, содержащимся в разделе VI ГК РФ или в разделе 7 Семейного Кодекса РФ².

¹ Здесь далее: Перетерский И.С. Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959; Раапе Л. Международное частное право. М., 1960; Лунц Л.А. Курс международного частного права: Общая часть. М. 1970; Особенная часть. М., 1973; Лунц Л.А. Марышева Н.И. Международный гражданский процесс. М., 1976; Чешир Дж. Норт П.М. Международное частное право. М. 1982; Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права. М. 1982; Рубанов А.А. Имущественные отношения в международном частном праве // Правоведение, 1983. № 6; Матвеев Г.К. Международное частное право. Киев, 1985; Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924; Муромцев С.А. Рецепция римского права на Западе. М., 1885; Грабарь В.Э. Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда // Известия МИД. 1916. Кн. 5—6. Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1997.; И.П. Блищенко. Международное и внутригосударственное право.- М., 1960.; Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права. М. 1982 ; Ануфриева Л.П. Международное частное право. В 3-х т. М. 2000

² „Семейный кодекс Российской Федерации” от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 04.05.2011).

Предмет МЧП также неоднозначно определяется российской наукой. При всем разнообразии точек зрения большинство исследователей выделяют два основных признака, характеризующих общественные отношения, составляющие предмет МЧП. Отмечается, что эти общественные отношения должны, во-первых, быть международными. В юридической литературе такие отношения называют также трансграничными отношениями или отношениями, осложненными иностранным элементом. И, во-вторых, такие отношения должны носить частный характер, то есть попадать в цивилистическую область. Однако единства мнений в определении границ сферы действия МЧП нет. Одни российские ученые (К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков) считают, что МЧП простирается в валютную, финансовую, налоговую, таможенную сферы, т.е. в сферы административно-правовых отношений. Другие ученые (Н.Ю. Ерпылева, В.Г. Храбсков) сужают сферу действия МЧП, исключая брачно-семейные, трудовые отношения, отношения в сфере торгового мореплавания. Это позволяет сделать вывод о возможной неоднозначной оценке российского законодательства в сфере МЧП. Об этом говорит и тот факт, что заглавие «Международное частное право», присвоенно только разделу VI ГК РФ, тогда как Семейный кодекс и Кодекс торгового мореплавания, в которых тоже есть специальные разделы, содержащие нормы международного частного права, данное словосочетание не используют.

В российской науке МЧП подчеркивается, что предметом МЧП являются гражданские правоотношения «в широком смысле». Эта область включает наследственные, семейные, деликтные, хозяйственные, авторские, патентные, внешнеэкономические и другие гражданско-правовые отношения. Как мы видим, этот перечень не является исчерпывающим - дифференциация отраслей российского права не является окончательной, и с развитием экономики, социальной сферы появляются новые ниши, требующие правовой регламентации. Тем не менее, речь здесь идет о сфере имущественных и личных неимущественных отношений, Такие отношения регулируются не только в отрасль, которая в российской правовой системе называется «гражданское право», но и другими отраслями - брачно-семейным, трудовым, хозяйственным, экологическим правом также регулируются вопросы, связанные с имущественными и неимущественными отношениями. Следует обратить особое внимание на то, что в отраслях права, включаемых российским законодателем в «широкий смысл», регулируемые являются не только отношения гражданско-правового, но и отношения административно-правового характера. Как трудовая так и брачно-семейная сфера РФ представляет собой смесь гражданско-правовых и административно-правовых отношений. Но предметом регулирования МЧП является только та область в трудовом и брачно-семейном праве РФ, которая опосредует только гражданско-правовые отношения. На практике иногда трудно определить, какую природу —

гражданско-правовую или административно-правовую — имеет конкретное иное правоотношение³. Что же касается термина «иностранный элемент», то до принятия специального раздела «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) в российской литературе он был условным, многие отечественные ученые относились к его использованию негативно. К примеру, В.П. Звеков⁴ определял «иностранный элемент» как «сухой, невыразительный термин», за которым скрываются разнообразные ситуации, характерные для международного частного права. Аналогичной оценки неудачного употребления данного термина применительно к характеристике международного характера придерживается и Л.П. Ануфриева.

В науке МЧП принято выделять три группы ситуаций, в которых иностранный элемент оказывается прикрепленным к разным элементам правоотношения. Первую группу составляют правоотношения, в которых субъект имеет иностранную характеристику (иностранный элемент присутствует в субъекте). Ко второй группе относятся правоотношения, в которых иностранным элементом является объект, например имущество. К третьей группе принадлежат отношения, осложненные иностранным элементом в виде юридического факта, например факта родственных отношений. Для того чтобы правоотношение входило в предмет регулирования МЧП, совершенно необязательно, чтобы иностранный элемент принадлежал к какому-либо определенному элементу в правоотношении. Существуют такие ситуации, когда иностранный элемент одновременно осложняет и субъект, и объект правоотношения или же все три элемента правоотношения принадлежат разным правовым системам. В российском законодательстве термин «иностранный элемент» был использован в главе XXVI «Применимое право» Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации 1999 г. (КТМ) и в разделе VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ 2001 г. Статья 414 КТМ РФ, и статья 1186 ГК РФ устанавливают правила определения применимого права к регулированию отношений с участием иностранных лиц либо отношениям, осложненным иным иностранным элементом. Сравнивая редакции этих статей, можно заметить

³ Так, в области брачно-семейных правоотношений гражданско-правовую природу имеют отношения по заключению или расторжению брака, усыновлению, отношения между супругами, родителями и детьми, алиментные обязательства. В области трудового права имущественный характер имеют отношения по вопросу определения материальных условий при заключении трудового контракта. или возмещения вреда в связи с трудовым увечьем. Административными методами регулируются, например, порядок регистрации брака и других актов гражданского состояния, определение правил внутреннего трудового распорядка и др.

⁴ Звеков В. П. Международное частное право: Учебник. М.:Юрист, 2005.

существенное отличие в понимании иностранного элемента: в статье 414 (как в названии самой статьи, так и в тексте нормы) законодатель противопоставляет участие иностранных лиц наличию иностранного элемента. «Право, подлежащее применению к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иностранным элементом... определяется в соответствии...» Таким образом, можно сделать вывод, что наличие иностранного субъекта еще не дает основания квалифицировать данное отношение как отношение, осложненное иностранным элементом. Так, например Л.П. Ануфриева, считает, что если иностранец на территории России совершает бытовую сделку, то она не будет регулироваться нормами МЧП, поскольку, в данном случае не проявляется правовая связь рассматриваемого отношения с правом иностранного государства.

Источник права – это форма его существования. Источник права исходит от государства либо, как правовой обычай, формируется общественной практикой и далее, будучи не противоречащим публичному порядку, государством санкционируется (одобряется). Международный договор называют основным источником МЧП. Нормы международных договоров РФ, наряду с общепризнанными принципами международного общего права в соответствии с частью 4 статьи 15 Конституции РФ являются частью правовой системы РФ, и в случае противоречия с нормами национальных законов РФ имеют приоритет. Конституция РФ выполняет функцию Основного закона, которые в рамках минимального объема и количества норм призван закрепить основное в устройстве общества и государства. В последующем законодательстве положения Конституции РФ раскрываются подробнее. Данное положение раскрыто в Законе РФ 1995г. «О международных договорах Российской Федерации». Таким образом, РФ заявляет о приоритете международного права над национальным и наделяет международные нормы большей юридической силой, чем национальные. Как источники МЧП особый интерес в РФ представляют двусторонние договоры о правовой помощи.⁵ Такого рода договоры входят в число источников МЧП, содержащих коллизионные нормы (о выборе права при установлении право- и дееспособности, о применении законодательства при заключении брака, решении вопроса об объявлении гражданина умершим и др.). Классическим примером, получившим широкое признание в последние годы, является Конвенция

⁵ В отношениях между РФ и Республикой Словакия действует Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Чехословацкой Социалистической Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Москва, 12 августа 1982 г.) Данный договор действует в отношениях между Российской Федерацией и Чешской Республикой и Словацкой Республикой.

о правовой помощи и правоотношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (Минская конвенция)⁶.

Национальный правовой акт всеми без исключения исследователями рассматривается как источник МЧП. Источниками МЧП в РФ являются следующие правовые акты в своей совокупности: раздел VI «Международное частное право» части третьей Гражданского Кодекса РФ 2001 г.⁷; раздел VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства» Семейного Кодекса РФ 1995 г.⁸; глава 26 «Применимое право» Кодекса Торгового Мореплавания РФ 1999 г.⁹; национальные законы, которые могут содержать несколько коллизионных норм (например, Федеральный закон «О лизинге»¹⁰; подзаконные акты РФ, содержащие коллизионные нормы. Нормативные акты в рамках национальной правовой системы находятся в иерархической отношениях, и юридическая сила правовых норм, включенных в законы, выше юридической силы подзаконных актов. Иерархия действия правовых норм в МЧП строится по этому же правилу.

Основным национальным источником международного частного права России является раздел VI ГК РФ, с 1 марта 2002 г. введенный в действие на территории Российской Федерации. Он значительно более объемный, чем действовавший до него раздел VII Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г., в котором было 13 статей по вопросам МЧП, (в раздел VI ГК РФ включено 39 статей). Раздел VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства» Семейного кодекса РФ не содержит в наименовании раздела слов «международное частное право», из чего следует вывод о более узкой позиции российского законодателя применительно к сфере

⁶ Ее участники - Азербайджанская Республика, Республика Армения, Республика Белоруссия, Республика Грузия, Республика Казахстан, Киргизская Республика, Республика Молдова, Российская Федерация, Туркменистан, Республика Таджикистан, Республика Узбекистан, Украина. В качестве других примеров многосторонних договоров в сфере частного права с участием РФ можно назвать Венскую конвенцию 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров (участвуют около 60 государств); Бернскую конвенцию 1886 г. об охране литературных и художественных произведений (участвуют около 150 государств); Конвенцию 1971 г. об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (участвуют около 65 государств) и др.

⁷ Гражданский кодекс РФ (ГК РФ) от 26.11.2001 N 146-ФЗ - Часть 3.

⁸ Семейный кодекс РФ от 29 декабря 1995 г. N 223-ФЗ в редакции от мая 2011 г.

⁹ Кодекс торгового мореплавания РФ от 30.04.1999 N 81-ФЗ в редакции от 06.04.2004 г.

¹⁰ Федеральный закон от 29 октября 1998 г. N 164-ФЗ "О финансовой аренде (лизинге)" в редакции от 23 декабря 2003 г.

семейных отношений с иностранным элементом. Тем не менее нельзя не отметить, что по сравнению с ранее действовавшим Кодексом о Браке и Семье РСФСР 1969 г., Семейный кодекс РФ дополнен новыми нормами, например в него включена статья об установлении содержания норм иностранного семейного права, нормы о выборе права при регулировании личных имущественных и неимущественных прав и обязанностей супругов и некоторые другие. Глава 26 Кодекса Торгового Мореплавания РФ 1999 г. содержит 14 статей, закрепляющих положения о выборе права применительно к отношениям, возникающим из торгового мореплавания, осложненным иностранным элементом. Весьма значимо, что Кодекс регулирует трудовые отношения: согласно части 2 п. 2 ст. 416 выбор сторонами трудового договора права, подлежащего применению к отношениям между судовладельцем и членами экипажа судна, не должен приводить к ухудшению условий труда по сравнению с нормами применимого права при отсутствии соглашения сторон. Учитывая, что в Трудовом кодексе РФ 2001 г. нет ни одной коллизионной нормы, формулирование данного правила в Кодексе торгового мореплавания приобретает особое значение.

Обычай как источник международного частного права конечно уступают место и международным договорам, и национально-правовым актам. Сферой действия обычая является международная торговля, расчетные операции, международных коммерческие сделки, международные перевозки. Единое для всех стран определение обычая отсутствует, теория права для определения существования правового обычая использует такие его признаки как длительность существования, востребованность в правоотношениях и непротиворечие публичному порядку. Обычай может быть как местным, национально-правовым, так и международно-правовым (например, правила ИНКОТЕРМС, разработанные международной неправительственной организацией и применяемые на территории различных государств). Российский законодатель применительно к обычаю не использует термин «национальный», «международный»: в статье 1186 ГК РФ речь идет об «Обычаях, признаваемых в Российской Федерации»¹¹. Национальный правовой обычай РФ будет источником МЧП РФ лишь в случае, если он будет представлять правило, регулирующее частнопроводные отношения с иностранным элементом. Международный обычай является источником МЧП РФ в том случае, если он признается Российской Федерацией. Перечня признаваемых в РФ обычаев нет, информация о международных обычаях, которые признаются РФ и рассматриваются в качестве источника МЧП,

¹¹ Кроме того, как видно из анализа норм, сам термин «обычай» в российском законодательстве употребляется в различных вариантах: «обычай делового оборота» (ст. 5 ГК РФ); «национальный обычай» (ст. 19 ГК РФ); «местный обычай» (ст. 221 ГК РФ); «обычай торгового мореплавания» (ст. 414 КТМ РФ).

черпается из практики. Наиболее известные, конечно, Международные правила по толкованию торговых терминов (ИНКОТЕРМС). Постановлением Правления МТП РФ 2001 г. ИНКОТЕРМС-2000 признан на территории России торговым обычаем.

Вопрос о включении судебного прецедента в число источников права вообще, и в число источников МЧП, в российской является науке дискуссионным. Одни авторы заявляют что источником права может быть только закон (нормативный акт), а судебный прецедент является лишь актом толкованием закона и применения. Другие авторы (например Р.З. Лившиц) указывают что на практике разъяснения и толкование права, данные высшими судами в процессе вынесения судебных решений по конкретным делам как обобщение судебной практики обязательны для нижестоящих судов, хотя доктрина и отрицает это. В связи с этим следует заметить, что понятие «судебный прецедент» в РФ обычно применяется к решениям суда по конкретному делу, а понятие «судебная практика» используется для обозначения постановлений Пленума Верховного Суда РФ или Высшего Арбитражного Суда РФ, разъясняющих нормы законодательства и практику их применения. При рассмотрении гражданско-правовых дел, осложненных иностранным элементом, в качестве разъяснений используются Обзоры судебной-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц. Статья 16 Федерального конституционного закона 1995 г. «Об арбитражных судах в Российской Федерации»¹², закрепляет полномочия Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по выработке рекомендаций о порядке применения и толкования международно-правовых норм, включая коллизионные нормы. Такие толкования, разъяснения и обобщения судебной практики, сделанные высшими судами, обязательно учитываются при вынесении решения по конкретному делу: в мотивировочной части судебного или арбитражного решения судьи должны сослаться на соответствующие нормы законы или подзаконного акта и часто делают ссылки на постановления пленумов судов.¹³ Таким образом формально, судебный прецедент пока остается

¹² Федеральный конституционный закон от 28 апреля 1995 г. N 1-ФКЗ "Об арбитражных судах в Российской Федерации" в редакции от 25 марта 2004 г.

¹³ Общепринятый принцип российской судебной системы — «судьи независимы и подчиняются только закону» при этом не ущемляется и не оспаривается. Для темы данного исследования интерес представляет постановление Пленумом Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», согласно которому правила международного договора Российской Федерации, обязательность которых была закреплена в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении отечественных законов. Правила международного договора Российской Федерации, обязательность которых не была закреплена

за рамками российского законодательства, анализ доктринальных источников не позволяет сделать однозначный вывод, а практика все же позволяет включить прецедент в систему источников МЧП в РФ.

Вопрос о методах МЧП — один из центральных общей части. Российские ученые выделяют либо один общий преодолению коллизий (Г.К. Дмитриева, В.П. Звеков, Н.Ю. Ерпылева), либо два - коллизивно-правовой и материально-правовой. Этой точки зрения придерживается большинство.

Субъекты международного частного права — это участники гражданских правоотношений, осложненных иностранным элементом: физические лица, юридические лица, государства, международные организации и др. Хотя бы одной стороной правоотношения при этом должно выступать частное лицо – если субъектами правоотношения выступают два государства, то сфера регулирования переходит от частноправовой в публично-правовую, то есть сферу международного публичного права.

Каждый вид субъекта МЧП имеет свою характеристику, которая дается через определение юридических категорий. Для физических лиц такими категориями будут дееспособность и правоспособность; для юридических — личный статус и «национальность».

В соответствии с Федеральным законом 2002 г. «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»¹⁴ к иностранным гражданам относятся лица, не являющиеся гражданами России и имеющие доказательства своей принадлежности к иностранному государству. К лицам без гражданства предъявляются два требования: чтобы они не были гражданами Российской Федерации и не принадлежали к иностранному государству. Аналогичны по содержанию понятия, закрепленные в Федеральном законе 2002 г. «О гражданстве Российской Федерации»¹⁵. Для целей Федерального закона 2003 г. «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»¹⁶ (п. 11 ст. 2) под иностранным лицом понимается физическое или юридическое лицо, а также организация, не являющаяся

в форме федерального закона, имеет приоритет в применении в отношении подзаконных нормативных актов, изданных органом государственной власти, заключившей данный договор.

¹⁴ Федеральный Закон РФ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 25 июля 2002 года N 115-ФЗ в редакции от 19 мая 2010 г.

¹⁵ Федеральный Закон № 62-ФЗ " О гражданстве РФ" от 31.05.2002 года, в редакции от 28.06.2009 года

¹⁶ Федеральный закон "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" N 164-ФЗ от 8 декабря 2003 года в редакции от 2 февраля 2006 г

юридическим лицом по праву иностранного государства, которые не являются российскими лицами. Под российским лицом (п. 23 ст. 2) понимается юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством Российской Федерации, либо физическое лицо, имеющее постоянное или преимущественное место жительства на территории России, являющееся ее гражданином или имеющее право постоянного проживания в ней либо зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя в соответствии с российским законодательством.

Иностранцы подразделяются на постоянно проживающих и временно пребывающих на территории России. Однако нормы российского законодательства, регламентирующие право- и дееспособность иностранных граждан и лиц без гражданства на территории России, не предусматривают какой-либо дифференциации в зависимости от их категории. Как правило, в таких вопросах, как трудовая деятельность, реализация права на жилье, социальное и медицинское обеспечение, образование, иностранцы, постоянно проживающие в России, пользуются в полном объеме теми же правами, какими обладают российские граждане. Особенности правового положения иностранцев в России закрепляются в двусторонних соглашениях.

Выбор права при определении право- и дееспособности делают на основе коллизионных привязок. Исходные коллизионные принципы выглядят следующим образом: гражданская дееспособность физического лица определяется по закону гражданства, для лиц без гражданства—по закону места жительства; неграждане (т. е. иностранцы и лица без гражданства) исходя из принципа национального режима пользуются в Российской Федерации гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами (ст. 1196 ГК РФ); признание в России лица безвестно отсутствующим, объявление его умершим, признание недееспособным или ограниченно дееспособным подчиняется российскому праву. Коллизионное регулирование отношений, связанных с определением правового положения физических и юридических лиц, изменение с принятием части третьей Гражданского кодекса РФ изменилось.¹⁷ Ранее гражданская дееспособность неграждан в отношении сделок, совершаемых в России, определялась безоговорочно по российскому праву. В пункте 2 ст. 1197 ГК РФ законодатель сформулировал существенное исключение из этого общего положения: данное правило

¹⁷ Ранее действовали Основы гражданского законодательства 1991 г., в которых имелась единственная статья, посвященная выбору права при определении правоспособности и дееспособности иностранных граждан и лиц без гражданства. В части 3 раздела VI ГК РФ есть 7 статей, посвященных положению физических лиц.

не применяется, если будет доказано, что другая сторона знала или должна была знать об отсутствии дееспособности. В ранее действовавших Основах имелась односторонняя коллизионная норма, согласно которой гражданская дееспособность неграждан в отношении обязательств, возникающих вследствие причинения вреда в России, определялась по российскому праву. В Гражданском кодексе все вопросы, связанные с деликтными обязательствами, регулируются теперь статьями 1219, 1220. Гражданская дееспособность для данных правоотношений будет определяться по общим коллизионным принципам: по праву страны, где имело место обстоятельство, послужившее основанием для требований о возмещении вреда, при определенных условиях — праву страны, где наступил вред, и т.д. Новеллами в российском законодательстве стали нормы об определении права, подлежащего применению при определении; о праве физического лица на имя; об опеке и попечительстве (ранее коллизионные нормы по опеке и попечительству содержались в Кодексе о браке и семье РСФСР 1969 г.); об определении возможности физического лица заниматься предпринимательской деятельностью.

В терминологию ГК РФ введено широко известное в практике и доктрине принятие «личного закона», (ст. 11 95, 1196 ГКРФ), который применительно к физическим лицам понимается как закон гражданства. Необходимость появления этой нормы связана с попыткой уйти от односторонних коллизионных норм, указывающих на возможность применения только российского права. Если у лица несколько иностранных гражданств, личным законом будет право страны, где оно проживает. При этом если лицо является бипатридом, и одно из гражданств — российское, его личный закон — российское право. В случае если иностранец проживает в России, его личным законом тоже является российское право. Законодатель определил также и личный закон беженца: им считается право страны, предоставившей беженцу убежище. В случае если российский суд будет рассматривать вопрос о гражданской правоспособности иностранцев, находящихся за пределами территории России, то применимым будет уже не российское право, а право страны, гражданами которой являются иностранцы.

Закрепив принцип национального режима для иностранцев в Российской Федерации, законодатель предусмотрел возможность устанавливать изъятия из этого принципа¹⁸. Правовое положение

¹⁸ Так, например, иностранцы не могут быть судьями, прокурорами, они не могут занимать должности в органах государственной власти и управления, в экипажах морских и воздушных судов. Согласно пункту 1 ст. 56 КТМ РФ на судах, плавающих под Государственным флагом Российской Федерации, иностранцы не могут занимать должности капитана, старшего помощника капитана, старшего механика и радиоспециалиста. Аналогичные ограничения установлены Воздушным кодексом от 19.03.97 N 60-ФЗ в редакции от

юридических лиц в литературе по международному частному праву в РФ раскрывалось через понятия «личный статут» и «национальность». Термины «личный статут» и «личный закон» являются синонимами, и, учитывая, что российский законодатель с принятием части 3 ГК РФ оперирует понятием «личный закон», в отношении правового положения юридических лиц оно является предпочтительным.

Под личным законом понимают объем правоспособности юридического лица в соответствующем государстве. В каждой правовой системе личный статут имеет свое содержание. В Российской Федерации личный статут, определяемый для российских юридических лиц, закрепляется в нормах ГК РФ. В ГК РФ этот объем конкретизирован: в пункте 2 ст. 1202 дан примерный перечень вопросов, которые будут определяться на основе личного закона. Он включает вопросы образования, деятельности, прекращения деятельности юридического лица, взаимоотношений между учредителями, порядка получения и распределения прибыли, расчетов с бюджетом и другие. В частности, к ним относятся: статус организации в качестве юридического лица, организационно-правовая форма, вопросы создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей.

18.07.2006. в силу пункта 4 ст. 56 в состав летного экипажа гражданского воздушного судна Российской Федерации могут входить только российские граждане. В ряде российских законов установлены ограничения для осуществления иностранцами определенных видов деятельности. В Федеральном законе «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» от 17 ноября 1995 г. N 169-ФЗ в редакции от 22 августа 2004г. иностранным гражданам, а также лицам без гражданства и иностранным юридическим лицам право заниматься архитектурной деятельностью на территории России предоставляется только в случае, если это предусмотрено соответствующим международным договором; в противном случае они могут принимать участие в архитектурной деятельности только совместно с архитектором — гражданином РФ (или российским юридическим лицом). Определенные изъятия из принципа национального режима установлены для неграждан в Земельном кодексе от 25 октября 2001 г. N 136-ФЗ РФ в редакции от 14 июня 2011 г. В соответствии с пунктом 3 ст. 15 ЗК РФ иностранцы, лица без гражданства и иностранные юридические лица не могут иметь на праве собственности земельные участки, находящиеся на приграничных территориях, перечень которых определяется Президентом РФ, и на иных установленных особо территориях России. В соответствии с Законом РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» от 11 марта 1992 года N 2488-1 в редакции от 20.06.2005 года иностранный гражданин не может быть частным детективом. Иностранцы не могут быть аттестованы и зарегистрированы в качестве патентного поверенного (Положение о патентных поверенных, утвержденное постановлением Правительства РФ от 12 февраля 1993 г.).

«Национальность» юридического лица - это принадлежность юридического лица к государству. В отличие от понятия «личный закон», понятие «национальность» является доктринальным, ни в одном законе применительно к юридическим лицам оно не употребляется. Если юридическое лицо является российским, то личным законом его будет считаться российское право; если юридическое лицо является словацким — личным законом является словацкое право, и т.п. Важно отметить, что сам по себе термин «национальность» не показывает наличия в данном юридическом лице иностранного капитала или вхождения иностранцев в состав учредителей.

Понятия «личного закона» и «национальности» взаимосвязаны: национальность юридического лица определяет его личный закон, а содержание личного закона зависит от того, какую национальность имеет юридическое лицо. В каждой правовой системе существуют свои критерии определения национальности и содержатся разные коллизионные нормы, определяющие гражданскую правоспособность (личный закон) юридических лиц. Доктрина различает следующие наиболее распространенные критерии определения национальности: критерий инкорпорации, критерий оседлости, критерий деятельности, критерий контроля.¹⁹ На практике могут использоваться одновременно несколько критериев. Как правило, подобные вопросы получают юридическое закрепление в двусторонних торговых соглашениях (например, по вопросам избежания двойного налогообложения).

Понятие «иностранное юридическое лицо» используют несколько российских законов, содержащих различные критерии отнесения юридических лиц к числу иностранных. В числе основных можно назвать Федеральный закон «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» 2003 г., в котором к иностранным юридическим лицам относятся юридические лица, созданные в соответствии с законодательством иностранного государства. Как видно из определения, для квалификации юридического лица как иностранного достаточно выполнения одного

¹⁹ Критерий инкорпорации: юридическое лицо имеет национальность государства, в котором оно зарегистрировано (иностранцами юридическими лицами применительно к российской правовой системе считаются юридические лица, зарегистрированные за пределами территории России, правоспособность (правосубъектность) которых определяется по иностранному праву); критерий оседлости: юридическое лицо имеет национальность государства, где находятся правление или главные органы управления юридического лица; критерий деятельности: юридическое лицо имеет национальность того государства, в котором оно осуществляет свою деятельность (извлекает прибыль, получает доходы, делает налоговые отчисления); критерий контроля: юридическое лицо имеет национальность того государства, где проживают (или имеют гражданство) учредители данного юридического лица.

условия — создание юридического лица по законодательству иностранного государства.

Родственным понятием является термин «нерезиденты», который используется при регулировании валютных правоотношений. Термин «нерезиденты» использует Федеральный закон 2003 г. «О валютном регулировании и валютном контроле». К нерезидентам согласно статье 1 названного Закона относятся юридические лица, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств и имеющие местонахождение за пределами территории Российской Федерации. В данном случае для определения национальности юридического лица появляется второй критерий — местонахождение юридического лица. Как видно, показывает, что квалификация юридического лица как иностранного в Российской Федерации подчиняется различным правилам в зависимости от сферы деятельности и от характера правоотношений, в которых данное юридическое лицо участвует.

Участниками гражданских правоотношений, в том числе правоотношений, осложненных иностранным элементом, могут быть организации, не являющиеся юридическими лицами. В каждом государстве перечень таких организаций определяется по-своему. К примеру, в Российской Федерации к организациям такого рода относятся общественные объединения, религиозные группы. В других странах ими могут быть организации определенных организационно-правовых форм (например, в Великобритании — полные товарищества), которые в Российской Федерации относятся к юридическим лицам. В статье 1203 ГК РФ содержится норма о том, что личным законом иностранной организации, не являющейся юридическим лицом по иностранному праву, считается право страны, где эта организация учреждена. Если применимым будет российское право, то к деятельности такой организации будут применяться нормы гражданского законодательства России, регулирующие деятельность юридических лиц. Вопрос о критериях соотношения организационных форм иностранных организаций и соответствующих российских юридических лиц в настоящее время не решен — это несомненный пробел российского права.

Согласно ст. 2 ГК РФ, иностранные юридические лица уравниваются в отношении их прав и обязанностей с российскими юридическими лицами. Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом. Иностранные юридические лица могут осуществлять на территории России следующую хозяйственную деятельность при условии соблюдения ими правил ведения такой деятельности, установленных внутренним российским законодательством: заключать внешнеэкономические сделки без каких-либо специальных разрешений (имеются в виду

сделки купли-продажи товаров, бартерные сделки, лизинговые операции, строительный подряд и др.). При этом не требуется, чтобы иностранное юридическое лицо было зарегистрировано в реестре юридических лиц, состояло на учете в налоговых органах, если оно не осуществляет свою деятельность в РФ через постоянное представительство; арендовать земельные участки, здания и помещения для офисов, осуществлять производственную деятельность, а также приобретать право собственности на недвижимое имущество (с учетом установленных ограничений); совершать связанные со сделками расчеты, кредитнофинансовые, транспортные и иные операции (и частности, в области рекламы товаров и услуг в соответствии с Федеральным законом «О рекламе» 1999 г.); быть учредителями и участниками создаваемых в России обществ и товариществ; заключать инвестиционные соглашения, концессионные соглашения, соглашения о разделе продукции и в иных формах участвовать в разработке недр и природных ресурсов (федеральные законы: «О недрах» 1995 г., «О континентальном шельфе Российской Федерации» 1995 г., «О соглашениях о разделе продукции» 1995 г.); создавать полностью принадлежащие им предприятия, хозяйственные общества и товарищества или же совместно с российскими лицами в организационно-правовых формах, предусмотренных российским законодательством (в частности, в форме акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью); регистрировать товарные знаки и наименования мест происхождения (на началах взаимности); учреждать на территории России свои представительства, филиалы; быть учредителями и участниками некоммерческих и благотворительных организаций.

Основные ограничения прав иностранных юридических лиц, установленные федеральным законодательством, касаются возможности ограничения права собственности на землю и невозможности иметь такое право на сельскохозяйственные земельные участки (о положениях Земельного кодекса 2001 г. и Закона об обороте земель сельскохозяйственного назначения 2002 г. см. в гл. 7), а также ограничения в сфере страхования и банковской деятельности, телевидения (см. гл. 7,8).

Význam zabezpečovacích inštitútov a ich využitie v období pôsobenia krízových javov v podnikaní¹

JUDr. Diana Treščáková, PhD.

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

1. Úvod

K najčastejšie skloňovaným slovám a termínom v spoločnosti v oblasti ekonomiky sa od roku 2008 popri starších výrazoch, ako sú napríklad biznis, dane, peniaze, trh, nezamestnanosť, investície, reformy atď., pričlenil pojem „kríza“ Prebiehajúca finančná a hospodárska kríza sa v súčasnosti stáva hlavnou spoločenskou témou.

Pod slovom „kríza“ je možné vo všeobecnosti rozumieť určitý nežiadúci stav v spoločnosti (v ekonomike, hospodárstve, práve, atď.) Základnou oblasťou, ktorá je obsiahnutá v tomto príspevku je kríza v dodržiavaní záväzkov z obchodných zmlúv. Vychádzajúc z aplikačnej praxe, možno konštatovať, že problémy v záväzkovom práve a tým v podnikaní ako takom, nastávajú najmä v súvislosti s otázkou disciplinovanosti zmluvných partnerov. Pojem disciplinovanosti by bolo možné vyjadriť ako dodržiavanie vopred dohodnutých pravidiel a plnenie si povinností vyplývajúcich zo zmluvy, prípadne z inej dohody.

V súvislosti s hospodárskou krízou a s pôsobením tzv. krízových javov v podnikaní, sa čoraz častejšie objavuje, už vyššie spomínaná, nedisciplinovanosť v zmluvných vzťahoch², ktorá sa prejavuje napríklad v platobnej neschopnosti zmluvných strán, v omeškaní s plnením si záväzkov z obchodných zmlúv, porušovaním pravidiel vyplývajúcich zo zmluvy a tiež aj neplnením si zmluvných povinností (nielen peňažného charakteru).³

Ako už bolo mnohokrát prezentované, v súvislosti s takýmito nežiaducimi javmi v spoločnosti, sa podnikateľské subjekty čoraz častejšie obracajú

¹ Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy APVV č. 0263-10 pod názvom „Efektívnosť právnych inštitútov a ekonomicko – finančných nástrojov v období krízových javov a situácií v podnikaní“.

² K špecifickým zmluvným vzťahom pozri aj ČORBA, J.: Terra incognita: Zmluvný vzťah medzi športovým klubom a sponzorom. In: Súčasnosc' a perspektívy právnej regulácie obchodných zmlúv: zborník príspevkov účastníkov vedeckej konferencie konanej v dňoch 24.-26. októbra 2007 v Starej Lesnej. Košice: Univerzita P.J.Šafárika v Košiciach, 2008, s. 29-37, ISBN: 978-80-7097-718-7.

³ K vplyvu hospodárskej krízy na podnikanie pozri tiež ČERVENÁ, K.: Vplyv hospodárskej krízy na podnikanie. In: Aktuálne otázky ekonomických a humanitných vied '10 : zborník príspevkov z interdisciplinárneho vedeckého kolokvia : 17.december 2010, Bratislava. - Bratislava : STU, 2011, s. 65-71 ISBN 9788022734479.

k využívaniu tzv. zabezpečovacích inštitútov, ktoré im „ako tak“ dokážu poskytnúť garanciu splnenia záväzku, aj keď v určitých prípadoch náhradným spôsobom. Uvedené inštitúty práve v tomto období naberajú na význame.

2. K otázke významu zabezpečovacích inštitútov (aj z pohľadu právnej histórie)

Vo všeobecnosti možno konštatovať, s odkazom aj na úvodné slovo tohto príspevku, že v súčasnom období sa čoraz častejšie stretávame s porušovaním záväzkových (zmluvných) vzťahov. Nedisciplinovanosť zmluvných strán, ktorá tu vzniká, z praktického pohľadu znamená vznik nežiaducich javov v podnikaní, ako sú nedodržiavanie zmluvných povinností, zaužívaných i obchodnými partnermi a v neposlednom rade platobná neschopnosť, ktorá sa však často javí ako platobná nedisciplinovanosť.⁴ Je možné sa stretnúť so situáciami, kedy aj v prípade tzv. platobnej schopnosti nastáva platobná nedisciplinovanosť, kedy sa neuhrádzajú splatné záväzky. Dovoľím si konštatovať, že mnoho podnikateľských subjektov súčasnú krízovú situáciu v ekonomike (hospodárstve) zneužíva za účelom, aby sa vyhli svojim platobným povinnostiam vyplývajúcim im zo zmluvy. Kríza sa tak stáva najjednoduchším zdôvodnením neúspechu vo verejnom a súkromnom sektore a zdôvodnením aj neplnenia si povinností vyplývajúcich zo zmluvných vzťahov, čo súvisí aj s etikou podnikania.⁵

V súvislosti so vznikajúcou ekonomickou situáciou, ktorá nie je vo všeobecnosti žiaduca, prichádzajú na rad záruky, ktoré zákonodarca „ponúka“. Realizácia subjektívnych práv a povinností je v súkromnoprávných záväzkových vzťahoch zabezpečovaná celým systémom súkromnoprávných záruk.⁶ Predovšetkým sa jedná o zabezpečovacie inštitúty. Samotným významom zabezpečovacích inštitútov, ktoré sú osobitými právnymi inštitútmi, je to, že slúžia na zabezpečenie záväzkov, na to, aby sa tieto plnili. Tieto právne inštitúty sa využívajú vtedy, keď dlžník nesplní svoj záväzok. Zabezpečovacie inštitúty majú za cieľ zvýšiť právnu istotu veriteľa a majú mu zaručiť návratnosť predmetu dlžníkovej povinnosti.⁷

⁴ K tomu tiež písala Prievozníková, K.: Colné právo. Žilina: Knižné centrum 2008, s. 35

⁵ Obdobne o etike v podnikaní písala ČERVENÁ, K.: Etika v podnikaní. In: Manažment v teórii a praxi : on-line odborný časopis o nových trendoch v manažmente [http://casopisy.euke.sk/mtp]. - ISSN 1336-7137. - Roč. 2, č. 1 (2006), s. 70-75.

⁶ KIRSTOVÁ, K.: Zjednotenie úpravy prostriedkov zabezpečenia pohľadávok. In: LAZAR, J. (ed.): Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Materiály z odbornej konferencie. Bratislava: 2008, s. 213 a nasl.

⁷ K tomu pozri PALKOVÁ, R. – TREŠČÁKOVÁ, D.: Poena convencionalis - včera, dnes a zajtra

In: Súčasnosť a perspektívy právnej regulácie obchodných zmlúv II : zborník príspevkov účastníkov vedeckej konferencie : 19.-21.október 2009, Stará Lesná. - Košice : UPJŠ, 2009, s. 131-147, ISBN 9788070977828.

Ak by sme mali načrieť aj do histórie, môžeme konštatovať, že už aj v rímskom práve je možné nájsť prvopočiatky záväzkového práva, v rámci ktorého sa rímski právnici venovali aj pojmom súvisiacim s omeškaním dlžníka a veriteľa a z toho vyplývajúcej zodpovednosti.⁸ Práve Rimanom vd'áčime za vytvorenie pojmu záväzok (obligatio). Rímske právo dalo obsah záväzkovo-právneho vzťahu, keď vymedzili, že ide o vzťah medzi dlžníkom a veriteľom, v ktorom dlžník je povinný veriteľovi niečo plniť pod sankciou žaloby a exekúcie a veriteľ je oprávnený toto plnenie žiadať a aj ho vynucovať. Starovekí Rimanovia v súvislosti so záväzkovo právnou zodpovednosťou dopodrobna rozoberali charakteristiku nesplnenia záväzku, spôsobenie a zavinenie nesplnenia ako aj náhradu škody.

Okrem uvedeného rímske právo sa zaoberalo aj zabezpečovacími inštitútmi a poznalo inštitút záložného práva, ručenia, zmluvnej pokuty atď.

V zmysle rímskeho práva, záložné právo bolo právom vecným, ktoré patrilo veriteľovi pohľadávky a umožňovalo zaistenie tejto pohľadávky trvalým vyčlenením určitej veci z majetku dlžníka pre prípad jeho budúcej insolventnosti.⁹ Záložné právo v zmysle rímsko-právnej úpravy posilňovalo osobnú pohľadávku veriteľa proti dlžníkovi poskytnutím reálnej istoty pôsobiacej voči každému. Bolo právom akcesorickým, lebo slúžilo zaisteniu žalobou zabezpečenej pohľadávky. Mohlo vzniknúť a trvať dovtedy, kým existovala a trvala pohľadávka, pričom prevod pohľadávky mal za následok prevod záložného práva.¹⁰ Záložné právo vo vtedajšom ponímaní sa v mnohom nelíši od súčasnej právnej úpravy. Aj toto je dôkazom rozvinutosti práva vytvoreného, spísaného a aplikovaného v starovekom Ríme.

Ako už bolo vyššie uvedené, rímske právo poznalo aj inštitút ručenia, pričom tento inštitút bol zaradený do kategórie tzv. vedľajších záväzkov. V zmysle rímskeho práva, ručenie bola dohoda medzi veriteľom a treťou osobou, t.j. ručiteľom (adpromissor), na základe ktorej sa ručiteľ popri dlžníkovi zaväzoval splniť záväzok. V rímskom práve sa ručenie zakladalo spravidla stipulačným sľubom, v ktorom ručiteľ preberal cudzí záväzok.¹¹ Z tejto právnej úpravy vidieť, že aj napriek forme vzniku ručenia, ktorá je v súčasnej právnej úprave inak rozpracovaná, však podstata inštitútu ručenia ostáva zachovaná. V prípade, ak absentovala u veriteľa dôvera voči dlžníkovi, musel ju vo vlastnom záujme doplniť dôverou k tretej osobe, ktorou bol ručiteľ.

⁸ K tomu bližšie pozri SUCHOŽA, J. - PALKOVÁ, R.: Historicko-vývojové aspekty inštitútu náhrady škody v obchodnom práve. In: Historie obchodněprávních institutů : sborník příspěvků z konference : 10 června 2009 v Brně : Spisy Právnické fakulty MU v Brně : řada teoretická : sv. 352. - Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2009. s. 333-351, ISBN 9788021049604

⁹ BLAHO, P.- REBRO, K.: Rímske právo. Tretie doplnené vydanie. Bratislava – Trnava: Právnická fakulta Trnavská Univerzita, 2003, s.297.

¹⁰ Tamtiež

¹¹ BLAHO, P.- REBRO, K.: Rímske právo. Tretie doplnené vydanie. Bratislava – Trnava: Právnická fakulta Trnavská Univerzita, 2003, s.329.

Rímske právo upravovalo aj inštitút zmluvnej pokuty, ako zabezpečovacieho inštitútu. Zaradovalo do kategórie tzv. vedľajších plnení. V rímskom práve bola zakotvená pod názvom „*poena conventionalis*“. Išlo o prísľub jednej zo zmluvných strán, resp. neformálnu dohodu zmluvných strán o zaplatení určitej peňažnej sumy pre prípad, že by si jedna strana vôbec alebo riadne nespĺnila svoju povinnosť, vyplývajúcu jej zo záväzkového vzťahu. Zmluvnú pokutu bolo možné pripojiť nielen k civilnej žalovateľnej obligácii, ale aj k takým dohovorom strán, ktoré nezakladali civilný záväzok alebo z ktorých nemohol vzniknúť záväzok. Účelom „*poena conventionalis*“ okrem represívnej funkcie je aj funkcia reparačná, pričom veriteľ nemusel preukazovať či a akú škodu utrpel. Stačil mu dôkaz, že dlžník neplnil. Táto zmluvná pokuta mala objektívny charakter.¹²

Vychádzajúc z predchádzajúcich poznámok, niet divu, že rímske právo tvorí nielen základ zabezpečenia záväzkov a zabezpečovacích inštitútov, ale tvorí základ celého záväzkového práva ako takého. Práve z týchto podrobne rozpracovaných základov možno čerpať aj pre potreby súčasnej právnej vedy a praxe.

Zabezpečovacie inštitúty sa objavovali aj v kódexových úpravách platných na našom území. Ako príklad je treba uviesť zmluvnú pokutu, ktorá bola zakomponovaná aj vo Všeobecnom občianskom zákonníku¹³ z roku 1811, v ustanovení § 1336 a nasl. Pre uhorskú časť Rakúsko-Uhorskej monarchie platil Obchodný zákon (zákoník) z roku 1875¹⁴. Tento upravoval zmluvnú pokutu v ustanoveniach § 273 až 275.¹⁵

Z vyššie uvedeného vyplýva, že zabezpečovacie inštitúty nemajú význam len v súčasnej dobe, aj keď v súvislosti s ekonomickou krízou sa čoraz viac využívajú, ale mali svoje opodstatnenie až aj v starovekom Ríme, kedy si veritelia zabezpečovali svoje pohľadávky. Aj na túto dlhodobú tradíciu aplikovania zabezpečovacích inštitútov v záväzkovom práve treba pamätať.

¹² K tomu pozri PALKOVÁ, R. – TREŠČÁKOVÁ, D.: *Poena convencionalis* - včera, dnes a zajtra

In: *Súčasnosť a perspektívy právnej regulácie obchodných zmlúv II* : zborník príspevkov účastníkov vedeckej konferencie : 19.-21.október 2009, Stará Lesná. - Košice : UPJŠ, 2009, s. 131-147, ISBN 9788070977828.

¹³ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie

¹⁴ Zák. čl. XXXVIII/1875 o obchodnom práve (účinnosť od 1. 1. 1876)

¹⁵ ROUČEK, F.-SEDLÁČEK, J.: *Komentář k čsl. obecnému zákoníku občanskému a občanské právo na Slovensku a Podkarpatské Rusi. Díl V. (§ 1090-1341)*. Praha, Právnické knihkupectví a nakladatelství V. Linhart 1937, s. 969.

3. Niektoré aspekty súčasnej právnej úpravy zabezpečovacích inštitútov (právna úprava, zaradenie)

Vychádzajúc zo súčasnej koncepcie úpravy záväzkových vzťahov, ich právna úprava je rozptýlená do viacerých právnych predpisov. Ťažiskové úpravy predstavujú v súčasnosti nosné kódexy súkromnoprávnej oblasti, Občiansky zákonník a Obchodný zákonník. Taktiež právna úprava zabezpečovacích inštitútov je obsiahnutá vo všeobecnej rovine v Občianskom zákonníku.

V súlade s týmto rozptýlením právnej úpravy možno rozlišovať dve skupiny zabezpečovacích inštitútov, a to všeobecné zabezpečovacie inštitúty a osobitné zabezpečovacie inštitúty.¹⁶

Obchodný zákonník upravuje tieto formy zabezpečenia záväzkov:

- zmluvná pokuta
- ručenie
- banková záruka
- uznanie záväzku

Záložné právo ako zabezpečovací inštitút je upravený už len v Občianskom zákonníku. Ustanovenia § 297 až 298 Obchodného zákonníka, upravujúce záložné právo, boli zrušené predpisom č. 58/1996 Z. z. s účinnosťou od 01.03.1996 a ustanovenie § 299 Obchodného zákonníka bolo zrušené predpisom 526/2002 Z.z. s účinnosťou od 01.01.2003. Záložné právo je z tohto dôvodu upravené výlučne v Občianskom zákonníku. Z tohto vyplýva, že právna úprava záložného práva nachádzajúca sa v Občianskom zákonníku sa použije aj pre potreby subjektov obchodného práva.

Inštitút zmluvnej pokuty je v Obchodnom zákonníku upravený „Niektorými ustanoveniami o zmluvnej pokute“, to znamená, že pre riešenie všeobecných otázok týkajúcich sa zmluvnej pokuty bude aplikovaná občiansko-právna úprava obsiahnutá v ustanoveniach § 544 až 545a Občianskeho zákonníka. V obchodno-právnych vzťahoch je treba v prvom rade vychádzať z ustanovení Obchodného zákonníka, ktoré ako to koniec-koncov vyplýva aj z marginálneho názvu príslušnej časti Obchodného zákonníka, len dopĺňajú úpravu Občianskeho zákonníka. Komplexná úprava zmluvnej pokuty pre oblasť obchodných vzťahov akcentuje základný vzťah Občianskeho zákonníka v pozícii *lex generalis* a Obchodného zákonníka v pozícii *lex specialis*, teda je treba v tomto prípade kombinovať oba kódexy.¹⁷

¹⁶ OVEČKOVÁ, O.: Zmluvná pokuta. I. vydanie. Bratislava, IURA EDITION 2004, s. 9

¹⁷ K tomu pozri PALKOVÁ, R. – TREŠČÁKOVÁ, D.: *Poena convencionalis - včera, dnes a zajtra*

In: *Súčasnosť a perspektívy právnej regulácie obchodných zmlúv II* : zborník príspevkov účastníkov vedeckej konferencie : 19.-21.október 2009, Stará Lesná. - Košice : UPJŠ, 2009, s. 131-147, ISBN 9788070977828.

Vo všeobecnosti, ustanovenia Občianskeho zákonníka, týkajúce sa záväzkového práva vo vzťahu k Obchodnému zákonníku ako zákonu špeciálnemu, možno aplikovať aj na obchodno-právne vzťahy len za predpokladu, že Obchodný zákonník neobsahuje v tejto oblasti vlastnú právnu úpravu. Tu sa teda dostávame k zjavnej vzájomnej kooperácii medzi týmito dvoma civilnými kódexmi a najmä k vzájomnému vzťahu medzi nimi. Občiansky zákonník sa na vzťahy, ktoré upravuje Obchodný zákonník použije subsidiárne. To znamená, že ak niektoré otázky nemožno riešiť podľa Obchodného zákonníka, použije sa Občiansky zákonník alebo iné predpisy občianskeho práva. Pri kolízii resp. strete týchto dvoch právnych predpisov sa použije staré legislatívne pravidlo, a to : „lex specialis derogat legi generali“. Občiansky zákonník sa môže použiť na úpravu majetkových vzťahov tak medzi fyzickými, ako aj právnickými osobami. Špecifické majetkové vzťahy medzi podnikateľmi upravuje Obchodný zákonník, ktorý v porovnaní s Občianskym zákonníkom obsahuje viac dispozičných ustanovení a zmluvným stranám ponecháva širšiu možnosť úpravy vzájomných vzťahov odlišne od zákonných ustanovení Obchodného zákonníka.

Záväzkové vzťahy a v rámci nich zabezpečovacie inštitúty, ako už bolo vyššie naznačené, sú predmetom širokých úvah de lege ferenda, čo do vzťahu a existencie dvoch súkromnoprávných kódexov. V zmysle legislatívneho zámeru sa zamýšľa unifikovať obidve právne úpravy v otázke (nielen) záväzkových vzťahov. To, či sa legislatívny zámer¹⁸ uskutoční v ponímaní, v akom je momentálne prezentovaný je už hudbou budúcnosti.

Okrem zabezpečovacích inštitútov, ktoré sú upravené v Obchodnom zákonníku len niektorými ustanoveniami, obsahuje tento kódex aj právnu úpravu ručenia, ako ďalšieho typu zabezpečovacieho inštitútu, a to v pozícii komplexnej právnej úpravy. Tiež banková záruka ako zabezpečovací inštitút priam typický pre podnikateľské prostredie je obsiahnutá v Obchodnom zákonníku vo svojej úplnej podobe. Občiansko-právna úprava takýto druh zabezpečenia záväzku nepozná. Uznanie záväzku ako ďalší typ zabezpečovacieho inštitútu je upravené v Obchodnom zákonníku komplexne. Občiansky zákonník pozná obdobný inštitút, ktorý sa však nazýva ako Uznanie dlhu.

4. Uznanie záväzku ako jeden z druhov zabezpečovacích inštitútov

V tomto príspevku som sa rozhodla zamerať svoju pozornosť na zabezpečovací inštitút - uznanie záväzku. Je tomu tak z dôvodu, že tento inštitút v súčasnej dobe naberá na aktuálnosti a tak ako nám ukazuje aplikačná prax, stáva sa frekventovaným zabezpečovacím inštitútom. Pri využívaní tohto inštitútu v praxi vznikajú aplikačné problémy, ktorými je potrebné sa zaoberať.

¹⁸ Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka prístupný na <http://www.justice.gov.sk/h.aspx?pg=l59&htm=http://www.justice.gov.sk/pi/2009/legzamObZ.pdf>

Uznanie záväzku je upravené v ustanovení § 323 Obchodného zákonníka. Vzhľadom na skutočnosť, že aj Občiansky zákonník upravuje obdobný inštitút – uznanie dlhu (ustanovenie § 558), dochádza v praxi k častému zamieňaniu týchto dvoch zabezpečovacích inštitútov (vzhľadom na ich takmer rovnaké pomenovanie). Účelom tohto príspevku bude aj porovnanie týchto dvoch zabezpečovacích inštitútov, a to nielen z terminologického hľadiska.

Ako už bolo uvedené uznanie záväzku je inštitút podobný uznaniu dlhu, ktoré je upravené a použiteľné pre občianskoprávnu úpravu. Právna úprava v Obchodnom zákonníku je komplexná a teda občianskoprávnu úpravu nemožno na obchodno-právne vzťahy aplikovať. Ako uvádza prof. Ovečková uvedené inštitúty nevykazujú len terminologickú odchýlku, ale odlišnosti vykazujú aj vecného charakteru. Možno uviesť, že uznanie dlhu je v Občianskom zákonníku vymedzené podrobnejšie ako je tomu v prípade vymedzenia uznania záväzku v prípade obchodno-právnej úpravy. Predmet uznaného záväzku sa v obchodno-právnej úprave vymedzuje všeobecnejšie a toto konštatovanie vychádza z toho, že v občianskoprávnej úprave predmet uznania t.j. dlh je určený pokiaľ ide o dôvod a výšku.¹⁹ Obchodný zákonník teda požaduje, aby záväzok bol určený jednoznačne, avšak bez špeciálnych požiadaviek na jeho určitosť. Ďalším rozdielom medzi obchodno-právnu a občianskoprávnu úpravou je to, že Občiansky zákonník požaduje v prípade, ak sa uznáva dlh, ktorý je už premlčaný, aby ten kto ho uznáva o tejto skutočnosti vedel. V obchodných vzťahoch naopak, dôsledky uznania aj premlčaného dlhu nastanú bez ohľadu na vedomosť dlžníka o premlčaní.²⁰

Samotný význam uznania záväzku spočíva v tom, že uznávacím aktom sa potvrdzuje fakticita uznaného záväzku a jeho právna odôvodnenosť v čase uznania.²¹ Okrem uvedeného možno povedať, že významom tohto zabezpečovacieho inštitútu je to, že zlepšuje procesné postavenie veriteľa tým, že mu uľahčuje vymáhanie splnenia svojej pohľadávky.²² Zlepšenie procesného postavenia veriteľa nevidíme len v tom, že sa predpokladá, že v čase uznania záväzkov trval, ale výhodou tohto je najmä, že tieto účinky nastávajú aj v prípade, ak pohľadávka veriteľa, ktorú dlžník uznáva je už v čase uznávania premlčaná. Vychádzajúc z uvedeného možno konštatovať, že inštitút uznania záväzku je úzko prepojený s právnym inštitútom premlčania. Dôkazom toho je skutočnosť, že niektoré právne úpravy v zahraničí inštitút uznania systémovo nezradzujú medzi zabezpečovacie inštitúty, ale zaradzujú ho do právnej úpravy premlčania. Podľa názoru prof. Ovečkovej, je tomu tak aj z dôvodu, že inštitút

¹⁹ K tomu pozri SUCHOŽA, J.- HUSÁR, J. a kol.: Obchodné právo. Bratislava: IURA EDITION, 2009, s. 721 ISBN 978-80-8078-290-0

²⁰ OVEČKOVÁ, O. a kol.: Obchodný zákonník. Druhé doplnené a prepracované vydanie. 2 časť. Bratislava: IURA EDITION 2008, s. 122, ISBN 978-80-8078-205-4.

²¹ SUCHOŽA, J.- HUSÁR, J. a kol.: Obchodné právo. Bratislava: IURA EDITION, 2009, s. 721. ISBN 978-80-8078-290-0

²² OVEČKOVÁ, O. a kol.: Obchodný zákonník. Druhé doplnené a prepracované vydanie. 2 časť. Bratislava: IURA EDITION 2008, s. 183, ISBN 978-80-8078-205-4.

uznania záväzku je čo do zabezpečenia, inštitút nižšej intenzity, v porovnaní so zmluvnou pokutou, ktorá plní aj uhradzovaciu funkciu.²³ Inštitút uznania záväzku túto funkciu neplní, avšak prispieva ku garanciam veriteľa. Preto možno uviesť, že inštitút uznania záväzku plní funkciu preventívnu, t.j. odkladá hrozbu straty nároku premlčaním a zabezpečovaciu, t.j. zvyšuje stupeň právnej istoty veriteľa tým, že zvyšuje pravdepodobnosť vymôženia práva veriteľa v novo plynúcej premlčacej lehote.²⁴

V súvislosti s uznávaním premlčaného záväzku treba podotknúť, že uznaním sa zavádza vyvrátiteľná domnienka, že záväzok v čase uznania trval. Vzhľadom ku skutočnosti, že sa jedná o vyvrátiteľnú domnienku, má dlžník stále možnosť túto skutočnosť vyvrátiť a preukázať, že v čase uznania záväzku, tento už netrval. Významným hľadiskom pre veriteľa v tejto súvislosti sa stáva to, že dôkazné bremeno o preukazovaní existencie záväzku viazne na dlžníkovi. V prípade súdneho sporu, kde veriteľ nedisponuje písomným vyhlásením dlžníka o uznaní záväzku, je dôkazné bremeno na veriteľovi, ktorý musí preukázať, že záväzok trvá, resp. existuje.

Možno uviesť, že v praxi sa inštitút uznania záväzku často stáva dôvodom pre spísanie tzv. notárskej zápisnice. Ak existuje pohľadávka veriteľa voči dlžníkovi, je možné, v prípade, ak sa dohodnú, aby dlžník v písomnej forme uznal svoj záväzok voči veriteľovi a zároveň pokiaľ sa strany dohodnú, že o tomto ich právnom úkone bude spísaná notárska zápisnica, písomné uznanie záväzku tak slúži ako podklad pre spísanie notárskej zápisnice. Len pre doplnenie je potrebné uviesť, že právnu úpravu notárskej zápisnice obsahuje zákon č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok), konkrétne ťažiskovú právnu úpravu obsahuje ustanovenie § 46 a nasl.

Je možné konštatovať, že v súčasnosti nie je mnoho dlžníkov, ktorí sú ochotní zaviazat' sa na plnenie formou notárskej zápisnice. Je tomu tak z dôvodu, že notárska zápisnica je už priamo exekučným titulom, to znamená, že nie je potrebné disponovať tzv. judikovanou pohľadávkou, na to, aby si veriteľ mohol svoj nárok vymáhať prostredníctvom exekútora. Notárska zápisnica sa tak dostáva na roveň právoplatných rozsudkov súdov. Je možné odvážne uviesť, že notárska zápisnica je najvyššou právnou istotou veriteľa, ktorý nemusí absolvovať častokrát zdĺhavé súdne konanie, aby sa „dopracoval“ k exekučnému titulu.

Písomné uznanie záväzku sa často stáva aj podkladom pre súdne konanie. V súčasnej dobe je možné sa častejšie stretnúť s týmto inštitútom aj v rozhodcovských konaniach prebiehajúcich pred rozhodcovskými súdmi.²⁵

²³ OVEČKOVÁ, O. a kol.: Obchodný zákonník. Druhé doplnené a prepracované vydanie. 2. časť. Bratislava: IURA EDITION 2008, s. 121, ISBN 978-80-8078-205-4.

²⁴ Porovnaj BEJČEK, J.- ELIÁŠ, K.- RABAN, P. a kol.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky, 4. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 143, ISBN 978-80-7179-781-4.

²⁵ K rozhodcovskému konaniu bližšie pozri PALKOVÁ, R.: Rozhodcovské konanie a mediácia z pohľadu súčasnej legislatívy a praxe (Quo vadis mimosúdne riešenie

Ako už bolo vyššie prezentované, jednou z hlavných dôvodov a výhod aplikácie inštitútu uznania záväzku je skutočnosť, že dochádza k „predĺženiu“ premlčacej doby. Lepšie povedané, dochádza k plynutiu novej štvorročnej premlčacej doby. Táto nanovo začína plynúť dňom, kedy dlžník urobil voči veriteľovi takýto uznávací prejav. Dôležitým je preto dátum na písomnom vyhotovení uznania záväzku²⁶ Tu však treba dodať, že bez ohľadu na dĺžku plynutia predchádzajúcej premlčacej doby, zákon stanovuje pravidlo, v zmysle ktorého celková premlčacia doba v dôsledku jej predĺženia písomným vyhlásením dlžníka, nesmie byť dlhšia ako desať rokov od času, keď začala plynúť po prvý raz. To znamená, že maximálna premlčacia lehota môže byť za akejkolvek situácie nanajvýš desať rokov.

Diskutabilná situácia nastáva v prípade, ak napríklad dlžník písomné uzná svoj záväzok na vydanie bezdôvodného obohatenia vyplývajúci zo vzťahu, ktorý vznikol medzi podnikateľmi pri ich podnikateľskej činnosti. Spornou sa stáva práve z dôvodu plynutia premlčacej doby. Právna úprava premlčania je v Obchodnom zákonníku upravená komplexne v ustanoveniach § 387- 408. Právnu úpravu Občianskeho zákonníka teda nie je možné použiť, až na všeobecné ustanovenia týkajúce sa napríklad počítania času. Vzhľadom ku skutočnosti, že právna úprava bezdôvodného obohatenia sa nachádza výlučne v Občianskom zákonníku, je ju preto potrebné aplikovať aj na obchodno-právne vzťahy. V súvislosti s tým vzniká sporná otázka, či je možné aplikovať na obchodno-právne vzťahy aj občianskoprávnu úpravu plynutia premlčacej lehoty v súvislosti s vydaním bezdôvodného obohatenia a s ňou súvisiacia otázka účinkov uznania záväzku na vydanie bezdôvodného obohatenia (v rámci podnikateľských vzťahov a v rámci podnikateľskej činnosti). Ako konštatuje aj rozsudok Najvyššieho súdu SR, sp.zn. 2Obo 173/2002, právna teória a ani súdna prax zatiaľ nedáva jednoznačnú odpoveď, akú premlčaciu dobu je potrebné na tieto vzťahy aplikovať. Tento „judikát“ podáva však zaujímavý názor týkajúci sa danej problematiky, a to že „na účinky uznania záväzku na vydanie bezdôvodného obohatenia, ktorý vznikol v režime Obchodného zákonníka treba v každom prípade aplikovať ustanovenie § 407 ods. 1 Obchodného zákonníka (teda plynutie novej štvorročnej premlčacej doby od tohto uznania), a nie ustanovenie § 110 ods. 1 Občianskeho zákonníka (teda desaťročná premlčacia doba), pretože nie je dôvod, aby sa táto osobitná právna úprava nevzťahovala na všetky práva z obchodných záväzkových vzťahov (pri rešpektovaní zásady subsidiarity občianskoprávnej úpravy iba v prípadoch, keď úprava v Obchodnom zákonníku chýba.“²⁷

sporov?). In.: Obchodné právo a jeho širšie kontexty: Zborník vedeckých prác z konferencie konanej na Štrbskom plese 27-29 október 2010. Košice: Univerzita P.J.Šafárika v Košiciach, 2010, s. 131 - 145. ISBN 978-80-7097-838-2.

²⁶ K tomu je potrebné uviesť, že zákon stanovuje povinnú písomnú formu uznania záväzku, avšak aj z tohto pravidla existujú dve výnimky.

²⁷ Pozri rozhodnutie Najvyššieho súdu SR, sp.zn. 2 Obo 173/2002

Z uvedeného rozhodnutia vyplýva tradične uplatňovaná zásada, že na právnu úpravu obchodno-právnych vzťahov možno použiť ustanovenia Občianskeho zákonníka len v prípade, ak v Obchodnom zákonníku právna úprava na riešenie danej problematiky absentuje. Vzhľadom však ku skutočnosti, že premlčanie je v Obchodnom zákonníku upravené komplexne, aj keď nie je upravené pre prípad vydania bezdôvodného obohatenia, aj tak je potrebné v prípade uznania záväzku vzniknutého z bezdôvodného obohatenia aplikovať ustanovenia o premlčaní uvedené v Obchodnom zákonníku.

Vyššie načrtnutý praktický prípad nám poukazuje na to, že aj pomerne jednoduchá právna úprava uznania záväzku môže v praxi spôsobiť aplikačné problémy. Z tohto dôvodu je preto potrebné venovať problematike uznania záväzku a v súvislosti s tým celému radu zabezpečovacích inštitútov širšiu pozornosť. Týmto poznatkom a konštatovaním zároveň ukončím niektoré úvahy týkajúce sa právnej úpravy uznania záväzku a významu zabezpečovacích inštitútov v období pôsobenia krízových javov.

Vplyv zásahu verejnej moci na motiváciu subjektov na trhu s vysielacími právami¹

JUDr. Jozef Čorba, PhD.

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Úvod

Podnikanie je dobrovoľná a slobodná činnosť, ktorú má právo vykonávať každý, kto splní zákonom ustanovené podmienky. Zásada slobody podnikania je jednou zo základných zásad, na ktorých spočíva nielen obchodný zákonník, ale aj celé slovenské obchodné právo². Uvedená zásada sa prejavuje v tom smere, že každý podnikateľ sa slobodne rozhoduje o tom, v akom predmete činnosti bude podnikateľ, za akých okolností, s kým uzavrie určitú zmluvu a za akých zmluvných podmienok³. Štát či orgány verejnej moci ponechávajú podnikateľovi možnosť slobodne sa rozhodovať, ale disponujú určitými nástrojmi, ktorými dokážu ovplyvniť rozhodovanie podnikateľa, zmeniť jeho motiváciu.

V tomto príspevku sa budeme zaoberať správaním subjektov na špecifickom trhu predaja vysielacích práv na prenosy zo športových podujatí, ktoré v poslednom čase významne ovplyvnili dve rozhodnutia Súdneho dvora Európskej únie (resp. Všeobecného súdu Európskej únie, ďalej budeme používať zaužívanú skratku „ESD“). Aj keď sa jedná zatiaľ o neprávoplatné rozhodnutia súdu prvého stupňa, svojim obsahom a použitou argumentáciou ich považujeme z akademického hľadiska za veľmi zaujímavé, pričom je nepochybné, že ak budú v odvolacom konaní potvrdené a nadobudnú právoplatnosť, prinesú konkrétne dôsledky pre praktickú situáciu na trhu vysielacích práv k prenosom zo športových podujatí. Sme presvedčení, že ovplyvnia správanie subjektov ako na strane ponuky, tak na strane dopytu.

I. Predaj vysielacích práv na prenosy zo športových podujatí

V praxi predávajú práva na vysielanie prenosov zo športových podujatí športové združenia (zväzy), ktoré združujú športovcov či športové kluby za úče-

¹ Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy APVV č. LPP-0199-09 „Nevyhnutnosť a možnosť aplikácie obchodnoprávných noriem na výkon profesionálnej športovej činnosti“.

² SUCHOŽA, J. – HUSÁR, J. in Suchoža, J. – Husár, J. a kol.: Obchodné právo. Bratislava: Iura edition, 2009, s. 97

³ HUSÁR, J.: Dohľad nad podnikaním – podnikanie pod dohľadom na finančnom trhu, in: Husár, J. (ed.): Ingerencia orgánov verejnej moci do podnikania. Zborník príspevkov z vedeckej konferencie. Košice: UPJŠ, 2006, s. 63

lom výkonu športovej činnosti v určitom odvetví športu a organizujú športové súťaže. Pri skúmaní otázky, prečo by práve športové združenia mali byť majiteľmi vysielacích práv a ponúkať ich na predaj prevádzkovateľom televízneho vysielania, sme dospeli vedno s inými autormi⁴ k záveru, že pôvodne by tieto práva nemali patriť výlučne športovým združeniam⁵. Športové združenia odôvodňujú toto svoje oprávnenie tým, že hoci ide snímaní a vyhotovovaní zvukovoobrazových záznamov zo športových podujatí v podstate o zaznamenávanie a verejný prenos prejavov športovcov, bez toho, aby športové združenie neusporiadalo nejakú súťaž, nemali by športovci kde podávať svoje športové výkony a nebolo by čo vysielat'. V súťaži nevystupujú športovci samostatne, ale zároveň so svojimi spoluhráčmi či súpermi, podľa toho, ako to určilo dané športové združenie. Podstatou je teda súťaž a vzájomné súperenie športovcov, nielen samotné prejavy jednotlivých osôb na športovisku. Športové združenia často zahŕňajú do samotných pravidiel o organizácii športových súťaží, ustanovenia o tom, že sú jedinými osobami, ktoré majú právo na vysielanie prenosov z týchto podujatí a zároveň aj výlučné právo rozhodovať o ďalšom komerčnom využití tohto práva. Účastníci jednotlivých športových súťaží sa ako členovia týchto združení zavazujú rešpektovať uvedené pravidlá, inú možnosť v podstate nemajú⁶. Tým rešpektujú aj oprávnenie športového združenia rozhodovať o tom, komu a za akých okolností bude poskytnuté právo uskutočniť verejný prenos športovej udalosti, ktorej sa zúčastňuje daný športovec či športový klub.

Športové združenia sa snažia pri predaji vysielacích práv dosiahnuť čo najväčší zisk. Niektoré si za účelom predaja týchto práv zakladajú vlastné obchodné spoločnosti, iné využívajú obchodné spoločnosti ako sprostredkovateľa pri dohadovaní zmlúv s televíznymi vysielateľmi. Každopádne, v záujme zvýšenia ceny sa televízne práva predávajú kolektívne (v tzv. balíkoch) a na princípe exkluzivity. Vysielateľom sú na predaj ponúkané naraz práva na všetky športové udalosti v rámci nejakej športovej súťaže, nie jednotlivito samostatne na každý zápas či preteky a je im garantovaná exkluzivita na určitom území, spravidla pokiaľ ide o územie jednotlivej krajiny. Každý vysielateľ by mal mať zaručené, že v danej krajine bude jedinou vysielacou spoločnosťou, ktorá bude vysielat' priame prenosy z daného športového podujatia.

⁴ WEATHERILL, S.: The Influence of EU Law on Sport Governance, in: Gardiner, S. - Parrish, R. - Siekmann, R. (eds.): EU, Sport, Law and Policy. Regulation, Re-regulation and Representation. The Hague: T. M. C. Asser Press, 2009, s. 98, HEERMANN, P. W.: Sport und Kartellrecht. In: Arter, O. (ed.): Sport und Recht. Bern: Stämpfli Verlag, 2005, s. 209

⁵ K tomu pozri bližšie ČORBA, J.: Zodpovednosť pri organizovaní súťaží v profesionálnom športe, in: Suchoža, J. - Husár, J. (eds.): Obchodné právo a jeho širšie kontexty, zborník vedeckých prác, Košice: UPJŠ, 2010, s. 233 a nasl.

⁶ Pozri napr. čl. 25a Stanov Slovenského futbalového zväzu, publikovaných na www.futbalsfz.sk, alebo čl. 28 ods. 2 Pravidiel UEFA Ligy Majstrov pre sezónu 2009/2010 publikovaných na www.uefa.com

II. Obmedzenie exkluzivity na základe verejného záujmu

Predaj vysielacích práv na princípe exkluzivity predstavuje isté obmedzenie intenzity na trhu s vysielacími právami na strane ponuky. Výsledkom tohto obmedzenia je rast ceny za vysielacie práva. Navyše dochádza k situáciám, keď v dôsledku exkluzívneho predaja práv vysielacím spoločnostiam s nízkym okruhom zákazníkov, mnoho športových fanúšikov stráca možnosť sledovať daný športový prenos, keďže nie sú abonentmi danej spoločnosti.

Na uvedený fenomén reagovalo právo EÚ prijatím úprava § 3a Smernice 97/36/ES Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 89/552/EHS o koordinácii určitých ustanovení zákonov, iných právnych predpisov alebo správnych opatrení v členských štátoch týkajúcich sa vykonávania činností televízneho vysielania, v zmysle ktorej môže každý členský štát uskutočniť opatrenia v súlade s právnymi predpismi spoločenstva, aby sa zabezpečil, že prevádzkovatelia vysielania, na ktorých sa vzťahuje právomoc, nebudú vysielat' na základe výlučnosti udalosti, ktoré tento členský štát považuje za udalosti veľkého významu pre spoločnosť takým spôsobom, že zbavia podstatnú časť verejnosti v tomto členskom štáte možnosti sledovať takéto udalosti prostredníctvom priameho prenosu (naživo) alebo prostredníctvom nepriameho prenosu (zo záznamu). Zároveň bolo touto smernicou poskytnuté členským štátom právo vypracovať zrozumiteľným a prehľadným spôsobom zoznam týchto udalostí veľkého významu.

Niektoré krajiny túto možnosť využili a prijali právne úpravy o udalostiach veľkého významu, ktoré nemožno vysielat' na princípe exkluzivity. Vo Veľkej Británii prijatý *Broadcasting Act* z roku 1996 a následne v roku 2000 bolo prijaté nariadenie o televíznom vysielaní (*Television Broadcasting Regulations*), podľa ktorých boli v Británii definované dve kategórie televíznych vysielateľov. Prvá kategória zahŕňala organizácie poskytujúce službu bezplatne, ktorú môže okrem toho zachytiť 95% obyvateľstva Spojeného kráľovstva Veľkej Británie a Severného Írska a druhá kategória zahŕňala všetkých ostatných. Zároveň bol vytvorený zoznam udalostí veľkého významu a bolo stanovené, že takúto udalosť môže vysielateľ z jednej z týchto kategórií vysielat' naživo, ak nejaký vysielateľ z druhej kategórie tiež nadobudol právo vysielat' túto udalosť naživo na rovnakom alebo na v podstate rovnakom území.

Veľká Británia oznámila prijaté opatrenia Európskej komisii, ktorá rozhodnutím 2007/730/ES rozhodla o zlučiteľnosti týchto opatrení s právom Spoločenstva. Podobné opatrenia boli prijaté v Belgickom kráľovstve a ich zlučiteľnosť s právom Spoločenstva bola potvrdená rozhodnutím Európskej Komisie č. 2007/479/ES.

Tieto opatrenia sa nepáčili športovým zväzom, ktoré na trhu s vysielacími právami vystupujú na strane ponuky. Únia európskych futbalových asociácií (UEFA) a Federácia medzinárodných futbalových asociácií (FIFA), ktoré predávajú vysielacie práva k dvom najvýznamnejším futbalovým turnajom na svete – Majstrovstvá Európy a Majstrovstvá sveta. UEFA pred Všeobecným

súdom Európskej únie napadla rozhodnutie Komisie, ktorým boli schválené opatrenia prijaté vo Veľkej Británii, FIFA pre zmenu napadla rozhodnutie Komisie, ktorým schválila opatrenie prijaté Belgickým kráľovstvom. Obe tieto žaloby súd spojil na spoločné konanie a rozhodol o nich dňa 17. Februára 2011 rozsudkom č. T-55/08 vo veci UEFA proti Komisii a č. T-385/07 vo veci FIFA proti Komisii, ktorými obe žaloby zamietol.

Účelom tohto príspevku nie je detailne analyzovať dôvody rozhodnutia súdu, ale skôr upriamiť na následky, ktoré toto rozhodnutie môže mať, teda akým spôsobom ovplyvní správanie subjektov na trhu s vysielacími právami. K argumentačnej báze tohto rozsudku sme sa už vyjadrovali na inom mieste⁷.

Dôsledkom rozhodnutia ESD v tomto spojenom konaní je skutočnosť, že niektoré športové podujatia majú taký význam pre spoločnosť, že existuje verejný záujem na tom, aby boli vysielané vysielateľmi, ktorý šíria svoj signál spôsobom dostupným pre väčšinu obyvateľstva.

Znamená to, že poskytovateľ práva na vysielanie športových prenosov, nemôže takýchto vysielateľov vylúčiť z možnosti zakúpiť si vysielacie práva a tým pádom iným vysielateľom, ktorých signál nie je voľne dostupný z dôvodov technických alebo cenových nemôže zaručiť exkluzivitu pri vysielaní daných športových podujatí. Práva na vysielanie prenosu z konkrétneho športového podujatia sú pritom takým statkom, ktorý nie je zastupiteľný ničím iným. Kto chce osloviť fanúšikov futbalu, jednoducho im musí poskytnúť vysielanie zápasov napr. z Majstrovstiev Európy vo futbale, o nič iné na miesto toho nebudú mať záujem. Navyše prenos z konkrétneho zápasu sa musí vysielat' naživo, teda všetci, ktorí by mali právo vysielat' daný zápas, tak musia urobiť v rovnakom čase, keď sa zápas hrá. O neskorší prenos nebude mať fanúšik záujem. Ak už totiž pozná výsledok športového zápolenia, sledovanie daného zápasu či súťaže preňho až na výnimky stráca význam. Základným dôvodom, pre ktorý diváci sledujú športové súťaže je neistota výsledku a emocionálny zážitok, ktorý im prináša očakávanie toho, ako daný športový súboj dopadne. Ak už diváci poznajú výsledok, tento emocionálny zážitok odpadá a zhliadnutie prenosu pre nich stráca základný význam. Ak teda by mali mať viacerí vysielatelia právo vysielat' v danom regióne prenos z konkrétneho športového podujatia, nemajú príliš veľa možností, ako medzi sebou súperit' o cieľovú skupinu spotrebiteľov. Musia vysielat' v rovnakom čase, navyše obsah prenosu je vždy rovnaký. Poskytovaný produkt môžu od seba odlíšiť hádam voľbou komentátorov, ktorí budú prenos komentovať a či sprievodnými akciami, ako je možnosť divákov zapojiť sa do telefonickkej súťaže o ceny

⁷ Pozri ČORBA, J.: Trh s vysielacími právami na prenosy zo športových podujatí a právo, in: Hospodárstvo a právo. Zborník príspevkov z konferencie pri príležitosti stretnutia katedier obchodného práva právnických fakúlt Českej republiky a Slovenskej republiky v Karlových Varoch 2011, Vysoká škola Karlovy Vary, 2011, v tlači

a podobne. Tieto odlišnosti však nie vždy predstavujú pre spotrebiteľa dostatočnú motiváciu, aby sa na ich základe rozhodol pre konkrétneho vysielateľa.

Z uvedených dôvodov možno očakávať, že pri vylúčení možnosti exkluzívneho vysielania niektorých športových podujatí, výrazne poklesne dopyt po vysielacích právach k týmto podujatiam a v dôsledku toho výrazne poklesne odmena, ktorú poskytovateľ práv bude môcť požadovať od záujemcov o vysielanie.

Úprimne sa nazdávame, že toto je hlavný dôvod, prečo športové zväzy proti rozsudku ESD zbroja. Na svoju obranu tvrdia, že pokles príjmov z predaja vysielacích práv bude znamenať menej prostriedkov pre jednotlivé národné zväzy na rozvoj športu najmä na mládežníckej úrovni, keďže prostriedky získané predajom vysielacích práv sa používali práve týmto spôsobom. Teda aj na druhej strane mince nájdeme legitímny verejný záujem na podporu mladých športových talentov, zlepšovanie zdravia a fyzickej kondície obyvateľstva. Utváranie podmienok na rozvoj športu, starostlivosť o športovo talentovanú mládež a rozvoj rekreačného športu pritom zvykne byť v právnych poriadkoch jednotlivých krajín definované ako jedna z úloh štátu⁸. Otázkou ostáva, koľko z utržených prostriedkov by sa skrz národné športové zväzy skutočne použilo na podporu a rozvoj športu na mládežníckej či inej úrovni a nakoľko sú obdobné argumentácie (hoci vo svojej podstate nie sú irelevantné) iba akousi deklaratórnou pózou.

III. Teritoriálne obmedzenie predaja vysielacích práv

Nie dlho po rozsudku v spojených veciach *UEFA* proti *Komisií* a *FIFA* proti *Komisií* uzrel svetlo sveta ďalší rozsudok Všeobecného súdu EÚ súvisiaci s predajom vysielacích práv. Išlo opäť o rozsudok v spojených veciach C-403/08 a C-429/08 *Football Association Premier league* a iní proti *QC Leisure* a iní a *Karen Murphy* proti *Media Protection Services Ltd.*, ktorých predmetom bolo v podstate posúdenie otázky, či je v rámci zaručenia spomínanej exkluzivity vysielania prenosov zo športových podujatí pre vysielacie spoločnosti na určitom území možné teritoriálne obmedzovať šírenie signálu jednotlivých televíznych spoločností.

Ako sme uvádzali vyššie televízne spoločnosti majú záujem o nadobudnutie práv na vysielanie prenosov zo športových podujatí, iba ak im je zaručené, že na konkrétnom území (spravidla vymedzeným územím štátu, v ktorom sídli), budú jediným vysielateľom, ktorý vysiela daný športový prenos. Na dosiahnutie tohto účelu poskytovateľa vysielacích práv (jednotlivé športové zväzy – v tomto prípade anglická futbalová asociácia) dojednávajú v licenčných zmluvách s vysielateľmi, že vysielateľ sa zaväzuje brániť šíreniu svojho signálu na území inej krajiny, kde má zaručenú exkluzivitu iný vysielateľ. Zamedzenie

⁸ Pozri napr. čl. 165 ZFEÚ či § 3 zákona č. 300/2008 z. z. o organizácii a podpore športu a o zmene a doplnení niektorých zákonov

šíreniu signálu sa uskutočňuje pomocou kódovania televízneho signálu s tým, že signál je možné dekódovať použitím osobitného technického zariadenia, ktoré má daný vysielateľ umožniť nadobúdať iba osobám s bydliskom či sídlom na území, na ktoré sa vzťahuje jeho licencia. Zároveň by dekódovacie zariadenia mali byť predávané len na neobchodné účely.

V praxi sa však stávali prípady, keď sa občania ale aj podnikatelia z Veľkej Británie, snažili obísť uvedený systém exkluzivity tak, že nekupovali dekódovacie zariadenia od britskej televíznej spoločnosti, ktorá mala právo na exkluzívne vysielanie na území Veľkej Británie, ale nakupovali ich od gréckej televíznej spoločnosti, ktorá mala právo na vysielanie týchto prenosov na území Grécka. Dekódovacie zariadenia gréckej spoločnosti totiž bolo možné pre užívateľov zaobstarat' za nepomerne nižšiu cenu.

Poskytovateľ vysielacích práv t. j. anglická futbalová asociácia (FAPL) sa snažila v súdnom konaní dosiahnuť rozhodnutie súdu, že takéto konania, ktoré by mali obchádzať túto exkluzivitu sú v rozpore so 98/84/ES Európskeho parlamentu a Rady z 20. novembra 1998 o právnej ochrane služieb založených na podmienenom prístupe alebo pozostávajúcich z podmieneného prístupu resp. s konkrétnymi ustanoveniami vnútroštátnej úpravy.

ESD podľa nášho názoru správne vyriekol, že skutočnosť, že by užívatelia nadobúdali dekódovacie zariadenia od jednej spoločnosti a následne ich vyvážali a používali v inej krajine, kde táto spoločnosť nemá sídlo, a v ktorej tieto zariadenia nemali byť použité, nie je v rozpore s danou smernicou, a to ani pokiaľ by nadobudli tieto zariadenia na základe oznámenia nepravdivých informácií o svojom pôvode. Naopak súd uviedol, že v rozpore s čl. ZFEÚ by bola právna úprava, ktorá by zabraňovala spotrebiteľom či iným užívateľom kupovať zariadenia vydávané televíznou spoločnosťou sídliacou v jednej členskej krajine a používať ich v inej členskej krajine.

Podľa nášho názoru v tomto prípade sa jedná o otázky regulované zmluvnými vzťahmi na úrovni poskytovateľ vysielacích práv – vysielateľ – spotrebiteľ, v ktorých sa jedná o výsostne súkromné záväzkové vzťahy a porušenie povinností z týchto vzťahov by sa malo posudzovať na úrovni civilnoprávnej či obchodnoprávnej zodpovednosti. Nie je vhodné a účelné, aby do usporiadania týchto záväzkových vzťahov vstupovala verejnoprávna regulácia.

Na druhej strane výrok rozsudku, ktorým súd vyslovil, že ustanovenia vo výhradnej licenčnej zmluve medzi majiteľom práv duševného vlastníctva a vysielacou organizáciou predstavujú obmedzenie hospodárskej súťaže zakázané článkom 101 ZFEÚ, lebo stanovujú povinnosť tejto organizácii neposkytovať dekódovacie zariadenia umožňujúce prístup k chráneným predmetom tohto majiteľa s cieľom ich využívania mimo územia pokrytého touto licenčnou zmluvou, nie je príliš šťastný.

Nazdávame sa, že v zmysle právnych poriadkov jednotlivých členských krajín je prípustné a v obchodných kruhoch obvyklé, že sa uzatvárajú exkluzívne

zmluvy, a to najmä pokiaľ ide o licenčné zmluvy na rôzne predmety duševného vlastníctva. Legálne a legitímne sú aj dojednania o zákaze spätného vývozu, či ďalšieho vývozu, o obmedzení predaja a podobne. Pokiaľ sa na takýchto ustanoveniach vo svojej zmluve dohodnú obchodní partneri, nie je dôvod, aby verejná moc do tejto ich dohody zbytočne zasahovala. Iná situácia nastáva, pokiaľ tieto dohody zamedzia uspokojeniu určitého verejného záujmu, ako tomu bolo v prípadoch uvedených v stati II. V tomto prípade však účinky dohôd o obmedzení predaja dekódovacích zariadení nemali zamedziť prístupu verejnosti k sledovaniu zápasov najvyššej anglickej futbalovej súťaže, smerovali len k tomu, aby anglickí fanúšikovia sledovali tieto zápasy prostredníctvom anglických vysielateľov, grécki prostredníctvom gréckych a slovenskí prostredníctvom slovenských.

Dôvod týchto obmedzení pri predaji vysielacích práv opäť spočíva v peniazoch. Uvedené obmedzenia totiž smerujú k zabezpečeniu exkluzivity vysielania prenosov na určitom území, pre každého vysielateľa. Ak má vysielateľ exkluzivitu, je ochotný za nadobudnutie vysielacích práv zaplatiť nepomerne viac, než keby ju nemal. Ak tieto zmluvné opatrenia na zabezpečenie výlučnosti šírenia prenosu na určitom území zlyhajú (pretože sa dekódovacie zariadenia každého jednotlivého vysielateľa budú môcť voľne predávať v celej EÚ), budú športové združenia musieť na udržanie výšky príjmu z predaja vysielacích práv siahnuť k iným opatreniam.

Možno predpokladať, že každý z poskytovateľov vysielacích práv k futbalovým zápasom bude mať záujem poskytovať tieto práva britským televíznym spoločnostiam, ktoré sú finančne najsilnejšie a vzhľadom na širokú základňu futbalových fanúšikov vo Veľkej Británii, sú ochotné platiť za nadobudnutie týchto práv najvyššie odmeny. Aby poskytovatelia neodradili britské spoločnosti od nadobúdania vysielacích práv za vysokú odplatu, zvýšia svoje ceny aj vo vzťahu k televíznym spoločnostiam z iných krajín. V dôsledku toho sa predpokladá, že aj tieto vysielacie spoločnosti z iných krajín pristúpia k zvýšeniu ceny svojich dekódovacích zariadení, čím prestane byť pre napr. pre obyvateľov Veľkej Británie výhodné kupovať si dekódovacie zariadenia od iných televízných spoločností (napr. z Grécka). Iným dôsledkom môže byť to, že v dôsledku zvýšenia ceny za predaj vysielacích práv, nebritské spoločnosti stratia záujem o nadobúdanie týchto vysielacích práv.

Tak či onak, zdá sa, že aj keď sa systém predaja vysielacích práv, dohôd o kódovaní signálu a o zákaze predaja dekódovacích zariadení do zahraničia zliberalizuje, utrpia tým spotrebitelia, keďže prídu o možnosť sledovať napríklad zápasy anglickej futbalovej *Premier League* v zahraničí.

V tomto momente by podľa nášho názoru mali zohrať svoju úlohu orgány na ochranu hospodárskej súťaže, aby preskúmali, či športové združenia, ktoré sa v zmysle svojich stanov pasujú za jediných oprávnených majiteľov vysielacích práv, sa nedopúšťajú zneužívania dominantného postavenia na trhu s predajom vysielacích práv. Je potrebné posúdiť, či sa touto cenovou politi-

kou nedopúšťajú priameho alebo nepriameho vynucovania neprimeraných cien v zmysle čl. 102 písm. a) ZFEÚ.

Záver

V predložennom príspevku sme sa snažili demonštrovať, aký vplyv môže mať zásah verejnej moci na zmenu správania sa subjektov na relevantnom trhu. V prvom prípade išlo o vplyv verejnoprávnej regulácie prijatej na základe sekundárneho práva EÚ, v druhom prípade išlo o vplyv rozhodnutia orgánu verejnej moci, konkrétne súdu.

Uvedené prípady poukazujú na to, že podnikateľské subjekty sa vždy snažia prispôbiť zmenenej situácii tak, aby dosiahli svoj zamýšľaný záujem. V niektorých prípadoch je ťažké vopred predpokladať, ako sa regulované subjekty na trhu v konečnom dôsledku zachovajú. Pri prijímaní jednotlivých právnych úprav alebo kľúčových rozhodnutí, ktoré by mali nájsť určitú rovnováhu medzi súkromným záujmom a verejným záujmom, či medzi dvoma rozdielnymi záujmami verejnosti, bude často zložitá s presnosťou predpokladať všetky potencionálne dosahy týchto úprav.

III. ČASŤ

PRÁVO MEDZINÁRODNÉHO OBCHODU

–

OBCHODNÁ ARBITRÁŽ

Nadřazenost mezinárodního práva v rukou aparátu českého Ústavního soudu¹

JUDr. Ján Bárta, CSc.

Ústav státu a práva Akademie věd České republiky, v. v. i.

I. Ústavní úprava priority mezinárodního práva

Čl. 10 Ústavy České republiky v jejím původním znění (účinném od 1.1.1993) stanovil: „*Ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách, jimiž je Česká republika vázána, jsou bezprostředně závazné a mají přednost před zákonem.*“ Ústava tedy tenkrát určovala, že přednost před vnitrostátním právem má jen jedna kategorie mezinárodních smluv, totiž o lidských právech a základních svobodách, jimiž je republika vázána z jakéhokoliv právního důvodu. Jedním z těchto právních důvodů vázanosti České republiky smlouvou mohla být sukcese do mezinárodněprávních závazků zaniklého Československa. Výkladový problém spočíval jen v tom, které ze smluv jsou smlouvami tzv. „lidskoprávními“, a mají tudíž prioritu. Ústavodárce vědomě přenechal tuto důležitou otázku aplikační praxi: Některé, zejména mnohostranné úmluvy, sem už prima facie určitě patří (základní úmluvy OSN, ale určitě i relativně dávné úmluvy týkající se způsobů vedení války), o některých může být spor (jako příklad bych uvedl úmluvy Mezinárodní organizace práce), a některé sem snad skoro určitě nepatří (úmluvy Světové poštovní unie, úmluvy o mezinárodní železniční a kamionové dopravě). Do poslední kategorie bych já byl původně bez váhání zařadil např. i smlouvy o zamezení dvojího zdanění; to jsem ovšem ještě nevěděl s jakým elánem se český Ústavní soud po r. 1993 pustí do daňové agendy, a tím z ní fakticky udělá problematiku základních práv a svobod (otázka je to ovšem jen spekulativní, protože naše vnitrostátní daňové právo procesní už samo dává mezinárodním smlouvám přednost, tudíž fakticky nikdy nemohlo dojít na to, aby se zkoumalo, zda tyto smlouvy do tehdejšího čl. 10 Ústavy spadají, či ne).

Legislativně technicky by asi bylo vhodné, aby ústavodárce uvedl několik úmluv tak, aby dal aplikační praxi návod k tomu, jakou asi úroveň pramenů mezinárodního práva smluvního měl na mysli. To však ústavodárce neučinil, a myslím, že k tomu měl docela dobrý důvod. Jednak nějaký demonstrativní výčet se do ústavy skutečně jaksí nehodí, a jednak by tím ústavodárce jakoby vyjádřil, které úmluvy považuje za nejdůležitější – a to vždycky je už vůbec pochybná záležitost.

¹ Tento příspěvek byl zpracován na základě podpory Grantové agentury ČR projektu s identifikačním kódem GA407/09/1823 - Normativní regulace prostředí počítačových sítí se zřetelem k Internetu (2009-2011, GA0/GA)

Norma tedy byla nejednoznačná pokud jde o předmět, na něž dopadá, a nabádala k restriktivnímu výkladu. Naopak byla zcela jasná potud, že působí ex nunc pro smlouvy závazné v okamžik nabytí účinnosti Ústavy, bez ohledu na to z jakého právního důvodu je jimi ČR vázána, a že samozřejmě dopadne i na smlouvy, které se pro ČR stanou závaznými v budoucnosti.

Po novele Ústavy provedené ústavním zákonem č. 395/2001 Sb., s účinností 1.6.2002, článek 10 zní takto: „*Vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.*“

Nové znění čl. 10 Ústavy tedy rozšiřuje prioritu mezinárodních smluv oproti dosavadnímu stavu (všechny smlouvy, a nikoliv už jen ty o lidských právech a základních svobodách), a používá dikci, která obrátí posun od dualistického chápání vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva k monistickému. To je jistě v pořádku, přesto je znění novelizovaného článku vadné, protože zcela opomíjí ty smlouvy, které měly prioritu dosud, a tímto zněním článku ji ztrácí, přestože jsou pro republiku závazné a jsou významné: Teprve od 1.1.1993 existuje Parlament České republiky, přednost před vnitrostátním právem tedy nově mají jen smlouvy, o nichž se hlasovalo po tomto datu. Kupř. tedy taková Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (Řím 1950) podle sdělení FMZV č. 209/1992 Sb. pro Českou a Slovenskou Federativní Republiku vstoupila v platnost dnem 18. března 1992. S Úmluvou vyslovilo souhlas Federální shromáždění České a Slovenské Federativní Republiky, a prezident ji ratifikoval s výhradou k jejím článkům 5 a 6 (výhrady nejsou významné, šlo jen o zachování možnosti ukládat trest vězení vojákům v kázeňském řízení, nejen soudem). Úmluva se tedy stala závaznou pro ČR sukcesí do závazků Československa, a díky původnímu znění čl. 10 Ústavy dostala přednost před vnitrostátním právem. Podle nového čl. 10 ale dnem 1.6.2002 tuto prioritu opět ztratila, protože souhlas k její ratifikaci nedal a nemohl dát Parlament. Stejný osud potkal i řadu dalších významných smluv, třeba takovou Úmluvu o právech dítěte, nebo Úmluvu o politických právech žen. To jistě zamýšleno nebylo, a je to tedy chyba legislativy.

II. Jak k té chybě došlo?

Vládní návrh příslušné novely ústavy² především předpokládal poněkud jiné znění vlastního článku Ústavy, totiž „*Vyhlášené mezinárodní smlouvy, s jejichž ratifikací vyslovil souhlas Parlament a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu a mají přednost před záko-*

² Tisk 884/0, III. volební období Poslanecké sněmovny, dostupný na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?0=3&CT=884&CT1=0>

nem, s výjimkou mezinárodních smluv nebo jejich jednotlivých ustanovení, které Parlament provedl zákonem." Znění Parlamentem nakonec skutečně přijaté je samozřejmě lepší, protože ve prospěch mezinárodního práva řeší materiální rozpor mezi úpravami, který se vyskytnout může. Znění původně vládou navrhované by naopak fakticky znovu zavedlo prioritu vnitrostátního práva; ještě že si toho v parlamentní legislativě někdo všiml a chybu vládní legislativy napravil.

Ale jsou dvě důležité věci, které z návrhu do zákona přijaty nebyly. První z nich je zmocnění k republikaci Ústavy po novele (skutečně také Ústava nebyla, ani nikdy poté, vyhlášena v úplném znění), a přechodné ustanovení.

Ústavní zákon č. 395/2001 Sb. neobsahuje žádné přechodné ustanovení. Vládní návrh ovšem obsahoval Čl. II - Přechodné ustanovení, které mělo znít takto:

(1) Ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách, které se staly pro Českou republiku závaznými přede dnem účinnosti tohoto ústavního zákona, jsou součástí právního řádu a mají přednost před zákonem.

(2) Jiné mezinárodní smlouvy, které se staly pro Českou republiku závaznými přede dnem účinnosti tohoto ústavního zákona, mají přednost před zákonem, pokud zákon tuto přednost stanoví.

Je vidět, že zpracovatelé novely ústavy si skutečnosti byli vědomi, a návrh věc bezesbytku řešil. Ustanovení je formulováno bezchybně, zachovává stav vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva dosažený českou ústavností platnou mezi 1.1.1993 a 31.5.2002, není retroaktivní, zachovává právní jistotu. Bylo by nepříšlo do samotného textu ústavy, zůstalo by jen přechodným ustanovením v novelizujícím zákoně, což není příliš přehledné. Ale materiálně i legislativně technicky je to zcela správně, a aspoň by bylo co vyučovat v předmětu ústavní právo, a čím obohatit komentářovou literaturu. I když si osobně myslím, že shora citovaný text přechodného ustanovení by bylo úplně nejlepší učinit textem samotného nového čl. 10 s jedinou změnou – místo *přede dnem účinnosti tohoto ústavního zákona* by se jednoduše napsalo „před 1.1.2002“, a bylo by po problému.

Jakmile však ustanovení, z důvodů a podle úvahy, jež asi nezjistíme, Parlament do zákona nedal, pak se právní následky nedostavily. Ony důležité úmluvy se jistě respektují, ale přednost před vnitrostátním právem z hlediska hmotného práva prostě nyní nemají. Byly v hierarchii sníženy oproti předchozímu stavu, právě pokud jde o ně byl fakticky obnoven dualismus, protože nyní se jejich aplikace opírá pouze o čl. 1 odstavec 2 Ústavy, který zní: "*Česká republika dodržuje závazky, které*

pro ni vyplývají z mezinárodního práva." Mají tedy nadále jen ten význam, jako ostatní, i nesmluvní, prameny mezinárodního práva.

Naopak zas, oproti záměru vyjádřenému správně v původně navrhovaném přechodném ustanovení, se nové znění čl. 10 stalo retroaktivním pokud jde o smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas mezi 1.1.1993 a 31.5.2002. Ty totiž byly sjednávány a ratifikovány na základě tehdy platného ústavněprávního stavu, tedy s tím, že nebudou mít stejnou přednost před zákonem jako smlouvy o lidských právech a základních svobodách. Přece jen, jedná se o 9 let jistě celkem intenzivního navazování mezinárodních smluvních vztahů; vláda jako navrhovatel novely si počínala naprosto odpovědně, když v novele zamýšlela pro tuto dobu petrifikovat vztah mezinárodního a vnitrostátního práva daný ústavním vztahem platným v době uzavírání příslušných smluv: souhlas k ratifikaci byl přece ve všech případech hlasován s tím, že dotyčné smlouvy nebudou přímo aplikovatelné, jejich provedení do vnitrostátního práva bude ještě další záležitostí, a provede se takovým způsobem, jaký odpovídá potřebám vnitrostátního práva, a přitom mezinárodní závazky republiky budou dodrženy. To je přece úplně jiný pohled na věc, než když mezinárodní smlouvu pouštíme do režimu přímé aplikace, kdy interpretaci jejích ustanovení už neovlivní zákonodárce, ale už jen státní správa, advokáti a soudci.

Bez onoho dobře promyšleného přechodného ustanovení je tedy přijaté řešení velkorysejší než záměr vlády vůči obyčejným mezinárodním smlouvám se souhlasem k ratifikaci daným mezi 1.1.1993 až 31.5.2002 (retroaktivně a paušálně byly integrovány do vnitrostátního právního řádu – snad se tak dalece nic špatného nestalo, tyto smlouvy byly výsledkem standardních diplomatických postupů, přijímány s úmyslem se podle nich skutečně chovat, atd.), ale naopak odebralo prioritu těm smlouvám o lidských právech a základních svobodách, kterými je Česká republika vázána od okamžiku zániku federace (a to je vážné). Pokud jde o ostatní, nikoliv „lidskoprávní“ smlouvy závazné pro ČR od okamžiku jejího osamostatnění, nový čl. 10 i po 1.6.2002 ponechává v platnosti dosavadní právní stav, tzn. tyto smlouvy nejsou přímo aplikovatelnou součástí právního řádu (to jediné je správně, a taky odpovídá původnímu vládnímu záměru vyjádřenému v přechodném ustanovení).

III. Jak se na chybu reaguje?

Velmi se obávám, že k popsané chybě došlo prostě tím, že kdosi neznámý nechtěl „špinit“ ústavní pořádek přechodným ustanovením, které mu připadalo málo slavnostní, a v rozhodující okamžik nebyl u toho zkušený legislativec, který by dokázal vysvětlit význam přechodného ustanovení a obhájit je.

Poučkou je, že výkladem se dají překlenout nejednoznačnosti a mezery v právu, nedají se jím však napravit chyby v psaném právu.

Z komentářové literatury si problému patrně jako první všimnul komentář Sládeček/Mikule/Syllová (Beck 2007), který k věci suše uvádí: „Zdá se, že tato otázka byla pod tlakem okolností konkludentně zodpovězena tak, že výrazem „Parlament“ jsou myšleny všechny zákonodárné orgány, které daly souhlas k ratifikaci mezinárodních smluv, jež jsou i pro Českou republiku závazné – opačný výklad by ostatně vedl k absurdním důsledkům, protože režimu čl. 10 by při něm nepodléhaly např. i některé nejvýznamnější smlouvy o lidských právech.“³

Komentář Klíma a kol. ve svém prvním vydání problematiku ještě přechází, ve 2. vydání (2009) se už ale k věci staví zcela apodikticky: „Povinnost dodržovat mezinárodní závazky také dává jasné interpretační rozuzlení problému, který zákonodárny sbor měl ústavodárce na mysli pod pojmem Parlament v čl. 10 Ústavy. Rozumí se jím kterýkoliv dřívější zákonodárny sbor, i pokud nebyl ústavně označen jako parlament, přestože čistě gramaticky by se mělo jednat o Parlament podle Ústavy ČR. Fakticky to znamená, že inkorporace podle čl. 10 Ústavy se vztahuje na všechny mezinárodní smlouvy, které splňují podmínky dané tímto ustanovením, bez ohledu na datum jejich ratifikace a publikace.“⁴

První z komentářů (2007) si ještě je vědom toho, že celá věc je dána jen absencí přechodných ustanovení, která byla navrhována jako naprosto komplementární k novému textu čl. 10 Ústavy, tuto souvislost výslovně uvádí, a připouští, že chápat pod Parlamentem všechny minulé zákonodárné sbory, což jsou v našem případě navíc sbory zaniklého státu, je řešením z nouze. Druhý z komentářů (2009) toto žel už neví, a prostě říká, že Parlament, když do Ústavy napsal slovo Parlament, tak tím určitě nemohl myslet sám sebe.

IV. Faktické dopady

Nález českého Ústavního soudu - ze dne 15. ledna 2008 ve věci I.ÚS 629/06, nás ve svém enunciatu učí: **Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Ads 45/2005-79 ze dne 20. 7. 2006 a rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 12 Cad 20/2004-48 ze dne 2. 3. 2005 se zrušují.**

Soudcem zpravodajem v dané věci byl Vojen Güttler. Žádný ze soudců neuplatnil odlišné stanovisko.

Šlo o ústavní stížnost firmy Sodexho společné stravování a služby, s. r. o., jejíž Ústavou a Listinou práv zaručené právo na spravedlivý proces bylo porušeno

³ Sládeček-Mikule-Syllová: Ústava České republiky. Komentář. 1. vydání, C.H.Beck, Praha 2007, str. 81; autorem příslušné pasáže je V. Mikule

⁴ Klíma, et al., Komentář k Ústavě a Listině, 2. vyd., Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, str. 123; autory příslušné pasáže jsou M. Tomoszek a R. Zbíral

platebním výměrem Pražské správy sociálního zabezpečení č. 174/566/04 ze dne 2. 3. 2004, který vyměřil nedoplatek na pojistném na sociální zabezpečení a na příspěvku na státní politiku zaměstnanosti a penále z dlužného pojistného za období od 1. 1. 2003 do 31. 12. 2003. Firma neplatila pojistné za francouzské státní občany, které zaměstnávala na našem území. Uplatnila totiž Všeobecnou úmluvu o sociální bezpečnosti mezi Československem a Francií ze dne 12. 10. 1948. (Ta úmluva se skutečně tak jmenuje, „sécurité sociale“ si tenkrát asi netroufli přeložit normálně jako sociální zabezpečení. Z nálezu se nepozná o kolik peněz šlo, jen tolik, že šlo o platby za jednoho francouzského agenta se stravenkami označeného iniciálami S.G.; řádově tedy za ten rok mohlo jít o pojistné ve výši třeba až do 200 tis. českých korun.)

Materiální problém byl, že má-li úmluva přednost před právním řádem republiky, pojistné se platí, a vice versa – nemá-li úmluva přednost, pojistné se neplatí.⁵ Ústavní soud rozhodl správně potud, že úmluva není článkem 10 inkorporována do právního řádu republiky.⁶ Ale pozor, rozhodl tak z úplně jiného důvodu, než který by byl správný: ne proto, že v r. 1948 zde prostě nemohl být souhlas k ratifikaci Parlamentem České republiky, ale proto, že tehdejší prezident úmluvu podepsal aniž by si vyžádal souhlas tehdejšího Národního shromáždění.

Narativní část odůvodnění nálezu je velmi dlouhá, a velmi svědomitě vypracovaná, podstatné ale je z odůvodnění toto: *„Předpokladem toho, aby byla mezinárodní smlouva součástí právního řádu, je i to, že tato mezinárodní smlouva byla ratifikována se souhlasem Parlamentu, resp. některým z předchůdců Parlamentu na území České republiky nebo bývalého Československa. Tak tomu ovšem nebylo ani u Všeobecné úmluvy o sociální bezpečnosti mezi Československem a Francií, ani u Dodatkové úmluvy k ní. V obou případech nebyla mezinárodní smlouva ratifikována se souhlasem Národního shromáždění ČSR, respektive Federálního shromáždění ČSSR.“*

Tady nám ÚS poprvé řekl, kdesi na konci zdlouhavého odůvodnění a zcela mimochodem, že Parlamentem se rozumí kdeco, možná i stavovský sněm z doby jagellonské.

⁵ Smyslem úmluvy tehdy byla ochrana vlastních občanů na území druhého státu, tzn. docílit, aby Francouzi zaměstnaní v ČSR byli účastníky sociálního pojištění. Podle našeho práva sociálního zabezpečení platného v rozhodném roce 2003 však účastníky pojištění nebyli zde zaměstnaní cizinci za předpokladu, že jejich pracovní poměr se řídí cizím právem. V souzeném případě pak nešlo o to, zda se daná osoba těší dobrodiní českého sociálního zabezpečení, ale zcela prostě o to, zda se podaří za ni vybrat pojistné.

⁶ Ve skutečnosti Ústavní soud rozhodl nesprávně, pravdu měl Nejvyšší správní soud v rozsudku, který ÚS zrušil: Úmluva s Francií se aplikovat má (a pojistné mělo být zapláceno) i když úmluva nepodléhá článku 10 Ústavy. Stanoví to totiž dosud platný zákon č. 100/1932 Sb., o vnitrostátní účinnosti mezinárodních smluv o sociálním pojištění. Tuto pravdu ÚS nikde v odůvodnění nálezu nikde nevyvrací, jen ji ignoruje.

Pak je zajímavá právní věta, formulovaná pro účely publikace. Ta zní: „*Ustanovení čl. 10 Ústavy, ve znění novely provedené ústavním zákonem č. 395/2001 Sb., se vztahuje i na mezinárodní smlouvy, které byly ratifikovány před 1. červnem 2002, pokud jinak splňují podmínky podle tohoto ustanovení.*“ Právní věta už je (na rozdíl od shora uvedené podtržené věty z odůvodnění) pravdivá: Ano, novelizovaný článek Ústavy se vztahuje i na dobu před 1.6.2002, pokud je vše ostatní splněno. Autor právní věty to pravda netrefil pokud jde o kritérium (podle Ústavy nejde o to, kdy smlouva byla ratifikována, ale kdy byl Parlament dán souhlas k ratifikaci). Ale to hlavní je správně - *pokud jinak splňují podmínky podle tohoto ustanovení* - protože podmínky splňuje jen smlouva, k níž dal souhlas Parlament ČR, a ten tak nemohl učinit před svým vznikem, tzn. před 1.1.1993.

Jenže níže v publikované anotaci, zpracované už aparátem Ústavního soudu, už je jiná věta, a ta zní: „*Předpokladem toho, aby byla mezinárodní smlouva součástí právního řádu, je i to, že tato mezinárodní smlouva byla ratifikována se souhlasem Parlamentu, resp. některým z předchůdců Parlamentu na území České republiky nebo bývalého Československa.*“ Nemohu si nevšimnout, že věta je nesprávně už gramaticky (místo „některým“ má být správně „některého“). Hlavní chyba je ale ta, že věta je protiústavní z důvodů rozebraných v předchozím textu.

Jenže v aplikační praxi českých soudů neplatí Ústava, ale dezinterpretace provedená touto větou, publikovanou aparátem Ústavního soudu. Průběh celé smutné historky je sumárně vzato tento:

- Napřed se stala chyba v legislativě, nepřijalo se potřebné přechodné ustanovení.
- Pak došlo k prozření, že významné úmluvy ztratily tu přednost před zákonem, kterou předtím měly.
- Pak Ústavní soud chtěl v řízení o stížnosti nějaké firmě ušetřit snad 200 tisíc, tak přitom ohnul Ústavu.
- První, kdo si té příležitosti všimnul a zneužil toho ve vlastní prospěch, jsou pokud vím agentury vymáhající poplatky za autorská práva za rozhlas a televizi od hostinských a hoteliérů: V českém autorském zákonu bylo jasně napsáno, že za autorská práva se v těchto případech neplatí, ale hostinští měli vědět, že přednost má Bernská úmluva o ochraně literárních a uměleckých děl ze dne 9. září 1886, protože k její ratifikaci dal souhlas některý z předchůdců Parlamentu na území České republiky nebo bývalého Československa. A to už nejde o nějakých 200 tisíc, ale o spoustu milionů. Soudy jim to rutinně přiznávají.

Naucení: Lepší a prospěšnější je psané právo dodržovat než nedodržovat.

15 rokov od prvého slovenského vydania Zásad UNIDROIT

Prof. JUDr. Ján Švidroň, CSc.

Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied

Tento príspevok nechce byť iba spomienkový, ale zároveň aj výhľadový.

Pokiaľ ide o jeho spomienkový aspekt, vracia ma do obdobia rokov 1979 až 1988, keď som pôsobil ako praktický právnik v oblasti zahraničného obchodu. Naším seniorom a svojim generačným rovesníkom nemusím pripomínať povahu a náplň praxe vtedajšieho bežného podnikového právnika.¹ Avšak v oblasti zahraničného obchodu mala jeho agenda svoje osobitosti dané nielen vtedajším centrálnou riadeným a plánovaným hospodárstvom, ktoré sa týkalo celej spoločnosti, ale osobitne vtedajšou povahou zahraničného obchodu. Vo vzťahu k štátom združeným v RVHP, teda v Rade „vzájomnej hospodárskej pomoci“, ako sa nazývala spolupráca medzi vtedajšími socialistickými štátmi, bola právna agenda podstatne menej zložitá ako vo vzťahu k štátom na druhej strane „železnej opony“. ² Uľahčovali ju najmä Všeobecné dodacie podmienky³

Prof. JUDr. Ján Š v i d r o ň, CSc., od roku 2011 riaditeľ Ústavu štátu a práva SAV; od roku 1998 korešpondent UNIDROIT.

Príspevok je venovaný 80. jubileu prof. JUDr. Jozefa Suchožu, DrSc., a pamiatke Ing. Petra Bobra, CSc., riaditeľa vydavateľstva Iura Edition, ktorý s veľkým zánietením umožnil vydanie slovenského prekladu Zásad UNIDROIT a na jeho redakčno-technickej stránke sa osobne intenzívne podieľal; následne sprostredkoval aj skoré vydanie českého prekladu. Pozri UNIDROIT: Zásady medzinárodných obchodných zmlúv. Bratislava: Iura Edition, 1996, ISBN 80-88715-21-0; UNIDROIT: Zásady mezinárodních obchodných smluv. Praha: Codex Bohemia, 1997, ISBN 80-85963-29-9.

¹ Prijemným, spestrujúcim „pracovným“ čítaním nejedného z nás, ktoré humornovo-vážne a poučne nastavovalo nášmu praktickému pôsobeniu „dobové zrkadlo“, bola populárna kniha HAJN, P. Jak uzavírat hospodářské smlouvy. Praha: Panorama, 1982 (Edice: Praktické příručky, 2. přepracované a doplněné vydání). Avšak akoby šité aj na naše dnešné časy sú hneď prvé úvodné slová: „Právní výchova dosud rozvíjí především poznatky o obsahu právních norem. Znalosti platného práva jsou samozřejmě důležitým předpokladem pro jeho realizaci; zdaleka však nejde o předpoklad jediný. V poněkud vyhrocené podobě to lze dokazovat na známém zjištění o tom, že kriminální živly mají podstatně lepší přehled o trestně právních předpisech než ukáznění občané. V sociologii se dokonce objevil výraz „perverzní znalost práva“; označují se jí případy, kdy informace o právních normách se využívají k obcházení účelu zákona.“

² Porov. PROCHÁZKA, M. (Zostavil a poznámky vypracoval) Zákon o hospodárskych stykoch so zahraničím. Bratislava: Obzor, 1982.

³ Porov. FOREJT, A., HRIVNÁK, J., KUČERA, Z. Všeobecné dodací podmínky RVHP 1968/1975 ve znění z r. 1979. Komentář s judikaturou. Bratislava: Československá obchodná a priemyselná komora, 1984.

a iné unifikované normy RVHP.⁴ Aj vtedajšie Federálne ministerstvo zahraničného obchodu a Československá obchodná a priemyselná komora venovali podpore odbornosti právnikov špecializovaných na oblasť zahraničného obchodu serióznú pozornosť. Právna agenda vo vzťahu ku kapitalistickým štátom však mala celkom inú povahu ako v rámci RVHP. Napriek tomu, že pre tieto vzťahy bol k dispozícii čs. Zákonník medzinárodného obchodu aj v anglickom,⁵ francúzskom,⁶ nemeckom⁷ a ruskom⁸ znení (možno aj v ďalších), za desať rokov svojej vtedajšej praxe si nespomínam, že by obchodný partner z kapitalistického zahraničia bol pristúpil na to, aby sa ním riadil pripravovaný zmluvný vzťah. (Pravdaže, pri všetkých obchodných prípadoch v činnosti našej účastinnej spoločnosti pre zahraničný obchod som zďaleka nebol, konštatujem poznanie iba zo svojej vlastnej právnej praxe, ktorá bola dosť jednotvárna.) Otázky, akým právom sa bude spravovať zmluva a ktorý orgán bude príslušný pre rozhodovanie v prípadnom spore, boli pre právnikov zúčastnených strán, medzi ktorými bola „železná opona“, pravidelne späť so značnou právnou neistotou.

Od roku 1988 pôsobím v oblasti právnej vedy a právnického školstva, ale právnej problematike medzinárodného obchodu som sa už viac špecializovane nevenoval. Oslovili ma nové výzvy so zameraním najmä na oblasť práva duševného vlastníctva, osobitne autorského práva a s ním súvisiacich práv, mediálneho práva a súťažného práva. Avšak keď sa mi v rokoch 1994 a 1995 naskytla príležitosť zúčastniť sa jedného špecializovaného seminára⁹ a následne aj všeobecnejšie zameraného kurzu právnej praxe v podnikaní a investíciách¹⁰ na IDLI (International Development Law Institut/Institut international de droit du développement) v Ríme, nedalo mi, aby som túto príležitosť – v profesionálnej línii na svoje skoršie pôsobenie v zahraničnom obchode – nevyužil. A keď som v knižnici IDLI náhodou zbadal úplne nové, práve v tom čase vydané *Zásady UNIDROIT medzinárodných obchodných zmlúv* (ďa-

⁴ Porov. JANÁTKA, F., STRNAD, A. a kol. Vývozní a dovozní operace. Praha: Státní nakladatelství technické literatury, 1984.

⁵ The Act 101/1963 on Legal Relations Arising in International Business Transactions (International Trade Code). Prague: Czechoslovak Chamber of Commerce and Industry, 1985.

⁶ Loi 101/1963 sur les rapports juridiques dans les relations commerciales internationales (Code du commerce international). Prague: Chambre de Commerce de Tschécoslovaquie, 1978.

⁷ Gesetz 101/1963 über die Rechtsbeziehungen im internationale Handelsverkehr (Gesetzbuch über den internationalen Handel). Prag: Tschechoslowakische Handelskammer, 1974).

⁸ Zakon No. 101/1963 o pravovych otnošenjach v meždunarodnom torgovom oborote (Kodex meždunarodnoj torgovli). Praga: Izdatel'skoje i informacionnoje upravlenie Čechoslovackoj torgovo-promyšlennoj palaty, 1980.

⁹ Hydrocarbures et Ressources Minières: Aspects Législatives et Contractuels. IDLI, IBT – 22F, Rome, 19 juin – 2 juillet 1994.

¹⁰ Cours de Pratique Juridique de l'Enterprise et de l'Investissement. IDLI, EILC – 3F, Rome, 23 janvier – 24 février 1995.

lej len „Zásady UNIDROIT“) v anglickom a francúzskom knižnom vydaní (1994),¹¹ spontánne som si povedal: „Keby som takú knihu bol vtedy mal! To treba preložiť a vydať u nás.“ Navštívil som Sekretariát UNIDROIT, a hoci nie som profesionálny prekladateľ, prejavil som o tento počin záujem, ktorý sa stretol s mimoriadnou ústretovosťou. Ponúkli mi štipendium z podpory vlády Francúzskej republiky a ešte v tom istom roku som absolvoval na Sekretariáte UNIDROIT v Ríme šesťtýždňový pobyt, počas ktorého som sa pustil do prekladania, porovnávajúc odsek po odseku súbežne francúzsku a anglickú verziu. Práca na preklade ma tak zaujala, ba pohltila, že základnú verziu celej knihy som mal pripravenú už na konci rímskeho pobytu (mal som so sebou kufor odbornej literatúry, najmä slovníkov). Už z Ríma som ponúkol vydanie prekladu vydavateľstvu Iura Edition v Bratislave, s ktorým som mal aj dlhodobšie prajné personálne styky.

Pri príprave základnej verzie slovenského prekladu som sa usiloval dôsledne rešpektovať zámer tvorcov Zásad UNIDROIT. Prístupoval som k nim s veľkou úctou najmä vzhľadom na skutočnosť, že ich pripravoval takmer dvadsať rokov rozsiahly tím okolo stovky renomovaných právnikov z piatich svetadielov, tak z akademickej sféry, ako aj sudcov a významných praktických právnikov. Zámer ich tvorcov je vyjadrený jednak priamo v Úvode a jednak v ďalších publikáciách, ktoré o Zásadách UNIDROIT napísal predovšetkým predseda pracovnej skupiny pre prípravu Zásad UNIDROIT prof. Michael Joachim Bonell pôsobiaci na univerzite La Sapienza v Ríme. Niektoré z nich som – v krátkej nadväznosti na realizáciu slovenského vydania Zásad UNIDROIT – takisto preložil a uverejnil v Právnom obzore, aby som našim odborným kruhom uľahčil pochopenie ich povahy a možnosti aplikácie, keďže v našom prostredí išlo vtedy ešte o celkom neznámy projekt pre oblasť medzinárodného obchodu. Prof. Bonell v týchto prvých článkoch vysvetlil jednak rozdiel medzi Zásadami UNIDROIT a Dohovorom OSN o zmluvách o medzinárodnej kúpe tovaru z roku 1980 (CISG)¹² a jednak rozdiel medzi Zásadami UNIDROIT a Zásadami európskeho zmluvného práva (PECL),¹³ ktoré od začiatku 80. rokov súbežne pripravovala komisia na čele s prof. Ole Landom z Dánska. Prof. Bonell a viacerí zúčastnení odborníci vrátane prof. Ole Landa boli členmi pracovných skupín oboch týchto veľkých projektov: globálneho, obmedzeného iba na ob-

¹¹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Rome: UNIDROIT, 1994; UNIDROIT Principes relatifs aux contrats du commerce international. Rome: UNIDROIT, 1994.

¹² BONELL, M. J. Zásady UNIDROIT a Viedenský dohovor – alternatívne alebo doplnujúce sa nástroje medzinárodného obchodu? In Právny obzor. Roč. 79 (1996), č. 4, s. 271 – 286 (preklad z anglického jazyka J. Švidroň).

¹³ BONELL M. J. Zásady UNIDROIT a Zásady európskeho zmluvného práva – podobné pravidlá pre zhodné ciele? In Právny obzor. Roč. 80 (1997), č. 2, s. 109 – 129 (preklad z anglického jazyka J. Švidroň).

last' medzinárodného obchodu, a európskeho, zameraného takisto na oblasť zmluvného práva, avšak neobmedzeného iba na obchodné vzťahy.¹⁴

Vypracovaním súboru noriem pre medzinárodný obchod, ponúkajúcim riešenie, resp. návod na riešenie všetkých podstatných otázok, ktoré jeho účastník má mať na zreteli pri vstupovaní do obchodnej transakcie a pri jej uskutočňovaní, sledovali tvorcovia Zásad UNIDROIT aj všeobecnejšie poslanie tejto medzinárodnej vládnej organizácie. Podľa jej ustanovujúcich dokumentov k nemu patrí okrem všeobecnej harmonizácie súkromného práva tiež „podpora medzinárodného obchodu založeného na dôvere“. V súlade s tým, povedané slovami prof. Bonella, tvorcovia Zásad UNIDROIT sa usilovali o čo najjasnejšie a najjednoduchšie vyjadrovanie, aby im mohli porozumieť subjekty vstupujúce do medzinárodných obchodných vzťahov bez ohľadu na to, či majú, alebo nemajú právnické vzdelanie. Pri formulovaní jednotlivých ustanovení sa úmyselne vyhýbali používaniu terminológie vlastnej len niektorému zo skúmaných právnych systémov so zámerom vytvoriť taký právny jazyk, ktorý spája rôzne systémy zmluvného práva, ktorému možno porozumieť a ktorý možno jednotne používať na celom svete bez ohľadu na právne tradície štátu, v ktorom sa majú uplatniť („international legal lingua franca“). „Zásady predstavujú celkom nový prístup k riešeniu právnych otázok medzinárodného obchodu,“ konštatoval hneď pri ich prvom uvedení do medzinárodného používania prof. Bonell.¹⁵

V čase môjho prekladania bolo úplné znenie Zásad UNIDROIT s komentárom k dispozícii, okrem spomenutého anglického a francúzskeho znenia, aj v jazyku talianskom¹⁶ a španielskom;¹⁷ úplná nemecká verzia vyšla až oveľa neskôr¹⁸ (ide o päť oficiálnych jazykov UNIDROIT, z ktorých pracovný je iba anglický a francúzsky jazyk – v nich sa Zásady UNIDROIT pripravovali, zatiaľ čo do ďalších oficiálnych jazykov sa už dokončené dielo preložilo a oficiálne

¹⁴ BOELE-WOELKI, K. Zásady UNIDROIT, Zásady európskeho zmluvného práva a medzinárodné súkromné právo (Ako aplikovať Zásady na zmluvy s cudzím prvkom), I. In Právny obzor. Roč. 81 (1998), č. 1, s. 3 – 15; II. In Právny obzor. Roč. 81 (1998), č. 2, s. 111 – 126 (preklad z anglického jazyka J. Švidroň).

¹⁵ BONELL, M. J. An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Transnational Juris Publications, Inc., Irvington, New York, p. 5, 7.

¹⁶ UNIDROIT Principi dei Contratti Commerciali Internazionali. Roma: UNIDROIT, 1995.

¹⁷ UNIDROIT Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Roma: UNIDROIT, 1995.

¹⁸ UNIDROIT Grundregeln der Internationalen Handelsverträge („UNIDROIT Prinzipien“). Rom: UNIDROIT 1994. Nemeckú verziu pripravoval člen pracovnej skupiny pre vypracovanie Zásad UNIDROIT prof. Ulrich Drobnig, riaditeľ Inštitútu Maxa Plancka pre zahraničné a medzinárodné súkromné právo v Hamburgu; (v knihe je uvedený rok nemeckého oficiálneho vydania Zásad UNIDROIT zhodný ako v anglickom a francúzskom vydaní, je však v nej aj údaj o tlači knihy v roku 1999).

zverejnilo až následne¹⁹). Vlastné články Zásad UNIDROIT, bez komentára k nim, však boli k dispozícii, okrem všetkých piatich oficiálnych jazykov UNIDROIT, aj v ruskom jazyku,²⁰ keďže členom pracovnej skupiny pre ich prípravu bol i renomovaný ruský účastník projektu Alexander S. Komarov. V čase môjho prekladania však nebol k dispozícii nijaký úplný preklad celého diela do niektorého z blízkyh slovanských jazykov. Ruský preklad úplného znenia Zásad UNIDROIT s komentárom vyšiel takisto v roku 1996, avšak pre porovnávacie účely som ho ešte nemal k dispozícii.²¹

Uvedeným chcem povedať nielen to, že slovenský preklad plnil priekopnícku úlohu na vtedy pre nás v strednej Európe ešte celkom neznámom poli, ale že z hľadiska prekladateľa to bola zároveň aj nádherná, priamo vzrušujúca „objaviteľská“ práca. A to z dvoch hlavných uhlov pohľadu:

1. Bolo potrebné často uvážiť a do slovenského jazyka primerane preklenúť niekedy aj dosť značné rozdiely vo formuláciách v anglickej a francúzskej verzii. Tvorcovia Zásad UNIDROIT formulovali zámer vytvoriť pre medzinárodný obchod „international legal lingua franca“. Prihliadajúc na tento zámer, úmyselne sa vyhýbali používaniu terminológie vlastnej len niektorému zo skúmaných právnych systémov. Zásadami UNIDROIT chceli vytvoriť pre medzinárodné obchodné zmluvy taký právny jazyk, ktorý spája rôzne systémy zmluvného práva. Ani ďalší účastníci hlavnej pracovnej skupiny, reprezentujúci hlavné zmluvné systémy vo svete, ale ani ďalší členovia množstva expertných podskupín pre špecializované konkrétnejšie otázky tohto dlhodobého projektu sa nemohli celkom vymaniť z terminológie svojho domovského právneho prostredia: totiž, vytvoriť pre Zásady UNIDROIT „autonómny právny jazyk“.

Pri príprave základnej verzie prekladu som sa však usiloval nebyť otrocky poplatný terminológii nášho Obchodného zákonníka, Občianskeho zákonníka ani niekdajšieho Zákonníka medzinárodného obchodu, ktorý som mal k dispozícii vo viacerých jazykových verziách. Usiloval som sa verne pridržiavať litery Zásad UNIDROIT so zámerom čo najpresnejšie vystihnúť a v slovenskom jazyku vyjadriť ich zmysel a právny obsah, ako ho treba chápať najmä tiež na základe ich komentára a príkladov k jednotlivým článkom, ktoré sú integrálnou súčasťou všetkých oficiálnych vydaní.

¹⁹ O náročnosti tohto prekladu aj v rámci oficiálnych vydaní UNIDROIT svedčí i to, že prvé španielske vydanie z roku 1995 bolo podrobené revízii a opätovne vydané po šiestich rokoch: UNIDROIT Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Roma: UNIDROIT, 2001.

²⁰ UNIDROIT Principy meždunarodnyh kommerčeskych dogovorov. Moskva: Meždunarodnyj centr finansovo-ekonomičeskogo razvitija, 1996.

²¹ V knihe je údaj o úradnom schválení ruského prekladu do tlače „podpisano v pečat’ 29. 04. 96“; v tom čase bolo slovenské vydanie už v procese tlače, alebo možno už jeho náklad bol aj vyrobený.

2. Druhá fáza prípravy slovenského prekladu a jeho vydania nasledovala doma, v redakcii vydavateľstva Iura Edition. Tu som bol konfrontovaný jednak so skúsenou redaktorkou právnickej literatúry JUDr. Ivetou Siránkovou a jednak s dvoma lektorkami prekladu, orientovanými na oblasť obchodného práva, ktorými boli prof. JUDr. Oľga Ovečková, DrSc., a praktická právnička JUDr. Mária Majeríková. Uznal som, že moja pôvodná predstava vytvoriť slovenský preklad Zásad UNIDROIT celkom v duchu myšlienky ich tvorcov ako „autonómny súbor noriem“, bez rešpektovania už zavedenej terminológie najmä Obchodného zákonníka, by zrejme viedla ku konfúziám hneď pri ich prvom uvádzaní do nášho právneho prostredia, ktoré sa navyše práve borilo s náročnými legislatívnymi i praktickými úlohami prvých rokov transformácie po roku 1989 a s plnením aproximačných požiadaviek pred vstupom do EÚ. Nad pripravenou verziou prekladu sme strávili veľa hodín a spoločne sme sa usilovali pripraviť také slovenské vydanie Zásad UNIDROIT, ktoré bude verné zámeru tvorcov, ale nevzdáľuje sa neúnosne ani od našej domácej obchodnoprávnej terminológie. V špecializovanejších, ale i všeobecnejších otázkach nám bol konzultantom JUDr. Jaroslav Hrivnák, na ktorého s úctou spomíname mnohí, čo sme už pred rokom 1989 pôsobili v oblasti zahraničného obchodu a zúčastňovali sa právnických seminárov organizovaných v Bratislave Česko-slovenskou obchodnou a priemyselnou komorou. Súčasťou slovenského vydania sú i všetky oficiálne jazykové znenia článkov Zásad UNIDROIT.²²

K príprave tohto vydania nás všetkých viažu aj po rokoch silné a pekné spomienky.²³ Svojou ekonomickou erudíciou sa na nej s veľkým nadšením podieľal aj riaditeľ vydavateľstva Iura Edition Ing. Peter Bobro, CSc., ktorý nás pred niekoľkými mesiacmi náhle opustil. Spolu s ním a s JUDr. Ivetou Siránkovou sme osobne odovzdali slovenské vydanie Zásad UNIDROIT v Ríme vtedajšiemu generálnemu tajomníkovi UNIDROIT pánu Malcolmovi Evansovi, ktorému vďačíme za možnosť uskutočniť a vydať slovenský i český preklad. Stretnutie s ním bolo mimoriadne srdečné a povzbudzujúce pre ďalšiu spoluprácu so Sekretariátom UNIDROIT.²⁴ Žiaľ, netušil som, že bude aj posledné...²⁵

²² Spolu sme pripravili informáciu o prvom použití Zásad UNIDROIT na základe ich slovenského prekladu v našom právnom prostredí: HRIVNÁK, J. – ŠVIDROŇ, J. UNIDROIT Principles as a Means of Interpreting the Applicable Domestic Law. In *Uniform Law Review*. 1997, vol. 3, s. 604 – 606. Dostupné na internete v databáze HeinOnline.

²³ Bližšie ŠVIDROŇ, J. O vzniku prekladu. In *UNIDROIT: Zásady medzinárodných obchodných zmlúv*. Bratislava: Iura Edition, 1996, s. 321 – 324.

²⁴ Vďaka tejto spolupráci bola v Slovenskej republike ako členskom štáte UNIDROIT zriadená v roku 2001 na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave aj Depozitná knižnica UNIDROIT. Bližšie k sieti depozitných knižníc UNIDROIT pozri: www.unidroit.org.

²⁵ Bližšie RODINO, W. Malcolm Evans and UNIDROIT: Chronology. In: *IN MEMORY OF/A LA MEMOIRE DE MALCOLM EVANS (1942 – 1997)*. *Uniform Law Studies – Etudes de droit uniforme*. UNIFORM LAW REVIEW – REVUE DU DROIT UNIFORME, 1998, No. 2 – 3.

Touto spomienkou chcem vyjadriť aj česť pamiatke oboch týchto vzácných ľudí!

Zásady UNIDROIT však predstavujú pokračujúci projekt. Na základe používania prvého vydania sa nezistili závažnejšie potreby úprav pôvodného znenia, ale nastolili sa nové oblasti, ktoré Sekretariát UNIDROIT včlenil do svojich zámerov pre druhé, rozšírené vydanie. Na slávnostnom kongrese k 75. výročiu vzniku UNIDROIT v roku 2002²⁶ sme mali príležitosť osobne sa zoznámiť s novým generálnym tajomníkom prof. Herbertom Kronkem, ktorý následne prijal naše pozvanie a v roku 2004 sa zúčastnil medzinárodnej vedeckej konferencie usporiadanej v rámci VIII. Lubyho právnických dní v Smoleniciach, kde vystúpil s úvodným referátom.²⁷

Zhodou okolností bezprostredne po tomto kongrese pripravovala Slovenská obchodná a priemyselná komora slovenský preklad publikácie Medzinárodnej obchodnej komory v Paríži (ICC) o medzinárodnom obchodnom zastúpení,²⁸ ktorej prílohou sú aj články Zásad UNIDROIT, a prejavila záujem o použitie môjho prekladu z roku 1996. Na tento účel som urobil opätovné porovnanie anglickej, francúzskej a nemeckej verzie článkov Zásad UNIDROIT. Toto upravené znenie bolo uverejnené ako PRÍLOHA 2 publikácie ICC v slovenskom jazyku²⁹ a potom aj ako separát pre účastníkov VIII. Lubyho právnických dní.³⁰

Z hľadiska pokračovania projektu Zásad UNIDROIT bolo pre nás veľkou poutou, že v programe VIII. Lubyho právnických dní v Smoleniciach vystúpil aj prof. Peter Schlechtriem, člen pracovnej skupiny pre vypracovanie Zásad UNIDROIT, ktorý auditóriu predstavil úplne nové, druhé vydanie Zásad UNID-

²⁶ Pozri Acts of the Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Founding of the International Institute for the Unification of the Private Law (UNIDROIT). In Uniform Law Review/Revue de droit uniforme, NS-Vol. VIII, 2003; TELEC, I. Úvaha nad kongresom k oslavě 75. výročí založení UNIDROIT v Říme. In Právnik. 2003, č. 4; ŠVIDROŇ, J. Slávnostný kongres k 75. výročiu vzniku Medzinárodného ústavu pre zjednotenie súkromného práva (UNIDROIT) – Svetová harmonizácia súkromného práva a regionálna ekonomická integrácia. In Právny obzor. Roč. 85 (2002), č. 5 – 6.

²⁷ KRONKE, H. Strukturprobleme und Methodenfragen der Harmonisierung des Privat- und Wirtschaftsrechts. In BLAHO, P., ŠVIDROŇ, J. (Editori/Herausgeber) Kodifikácia, europeizácia a harmonizácia súkromného práva – Kodifikation, Europäisierung und Harmonisierung des Privatrechts. Bratislava: Iura Edition, 2005, s. 19 – 29.

²⁸ The ICC Model Commercial Agency Contract (Second Edition). ICC Publication No. 644 E. Paris: International Chamber of Commerce, 2002.

²⁹ Vzorová zmluva MOK o medzinárodnom obchodnom zastúpení. Bratislava: Slovenská obchodná a priemyselná komora, 2003, s. 45 – 66.

³⁰ Zásady UNIDROIT pre medzinárodné obchodné zmluvy (Zásady UNIDROIT 1994). Osobitný výtlačok pre účastníkov medzinárodnej vedeckej konferencie usporiadanej v rámci VIII. Lubyho právnických dní: Kodifikácia, europeizácia a harmonizácia súkromného práva. Kodifikation, Europäisierung und Harmonisierung des Privatrechts. Kongresové centrum Slovenskej akadémie vied, Smolenice, 16. a 17. septembra 2004.

ROIT 2004.³¹ A navyše, ako člen „Landovej komisie“ pre prípravu PECL a Študijnej skupiny pre Európsky občiansky zákonník (SG ECC) pod vedením prof. Christiana von Bara, podnietil v Smoleniciach aj našu následnú účasť v týchto európskych projektoch, o ktorých sme na Slovensku vedeli v roku 2005 dosť málo (resp. o činnosti SG ECC vôbec nič). Úspešne sa však týchto príležitostí ujali generične mladší kolegovia, ako je už široko známe z ich početných publikácií, uverejnených v posledných rokoch v slovenských, českých a zahraničných odborných časopisoch, ba už i knižne.

Preklad Zásad UNIDROIT 2004 sa mi nepodarilo zrealizovať v krátkom čase po uverejnení týchto oficiálnych znení, ako som mal v úmysle. Už na VIII. Lu-byho právnických dňoch som vo svojom referáte dal najavo zlyhávanie – alebo možno iba „zaostávanie“ – vedy súkromného práva na Slovensku.³² Ale čoskoro som dospel k poznaniu, že moje myšlienky boli málo pochopené aj v tom najbližšom vedecko-pedagogickom prostredí. Roky nasledujúce po tejto významnej konferencii ma preto prinútili zamerať sa na iné aktuálne témy súkromného, resp. občianskeho práva.³³ Venoval som sa však najmä podpore mladých vedeckých pracovníkov na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave.³⁴ A tí v krátkom čase dospeli k obdivuhodným výsledkom, uznávaným nielen v Európe, ale aj širšie.

Ani Sekretariát UNIDROIT však vo svojom „pokračujúcom projekte“ neustal a v tomto roku predložil už tretie, ešte rozšírenejšie vydanie Zásad UNIDROIT (2011). Pre tie však už prenechávam pole pôsobnosti svojim najmladším doktorandom.

S veľkým potešením chcem cteným kolegom oznámiť nádherný výsledok, ktorý pri obhajobe dizertačnej práce 5. októbra 2011 na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave predložila moja posledná doktorandka na tomto školiacom pracovisku Mgr. Jana Ďurechová na tému Zásady UNIDROIT medzinárodných obchodných zmlúv 1994/2004 a ich využiteľnosť v slovenskom súkromnom práve. Oponentmi jej dizertačnej práce boli prof. JUDr. Karel

³¹ SCHLECHTRIEM, P. Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004. In BLAHO, P., ŠVIDROŇ, J. (Editori/Herausgeber), tamže, s. 31 – 42. Generálny tajomník UNIDROIT prof. Kronke mi pri tej príležitosti daroval oficiálne anglické a francúzske vydanie Zásad UNIDROIT 2004, keďže Sekretariátu UNIDROIT bol už skôr známy môj záujem aj o ich preklad a vydanie v slovenskom jazyku.

³² ŠVIDROŇ, J. Materiálne a ideálne záujmy v slovenskom a európskom súkromnom práve. In BLAHO, P., ŠVIDROŇ, J. (Eds.) Kodifikácia, europeizácia a harmonizácia súkromného práva. Kodifikation, Europäisierung und Harmonisierung des Privatrechts. Bratislava: Iura Edition, 2005, s. 287 – 302; ŠVIDROŇ, J. Materielle und ideelle Interessen im slowakischen und europäischen Privatrecht. Tamže, s. 303 – 322.

³³ Bližšie ŠVIDROŇ, J. Nové výzvy pred právnou vedou na základe porovnania chceného v roku 1989 a dosiahnutého v roku 2011. In Právny obzor, 2011, roč. 94, č. 3, s. 246 a n. Dostupné aj na internete: <http://www.usap.sav.sk/index.php?id=svidron>.

³⁴ ŠVIDROŇ, J. Zoznam úspešne vyškolených doktorandov. Uverejnené na: <http://www.usap.sav.sk/index.php?id=svidron>

Marek, CSc., JUDr. Eduard Bárány, DrSc., a doc. JUDr. Ján Husár, CSc. Aj ich oponentské posudky sú pre mňa ako školiteľa skutočnou satisfakciou za dvadsať rokov, ktoré som od roku 1991 slovenskému právnickému školstvu venoval.³⁵

³⁵ Tento príspevok je súčasťou celoústavného grantového projektu Ústavu štátu a práva SAV **Právo v dynamike spoločenského vývoja a jeho teoretické reflexie**, podporeného Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-0340-10 na roky 2011 – 2014. V jeho rámci sa pripravuje aj preklad tretieho vydania Zásad UNIDROIT z roku 2011.

Postavení rozhodce v české navrhované úpravě, zejména v souvislosti s řešením spotřebitelských sporů

Prof. JUDr. Přemysl Raban, CSc.

Právnická fakulta Západočeské univerzity v Plzni

Svůj příspěvek, který jsem přednesl loňského roku na této konferenci na téma „Současné problémy alternativního rozhodování sporů v našich zemích“ jsem zakončil myšlenkou že „Potřeba odbřemenit justici, rychle a levně řešit stoupající počet spotřebitelských sporů a současně potřeba zajistit spravedlivý a férový postup při jejich odstraňování vytváří napětí v současné úpravě alternativního rozhodování sporů i civilního procesu v obou našich republikách. Můžeme se tedy nadít v nejbližším období zajisté další řady legislativních pokusů i změn v obou našich právních řádech a možná i rozhodnějšího slova ze strany Evropské unie. Doufejme, že tato diskuze i její zlomek přednesený na nynější konferenci, přinese náležité plody k jeho zdárnému vyřešení“. Po roce můžeme konstatovat, že se uvedená předpověď vyplnila jen z části. Dočkali jsme se, alespoň v českých zemích, řady legislativních výstupů, ale stopy poučení z diskuze přednesené zde na konferenci či i při příležitosti jiných diskusních fór, jsou zcela nezřetelná.

V parlamentu ČR je ve stadiu 2. čtení¹ projednávána novela zákona o rozhodčím řízení, která podstatně mění zažitou úpravu rozhodčího řízení.

Dle důvodové zprávy konstatuje ministerstvo následná kladné a záporné efekty stávající úpravy rozhodčího řízení.

Kladné efekty :

- osvědčená a vžitá forma rozhodování majetkových sporů,
- levná forma rozhodování majetkových sporů.

Záporné efekty spatřuje v oblasti spotřebitelských sporů. Důvodová zpráva však nepojmenovává ani nekvantifikuje zjištěné nedostatky v této oblasti. Vychází pouze ze znění stávajícího zákona, které pak hodnotí. Hledá jejich řešení, které ale někdy aplikuje na všechna rozhodčí řízení bez rozdílu.

¹ Sněmovní tisk 371/0, Vládní návrh na vydání zákona kterým se mění zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony

Osoba rozhodce

Aniž by tvůrci novely argumentovali jakýmikoliv empirickými zjištěními, konstatují jako vadu zastávající úpravy skutečnost, že rozhodce může být "takřka kdokoliv" a „ osoba nemusí vždy působit důvěryhodně“. Argumentem je , že osoba rozhodce nahrazuje činnost soudce.

Na základě toho pak pro spotřebitelské spory zavádí pro jmenování rozhodcem zákonné požadavky, z nichž nejdůležitějším je zápis do seznamu rozhodců vedeného ministerstvem.

Ministerstvo sice bude mít podle navrhované úpravy povinnost zapsat pro spotřebitelské spory, jako rozhodce, osobu způsobilou k právním úkonům, s vysokoškolským vzděláním a dále však jen osobu, kterou dříve nevyškrtnlo ze seznamu ². Ministerstvu se tak dává široká pravomoc ovlivňovat autonomii stran v rozhodování o tom, koho si mohou zvolit rozhodcem neboť podmínky vyškrtnutí ze seznamu jsou zcela vágní. Dominuje jim zejména několik skutečností, závisejících zcela na uvážení ministerstva. Dle navrhovaného § 35c odst.2 „porušení povinností stanovených tímto zákonem“ a (!) zrušení rozhodčího nálezu soudem vydaného senátem v němž se účastnil, z důvodů nedostatku pravomoci (§ 31 písm.a)), nebo rozhodnutého na základě rozhodčí doložky, která neměla potřebné náležitosti (písm.b), nebo kde se ve věci se účastnil rozhodce, který nebyl podle rozhodčí smlouvy ani jinak povolán k rozhodování, nebo neměl způsobilost být rozhodcem(písm.c)) nebo straně nebyla poskytnuta možnost věc před rozhodci projednat (písm e) a f) rozhodčí nález odsuzuje stranu k plnění, které nebylo oprávněným žádáno, nebo k plnění podle tuzemského práva nemožnému či nedovolenému, nebo rozhodce nebo stálý rozhodčí soud rozhodoval spor ze spotřebitelské smlouvy v rozporu s hmotným právem pro spor rozhodným. Má -li být vedena paralela mezi činností a postavením rozhodce a soudce, pak je zde dáván do rukou státní správy významný nástroj zamezení rozhodování sporu osobou stranami zvolenou (požadavek č. 36 odst.1 LPS se vztahuje i na rozhodce). Bylo-li by i soudci možno ministerstvem zamezit vykonávání jeho funkce proto, že vyšší instancí bylo zjištěno např. překročení příslušnosti nebo pravomoci, nesprávné hodnocení sporu podle hmotného práva, nebo neprovedení např. důkazů navrhovaných stranami, nebo dokonce jen porušení povinností stanovených např. OSŘ tedy důvody, jichž se dovolává většina stran v odvolání, jimž je vyšší instancí vyhověno, pak by se stalo soudní řešení sporů zcela poplatné exekutivě. Skutečnost je ještě více umocněna, že řadu zmíněných pochybností ani nemusí rozhodce způsobit sám (pouze se zúčastní práce senátu a může s jeho závěry nesouhlasit) a dokonce ani nemusí vědět (např. že jiný člen senátu nesplňuje podmínky být rozhodcem).

Z praxe však nejsou doloženy případy, že by rozhodčí nálezy byly stíženy vadami způsobenými nekvalifikovaností rozhodce, nebo, že by byly některé

strany poškozeny tím, že rozhodce nebyl bezúhonný. V převážné většině případů rozhodují zmiňované spotřebitelské spory advokáti, kteří musí podobné podmínky splňovat.

Má-li být přes to dána záruka důvěryhodnosti osobě, již si strany mohou zvolit jako rozhodce, kterou by stát bral na sebe za dotčené osoby dozor nad jejich nebezpečností při výběru, pak ze stejného ohledu, jako v případě soudce, který též rozhoduje o právech a povinnostech osob, by měly být podmínky zbavení výkonu funkce být dány na posouzení obdobným způsobem jako v justici.

Nově zavedená registrace rozhodců, resp. navíc rozhodování o možnosti výkonu jejich funkce státní správou, silně ovlivňuje jejich nestrannost ve vztahu ke státu, resp. silám, které vůli státní správy ovlivňují.

V žádném z významných států světa nejsou rozhodci registrováni státní správou a není jim dáována či odebírána žádná koncese k jejich činnosti.

Pro správné pochopení, proč nejen náš zákon, ale ani žádná mezinárodní konvence a ani žádné ustanovení evropského práva nevyžaduje žádnou kvalifikaci pro výkon funkce rozhodce, je skutečnost, že ani pro uzavření smlouvy resp. závazku se nevyžaduje na stranách žádná kvalifikace nebo státní dohled (vždyť rozhodce nečiní nic jiného, než, že v zastoupení stran uzavírá mezi nimi vykonatelný smír IV.ÚS 174/02). Pokud bychom měli sledovat myšlenku ministerstva, pak by možná bylo dobré novelizovat občanský zákoník v tom smyslu, že by spotřebitelské smlouvy v zájmu ochrany slabší strany za spotřebitele uzavírali ministerstvem schválení odborní zástupci, kteří by vyvážili informovanost a erudici ve vztahu k profesionálním podnikatelům (a opět bychom se pak setkali se stejným problémem – zdali by nebyli časem tito profesionální odborní zástupci svými zájmy blíže oněm dodavatelským organizacím než osobám, o jejichž ochranu mají dbát).

Závěrem je nutno konstatovat, že rozhodce, který podléhá ve svém volném rozhodování státní exekutivě není rozhodcem v pravém slova smyslu. Chce-li ministerstvo zavádět nějakou kategorii alternativního rozhodování sporů ve spotřebitelských věcech, jehož zásady by vycházely z arbitráže, bylo by lépe přijmout **Zákon o alternativním rozhodování ve spotřebitelských sporech**. Rozhodující osoby včetně sporů pak vyjmout z režimu zákona o rozhodčím řízení a podřídít je, podobně jako např. insolvenční správce, exekutory apod. včetně příslušného řízení, zvláštnímu režimu. Takové řešení by více odpovídalo doporučením evropského práva včetně softlaw a neporušovalo mezinárodně vžitě pojetí arbitráže. Při tom by byla zachována samofinancovatelnost a navíc by nevyšly náklady na státní rozpočet předpokládané touto novelou.

Průběh rozhodčího řízení

a) Ministerský návrh konstatuje, že základním problémem je jednoinstančnost a tedy nepřezkoumatelnost rozhodčího nálezu. Konstatuje též, že zákon o rozhodčím řízení neumožňuje stranám obrátit se na soud, aby jejich spor přezkoumal. Umožňuje sice přezkoumání, avšak tohoto není využíváno. Navrhuje tedy možnost zrušení rozhodčího nálezu z důvodu rozporu s hmotným právem již ve stádiu pravomocnosti a dokonce i ve stadiu exekuce.

Zajímavé však je, že **ve svých návrzích však změnu kritizovaného § 27 zákona nenavrhuje, raději volí neobvyklou formu zrušení z důvodů „rozporu s hmotným právem“ soudem.**

Opět zde chybí argumentace empirická. Ministerstvo neargumentuje zjištěními, která ustanovení hmotného práva bývají rozhodčími nálezy ve spotřebitelských vztazích porušována. Ve většině případů nebývá totiž hmotné právo výslovně porušováno. Z případů, které jsme měli možnost zkoumat v rámci pomoci pro SOS (Sdružení ochrany spotřebitelů) bylo zjištěno, že spotřebitelé bývají postiženi právě tím, že je hmotné právo dodržováno, resp. je dodržováno hmotné právo ČR, protože neimplementovalo důsledně směrnici 93/13/EHS zejména pokud se týče omezení výše smluvních sankčních dopadů prodlení se splněním povinnosti a pokud se týče omezení přístupu spotřebitelů k soudu a přezkoumatelnosti alternativního rozhodování spotřebitelských sporů. Zajištění spravedlnosti co se týče výše sankčních dopadů je naším hmotným právem ponecháno na neurčitých ustanoveních § 39 OZ (rozpor s dobrými mravy) či 56 odst.1 OZ (nerovnováha práv a povinností), které judikatura vykládá dosti neustáleně.

Tento problém navrhovaná novela neřeší. Možnost zrušení rozhodčího nálezu v případě, že by se rozhodčí nález držel ustanovení smlouvy, které bylo v rozporu s dobrými mravy či zakládalo nerovná práva a povinnosti soudem je vnávrhu sankcionováno jedině možností vyškrtnutí ze seznamu rozhodců ministerstvem.

Odstranění neúměrně vysokého navyšování dlužné částky je třeba řešit především **změnou hmotného práva**. Příčina netkví v nedostatcích rozhodčího řízení, neboť ke stejnému zápornému efektu pro dlužníka bude docházet i při rozhodování před řádnými soudy.

Přezkoumání narovnaní sporného vztahu, kterého bylo dosaženo v arbitrážním řízení není skutečně ve světě obvyklé. Směrnice 93/13/EHS však žádá aby národními řády bylo v alternativním řešení spotřebitelských sporů zajištěno. Stejně, jako žádá, aby spotřebiteli nebylo zamezováno přístupu k soudu. Právo EU tedy rozlišuje řízení vznikající z iniciativy spotřebitele a řízení vznikající z iniciativy dodavatele. Pouze v těch prvních má být zajištěna možnost soudního řešení sporů. Důvodová zpráva k návrhu změny zákona nesprávně argumentuje slovy „pokud byla rozhodčí smlouva uzavřena, není soud příslušný k rozhodování ve věci samé“ (str.2, shora 1. řádek). Ve skuteč-

nosti však § 106 OSŘ jen připouští, aby žalovaný vznesl námitku nepříslušnosti, pokud je věc zažalována u soudu a strany uzavřely rozhodčí smlouvu. Jinak zůstává i v případech, že se sporu týká rozhodčí doložka, pravomocný k rozhodování soud. Problém lze snadno řešit novelou § 106 OSŘ a povinnost zastavit soudní řízení při vznesení takové námitky v případech spotřebitelských sporů vyloučit. Spotřebitel se tak bude moci i v případech existence rozhodčí smlouvy obrátit na soud.

Zrušení rozhodčího nálezu z důvodů rozporu s hmotným právem ve stádiu právní moci nebo dokonce exekučního řízení, se jeví jako neústrojná a neproporciální i v porovnání s občanským soudním řízením. Sankce odebrání rozhodci práva působit jako rozhodce z tohoto důvodu, pak jako zcela neadekvátní v poměru k sankcím, které stíhají (resp. nestíhají) soudce, je –li shledáno jeho rozhodnutí v rozporu s hmotným právem.

b) Novela ani důvodová zpráva neshledává žádný další problém právní úpravy procesu v rozhodčím řízení. Je to vysvětlitelné jedině tím, že nebyla provedena žádná analýza „rozhodčích řádů“ podnikatelských institucí, které se masově právě rozhodováním spotřebitelských sporů zabývají. V řadě z nich jsou zavedeny různé **formy fikcí**, např. v doručování, kontumačních řízení, řízení bez přítomnosti žalovaného, či bez ústního jednání, velice krátkých lhůt k vznesení obrany apod., v zájmu urychleného rozhodování sporů., stejně jako nepřiměřeně vysoké náklady řízení, které jdou k úhradě straně, nemající ve sporu úspěch. V úpravě alternativního rozhodování spotřebitelských sporů je třeba **jasně stanovit, jaká procesní práva má žalovaná strana garantována jako nevylučitelná**. Toto však novela neřeší.

c) Na str. 3 důvodová zpráva kritizuje možnost používání „**zásad spravedlnosti**“ ve spotřebitelských sporech. Rozhodování podle „zásad spravedlnosti“ ve vnitrostátních sporech ve smyslu *contra lege latis* je vůbec pochybné i v nespotřebitelných sporech. V našich analýzách však nebylo v případech spotřebitelských sporů konstatováno. Je otázkou, zda je možno a priori považovat event. rozhodování podle zásad spravedlnosti za zhoršení postavení spotřebitele. Naopak, právě zde by se pak mohlo využít např. doporučení a legislativy a judikatury Evropské unie, pokud je v rozporu s naším platným právem. Navrhovaná úprava řeší problém, na který si nikdo nestěžuje, avšak v zájmu právní jistoty, lze s takovou navrhovanou úpravou pro spotřebitelské spory souhlasit.

Rozpor s komunitárním právem

Konstatování, že stávající zákon o rozhodčím řízení je v rozporu s komunitárním právem je přehnané. Stávající zákon odpovídá modelovému zákonu UNCITRAL, dle jehož vzoru byly vytvořeny zákony o rozhodčím řízení ve více než 100 zemích světa. Jeho aplikace, resp. rozhodování sporů ve spotřebitelských vztazích, však musí být **vedle, obecných ustanovení o rozhod-**

čím řízení i podřízena ustanovením dalšího práva, vztahujícím se na spotřebitelské vztahy. Žádný stát doposud neaplikoval do svého zákona o rozhodčím řízení nějaká ustanovení o spotřebitelských sporech. Ve většině případů je na to vytvořena **zvláštní legislativa**, popřípadě zvláštní rozhodčí soudy. Kumintární právo též nevyžaduje v žádném případě úpravu rozhodčího řízení pro tento účel.

Doporučení komunitárního práva hovoří spíše o **jiném dalším způsobu alternativního rozhodování sporů** a dokonce i formuluje některé jeho zásady. Srovnej zejména 98/257/ES, 2001/310/ES nebo tzv. Zelenou knihu o alternativním řešení sporů v civilních a obchodních věcech (COM/2002/0196)

I naše legislativa již nastoupila tuto cestu. Některé spotřebitelské spory byly svěřeny jiným rozhodovacím řízením. Jedná se především o **Finančního arbitra**, kterému bylo svěřeno rozhodování sporů zákonem 229/2002 Sb. ve věcech sporů mezi poskytovateli platebních služeb a uživateli platebních služeb. InSTITUTE Finančního arbitra byl vytvořena též na základě požadavku 97/5/ES, řešit zmíněné spory mimosoudním systémem. Ne zcela šťastně byly zvolena forma zvláštního státního úředníka, zatím co v jiných státech byly vytvořeny zvláštní způsoby alternativního rozhodování sporů.

Dle novely zákona, o finančním arbitrovi která byla přijata v tomto roce , je do pravomoci finančního arbitra přidáno rozhodování sporů mezi věřiteli nebo zprostředkovateli a spotřebiteli při nabízení, poskytování nebo zprostředkování spotřebitelského úvěru. Tím by byla vyňata z pravomoci rozhodčího řízení většina spotřebitelských sporů, v nichž spatřuje důvodová zpráva podstatu problému.

S touto úpravou není navrhovaná novela zákona o rozhodčím řízení, resp její odůvodnění mnoho kompatibilní.

Finanční arbitr v ČR a řešení v SR³

Finanční arbitr je instituce, která stojí na pomezí možného zařazení do způsobů alternativního řešení sporů. Vzhledem k tomu, že finanční arbitr není ani institucí soudní, ani arbitrážní a měl by usilovat i o smírné vyřešení sporu, domníváme se, že je možné a vhodné ho považovat za jeden ze způsobů ADR, blížící se však svým charakterem státního úředníka spíše k postavení Státní arbitráže dle předlistopadového zákona č. 121/1962 Sb. o hospodářské arbitráži.

Česká právní úprava se snažila zřízením tohoto institutu vyhovět nejdříve požadavku Evropské unie implementovat směrnici Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 5/1997 ze dne 27. ledna 1997 o přeshraničních převodech plateb.

³ Částečně převzato z rukopisu připravované publikace : Suchoža, Raban, Husár, Marek, a kol. Obchodné právo, Wolters Kluwer, CR, (pracovní název).

V ustanovení čl. 10 je stanovena povinnost členských států zajistit, aby existovaly vhodné a účinné postupy vyřizování stížností a zjednávání nápravy při řešení sporů mezi příkazcem a jeho institucí nebo mezi příjemcem a jeho institucí, případně za použití stávajících postupů a směrnice Rady EÚ č. 2000/46/ES o zahájení, vykonávání a dohledu nad podnikáním elektronicko-peněžních institucí.

V České republice je tento institut upraven zákonem č. 229/2002 Sb., o finančním arbitrovi, v platném znění. Finanční arbitr je příslušný k rozhodování sporů mezi:

- poskytovateli platebních služeb a uživateli platebních služeb při poskytování platebních služeb,
- vydavateli elektronických peněz a držiteli elektronických peněz při vydávání a zpětné výměně elektronických peněz,
- věřiteli nebo zprostředkovateli a spotřebiteli při nabízení, poskytování nebo zprostředkování spotřebitelského úvěru a
- investičními fondy, investičními společnostmi nebo zahraničními investičními společnostmi a spotřebiteli ze standardních fondů kolektivního investování a speciálních fondů kolektivního investování, které shromažďují peněžní prostředky od veřejnosti,

pokud je jinak k rozhodnutí tohoto sporu dána pravomoc českého soudu. (§1 zákona)

Tíživý problém řešení spotřebitelských sporů, zejména sporů ze spotřebitelských úvěrů byl obsahem směrnice č. 2008/48/ES ze dne 23. dubna 2008 o smlouvách o spotřebitelském úvěru, v níž bylo členským státům uloženo, aby zajistily vhodné a účinné postupy pro mimosoudní řešení sporů ze spotřebitelských úvěrů. Podobně také směrnice č. 2009/65/ES o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů uložila členským státům zajistit účelné a účinné postupy pro vyřizování stížností a zjednávání nápravy pro účely mimosoudního řešení spotřebitelských sporů v souvislosti s touto činností. Legislativa výše uvedenou novelou svěřila tyto úkoly finančnímu arbitrovi. Finanční arbitr může do sporů ze spotřebitelských úvěrů a kolektivního investování zasahovat zatím jen krátce, neboť tato kompetence mu byla svěřena od 1. července 2011. díky novele zákona o finančním arbitrovi (zákon č. 180/2011 Sb.) (dále jen „novela“). S ohledem na podstatné rozšíření agendy finančního arbitra navíc tímto došlo ke zřízení Kanceláře finančního arbitra, jakožto organizační složky státu, jejíž příjmy a výdaje budou součástí rozpočtové kapitoly Ministerstva financí. Dosud činnost finančního arbitra zajišťovala Česká národní banka.

Česká republika touto novelou plní povinnosti vyplývající jí z příslušných evropských předpisů. Rozšíření působnosti finančního arbitra na rozhodování

sporů v oblasti poskytování spotřebitelských úvěrů a kolektivního investování tedy nově umožní spotřebiteli podat návrh na mimosoudní řešení jeho sporu ze spotřebitelského úvěru právě u finančního arbitra. Sjednání rozhodčí smlouvy nevylučuje pravomoc finančního arbitra.

Finančním arbitrem budou tak nově řešeny spory mezi věřiteli nebo zprostředkovateli (bankovní i nebankovní subjekty) na straně jedné a spotřebitelem na straně druhé. V oblasti kolektivního investování se pravomoc finančního arbitra rozšíří na rozhodování sporů mezi investiční společností nebo fondem a na druhé straně investorem, který je zároveň spotřebitelem. Zprostředkovatelé pro oblast kolektivního investování zatím zůstávají mimo pravomoc finančního arbitra a bude záležet na vyhodnocení nyní navrhované úpravy v oblasti zprostředkování spotřebitelských úvěrů.

Finanční arbitr má svého zástupce, který ho zastupuje v době nepřítomnosti arbitra v plném rozsahu jeho pravomoci a odpovědnosti. Oba jmenuje vláda na návrh ministra financí na funkční období 5 let, pokud splňují zákonem stanovené podmínky. Těmi jsou osoby bezúhonné, plně způsobilé k právním úkonům, mají dobrou pověst, dostatečnou kvalifikaci a zkušenosti.

Finanční arbitr je povinen vykonávat svou funkci nezávisle a nestranně a musí se zdržet všeho, co by mohlo budít pochybnosti o jeho nepodjatosti. Za výkon své funkce odpovídá vládě.

Řízení se zahajuje pouze na návrh navrhovatele. Finanční arbitr rozhoduje ve věci samé bez zbytečného odkladu nálezem a to ve lhůtě 30 dnů ode dne zahájení řízení (ve zvláště složitých případech rozhodne nejdéle do 60 dnů). Vzhledem k soudnímu řízení se jedná o velmi rychlý způsob vyřešení sporu mezi stranami. Řízení je bezplatné a rozhodnutí nelze napadnout námitkami. Rozhodnutí je v právní moci a je soudně vykonatelné podle občanského soudního řádu (§ 17 odst.2 zákona).

Podání návrhu na zahájení řízení má pak obdobné účinky jako podání žaloby na obecný soud. Poskytovatelé finančních služeb nemohou podávat návrh na zahájení řízení u finančního arbitra, a to ani vůči svým klientům ani vůči sobě navzájem.

Všechny subjekty, které nyní spadají do pravomoci finančního arbitra, zejména věřitelé, zprostředkovatelé, poskytovatelé platebních služeb a organizace kolektivního investování, jsou povinny plnit vůči finančnímu arbitrovi informační povinnost. Instituce, na něž se bude vztahovat znění zákona po novele, musí tuto povinnost splnit do 3 měsíců ode dne nabytí účinnosti novely.⁴

Závěrem je možno převedení řešení sporů ze spotřebitelských úvěrů do pravomoci finančního arbitra hodnotit jako značně odvážné. V prvé řadě jen stěží odpovídá požadavkům Evropské unie na alternativnost řešení sporu, neboť je

⁴ URL: <http://finexpert.e15.cz/co-pro-nas-znamenava-rozsireni-pravomoci-financniho-arbitra/2011-7-25/>

řešením, kde se odnímá pravomoc rozhodčím orgánům, které skutečně do alternativního rozhodování sporů zařadit můžeme a předává se státnímu řešení nezvyšují nároky na prostředky ze státního rozpočtu. V současné době zabezpečuje činnost úřadu finančního arbitra dle důvodové zprávy k novele zákona o finančním arbitrovi (sněmovní tisk č. 224/0) celkem 6 osob s rozpočtem okolo 10.mil Kč ročně. Dle důvodové zprávy k návrhu na novelu zákona o rozhodčím řízení (parlamentní tisk č. 371/0) však odhaduje MS ČR počet spotřebitelských sporů ročně asi na 70 – 100 tisíc, které jsou řešeny v rámci rozhodčího řízení za hranicí zákona stojícími „Rozhodčími centry“, založenými na samofinancování. Pro srovnání běžný venkovský okresní soud s cca 25 zaměstnanci civilního úseku řeší cca 5000 civilních sporů ročně. s rozpočtem asi 40 mil. Kč. Běžný pražský obvodní soud s asi 60 zaměstnanci civilního úseku řeší cca 20 000 civilních věcí s rozpočtem asi 80 mil. Kč. Skutečnost, že

Na Slovensku pozice finančního arbitra zřízena není. Pravděpodobně nejbližším institutem je bankovní ombudsman, jenž je nezávislý orgán zřízený Slovenskou bankovní asociací. Jeho úlohou je monitorování a vyhodnocování podnětů spotřebitelů a mimosoudně řešit spory mezi bankami a jejich klienty. Bankovní ombudsman se tak snaží najít řešení ve sporu dvou stran: bankovní subjekt a spotřebitel. Činnost ombudsmana má charakter doporučení – to znamená, že ombudsman spory nerozhoduje, ani nenahrazuje rozhodovací činnost slovenských soudů.

Působnost ombudsmana se vztahuje na banky, pobočky zahraničních bank a spořitelny, které jsou, které jsou členy Slovenské bankovní asociace a které se zavázaly dodržovat Etický kodex bank v oblasti ochrany spotřebitele.⁵

V České republice pozice bankovního ombudsmana existuje také, ale nikoliv v centrální rovině, nýbrž v rovině bank. Doposud tuto funkci zřídily tři banky a to Komerční banka, Česká spořitelna a Poštovní spořitelna. Účelem této funkce je dosáhnout řešení konfliktů mezi klienty banky a bankou.⁶

Pokud jde o rozhodování sporů z platebního styku vyřešila slovenská legislativa požadavek výše uvedených směrnic tak, že dle § 90 **Zákona o platobných službách č. 492/2009 Z. z.** jsou poskytovatelé platebních služeb společně nebo prostřednictvím svého zájmového sdružení zřídit stálý rozhodčí soud podle **Zákona o rozhodcovskom konaní**. Tak byl Slovenskou bankovou asociáciou zřízen dne 1.července 2003 (podle předchozího zákona č. 510/2002 Z.z.) Stály rozhodcovský súd Slovenskej bankovej asociácie se sídlem v Bratislavě. „Poskytovateľ platobných služieb je povinný ponúknuť svojmu používateľovi platobných služieb neodvolateľný návrh na uzavretie rozhodcovskej zmluvy o tom, že ich prípadné vzájomné spory, ktoré medzi nimi

⁵ URL: http://www.bankovyombudsman.sk/?page_id=4/2011-7-25/

⁶ URL: http://finance.idnes.cz/bankovni-ombudsman-ne-zavisly-ochrance-prav-klientu-f9b-/bank.aspx?c=A090924_152006_bank_fib/2011-7-25/

vzniknú v súvislosti s platobnými službami, budú rozhodnuté v rozhodcovskom konaní stálym rozhodcovským súdom podľa odseku 1 tak, aby používateľ platobných služieb mal možnosť voľby, či prijme, alebo neprijme predložený návrh na uzavretie rozhodcovskej zmluvy... Používateľ platobných služieb nie je povinný prijať predložený návrh rozhodcovskej zmluvy.“

Některé aspekty platnosti rozhodčích doložek v ČR

JUDr. Šárka Zusková

rozhodkyně Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, Advokátska kancelária Mgr. Ludovít Pavla

V oblasti rozhodčího řízení působí v České republice v současné době množství subjektů, poskytujících služby související s organizací, projednáváním a rozhodováním sporů v rozhodčím řízení, přičemž právní povaha těchto subjektů je rozdílná a pro třetí osoby ne vždy zcela čitelná. Cílem následujícího příspěvku je upozornit na problematiku možné neplatnosti rozhodčích doložek uzavřených ve prospěch některých arbitrážních institucí v České republice a informovat o aktuálním vývoji v této oblasti.

Právní úprava rozhodčího řízení v České republice je obsažena v zák. č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Zákon předvídá v zásadě pouze dvě možnosti řešení majetkových sporů, k jejichž projednání a rozhodnutí by byla jinak dána pravomoc soudu, a to buď rozhodčí řízení před jedním nebo více rozhodci (arbitráž ad hoc) nebo rozhodčí řízení před stálým rozhodčím soudem (institucionální arbitráž). V prvním případě zákon předpokládá, že rozhodčí smlouva obsahuje buď konkrétní určení počtu a osob rozhodců anebo alespoň stanoví způsob, jakým mají být určeny, jakož i určení procesních pravidel, podle kterých má být rozhodčí řízení vedeno. Jinak je tomu v případě institucionální arbitráže, kde je počítáno s tím, že stálé rozhodčí soudy mají pevně danou organizační strukturu a pro výkon své činnosti disponují nezbytným technickým, administrativním a odborným zázemím. Zákon v tomto směru poskytuje stálým rozhodčím soudům, zřízeným na základě zákona, oprávnění vydávat své statuty a řády, které mohou určit způsob jmenování rozhodců a jejich počet, mohou výběr rozhodců vázat na seznam vedený u stálého rozhodčího soudu a mohou určit i způsob řízení a jeho pravidla včetně pravidel o nákladech řízení a odměňování rozhodců.

Stálé rozhodčí soudy mohou být podle § 13 odst. 1 zákona zřízeny pouze na základě zákona. V minulosti se objevily sporné výklady citovaného ustanovení zákona a nebylo zcela zřejmé, zda stálý rozhodčí soud musí být zřízen zvláštním zákonem nebo zda postačí, aby byl rozhodčí soud zřízen v souladu se zákonem, tedy že po svém založení zveřejní v Obchodním věstníku svůj statut (stanovy) a řády a splní případné další podmínky stanovené zákonem. Postupem doby byl přijat jednoznačný výklad, podpořený rozhodnutím Nejvyššího soudu ČR¹, že stálé rozhodčí soudy ve smyslu § 13 odst. 1 zákona zřízené na

¹ Rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 31 Cdo 260/1998 ze dne 29.3.2000

základě zákona musejí být zřízeny zvláštním zákonem. V současné době existují v České republice tři stálé rozhodčí soudy, a to:

- a) Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, který je největším stálým rozhodčím soudem v České republice s více jak šedesátiletou historií; jedná se o jediný „universální“ stálý rozhodčí soud, u nějž jsou rozhodovány spory v plném rozsahu arbitrability umožněné zákonem, jejichž počet dosáhl v loňském roce téměř třítisícové hranice. Kromě mezinárodních a vnitrostátních majetkových sporů rozhoduje tento soud rovněž spotřebitelské spory, úhradové spory ve zdravotnictví a doménové spory (spory o internetové domény EU, CZ a další doménová jména);
- b) Burzovní rozhodčí soud při Burze cenných papírů Praha, a.s., který je specializovaným stálým rozhodčím soudem, původně zřízeným pouze pro rozhodování sporů z burzovních obchodů, později byla jeho působnost rozšířena i na rozhodování sporů z obchodů s investičními instrumenty;
- c) Rozhodčí soud při Českomoravské komoditní burze, který je rovněž specializovaným rozhodčím soudem, oprávněným projednávat a rozhodovat spory z obchodů uzavřených komoditními burzami v Kladně a Hradci Králové, jakož i z mimoburzovních obchodů v oblasti komodit obchodovatelných na těchto burzách.

V důsledku shora uvedené odlišné interpretace pojmu stálého rozhodčího soudu ovšem vznikla v mezidobí v České republice celá řada soukromých subjektů nabízejících provádění rozhodčích řízení a služeb s tím souvisejících, prezentujících se jako rozhodčí soudy, případně arbitrážní centra. V praxi se pro tyto subjekty vžil z právního hlediska nepřesný název „soukromé rozhodčí soudy“, protože některé z těchto subjektů označení rozhodčí soud pojaly přímo do svého názvu. Tyto subjekty běžně vydávaly své statuty a vlastní řády obsahující procesní pravidla platná pro řízení před nimi vedená, včetně zakotvení své pravomoci vykonávat „appointing authority“, tedy oprávnění jmenovat rozhodce za stranu, která jej sama v řízení nejmenovala, ze seznamu rozhodců vedeného u té které arbitrážní instituce. Ve prospěch těchto subjektů byly v praxi uzavírány rozhodčí doložky, často právě ve spotřebitelských smlouvách uzavíraných v určitých oblastech podnikání, například v rámci poskytování finančních služeb, služeb realitních kanceláří apod., které neobsahovaly konkrétní určení osoby rozhodce nebo rozhodců, ani pravidla rozhodčího řízení, nýbrž pouze odkazovaly na statuty a řády těchto arbitrážních institucí, na jejichž základě delegovaly oprávnění jmenovat rozhodce na tyto arbitrážní instituce. Rozhodčí nálezy vydávané těmito subjekty byly považovány za exekuční tituly a běžně vykonávány.

V souvislosti s činností soukromých rozhodčích soudů vypukla několikaletá neutuchající diskuse odborné veřejnosti týkající se legality existence a fungování těchto subjektů a s tím bezprostředně související otázka platnosti roz-

hodčích doložek uzavřených ve prospěch soukromých rozhodčích soudů. K jasnosti v této otázce nepřispěla ani kontradiktorní rozhodnutí soudů. Vrchní soud v Olomouci původně dospěl ve svém rozhodnutí² k závěru, že i soukromé subjekty mohou vést seznam rozhodců a vydávat pravidla rozhodčího řízení. Obdobně poté judikoval i Nejvyšší soud České republiky³.

Rozdílně posoudil tuto otázku Vrchní soud v Praze, který ve svém rozhodnutí⁴ dospěl k závěru, že *pokud subjekt, který není stálým rozhodčím soudem, zřízený na základě zvláštního zákona, jak to předpokládá zákon o rozhodčím řízení ve svém § 13, vykonává takové činnosti, které spadají podle zákona o rozhodčím řízení výlučně do působnosti stálých rozhodčích soudů, jde o úmysl obcházet zákon*. V souvislosti s rozhodčími doložkami uzavíranými ve prospěch těchto soudů Vrchní soud v Praze v citovaném rozhodnutí dále uvedl, že *pokud rozhodčí smlouva neobsahuje přímé určení rozhodce ad hoc, anebo konkrétní způsob jeho určení, ale jen stanoví, že rozhodce bude určen jednou smluvní stranou ze seznamu rozhodců vedeného právníčkou osobou, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným ve smyslu § 13 zákona a že rozhodčí řízení bude probíhat podle pravidel vydaných touto právníčkou osobou, pak je taková rozhodčí smlouva neplatná pro obcházení zákona*.

Nejvyšší soud České republiky dne 13.1.2010 rozhodl publikovat uvedené rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek. Vzhledem k tomu, že i po vydání uvedeného rozhodnutí Vrchního soudu ve Sbírce soudních rozhodnutí vznikaly pochybnosti o názoru Nejvyššího soudu na tuto otázku, přijal dne 11.5.2011 velký senát Nejvyššího soudu České republiky rozhodnutí 31 Cdo 1945/2010, kterým definitivně překlenul nejednotnost právních názorů na tuto otázku a ve kterém se ztotožnil s právním názorem Vrchního soudu v Praze. Nejvyšší soud v citovaném rozhodnutí uvedl, že *jestliže rozhodčí smlouva neobsahuje přímé určení rozhodce ad hoc, resp. konkrétní způsob jeho určení, ale v této souvislosti pouze odkazuje na „rozhodčí řád“ vydaný právníčkou osobou, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona, pak je taková rozhodčí smlouva neplatná podle § 39 občanského zákoníku pro rozpor se zákonem*. S ohledem na výše citovaný sjednocující právní názor Nejvyššího soudu je tedy nutno uzavřít, že rozhodčí doložky uzavřené ve prospěch soukromých rozhodčích soudů jsou neplatné.

Za této situace vyvstala zcela zásadní otázka týkající se právní povahy a vykonatelnosti rozhodčích nálezů vydaných v řízení provedených na základě takto neplatných rozhodčích doložek. Zákon o rozhodčím řízení poskytuje stranám rozhodčího řízení po vydání rozhodčího nálezu možnost podat k obecnému soudu návrh na zrušení rozhodčího nálezu z důvodů v zákoně taxativně uvedených. Jedním z těchto důvodů je i neplatnost rozhodčí smlouvy (§ 31 písm.

² Usnesení Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 22 Cm 18/2001

³ Usnesení Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 32 Cdo 2282/2008

⁴ Usnesení Vrchního soudu v Praze sp. zn. 12 Cmo 496/2008

b) zákona). Návrh na zrušení rozhodčího nálezu lze podat pouze do tří měsíců od doručení rozhodčího nálezu té straně, která se jeho zrušení domáhá. Jak vyplývá z odůvodnění shora citovaného rozhodnutí velkého senátu Nejvyššího soudu, jsou rozhodčí doložky uzavřené ve prospěch soukromých rozhodčích soudů *neplatné podle § 39 občanského zákoníku pro rozpor se zákonem*, tedy absolutně neplatné.

Mohly být tedy rozhodčí nálezy vydané soukromými rozhodčími soudy na základě neplatných rozhodčích doložek platným exekučním titulem? Odpověď, že nikoliv, je nasnadě, nicméně zdá se, že v praxi zatím převažuje názor, že rozhodčí nálezy vydané soukromými rozhodčími soudy je nutno považovat za exekuční tituly, dokud nebudou soudem zrušeny k návrhu jedné ze stran. Vzhledem k tomuto stavu je nanejvýš nutné upozornit na tuto skutečnost subjekty, kterých se taková situace může dotýkat, pokud v současné době bylo zahájeno, probíhá nebo dokonce již skončilo rozhodčí řízení konané na základě neplatné rozhodčí doložky vydáním rozhodčího nálezu.

Jak vyplývá z odborných právních názorů, které jsou doposud k dispozici⁵, jako možná obrana dotčené strany přichází v úvahu námitka nedostatku pravomoci arbitrážní instituce v důsledku neplatnosti uzavřené rozhodčí doložky, kterou však strana může vznést podle zákona nejpozději při prvním úkonu v řízení, týkajícího se věci samé. Dojde-li přesto k vydání rozhodčího nálezu v důsledku zamítnutí této námítky, pak přichází v úvahu možnost podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu soudem z důvodu neplatnosti rozhodčí doložky, který ovšem musí být podán v zákonné lhůtě 3 měsíců od doručení rozhodčího nálezu straně, která se jeho zrušení domáhá. Podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu soudem však samo o sobě není sto zabránit exekuci, neboť návrh nemá odkladný účinek. Dotčená strana má možnost požádat společně s návrhem na zrušení rozhodčího nálezu soud o odklad vykonatelnosti rozhodčího nálezu, čemuž soud může vyhovět za předpokladu, že výkonem hrozí vzniknout značná újma.

Dojde-li přesto ze strany oprávněné strany k podání návrhu na výkon rozhodnutí, může se povinná strana úspěšně ubránit ještě návrhem na jeho zamítnutí z důvodu, že rozhodčí nález coby exekuční titul nebyl vydán orgánem, který měl k jeho vydání pravomoc, a pokud k nařízení výkonu rozhodnutí přesto došlo, pak odvoláním proti tomuto rozhodnutí z důvodů uvedených v § 268 odst. 1 písm. a) a v § 266 odst. 2 občanského soudního řádu, kdy lze očekávat, že výkon rozhodnutí bude zastaven.

Jinými slovy, povinná strana má poměrně širokou paletu právních prostředků, jak se proti výkonu rozhodčího nálezu úspěšně ubránit. Co však učinit v případech, kdy nález byl již vykonán a následně došlo k jeho zrušení, přestože povinná strana učinila nezbytné procesní úkony směřující k jeho odvráće-

⁵ Srov. Kocina J.: Rozhodčí doložky sjednané ve prospěch „soukromých rozhodčích soudů“, Bulletin advokacie, 2011, č. 7-8, str. 49

ní? Zde patrně přichází v úvahu již jen žaloba o náhradu škody směřující vůči soukromému rozhodčímu soudu, který i přes neplatnost rozhodčí doložky shledal svoji pravomoc k projednání a rozhodnutí sporu a vydal rozhodčí nález, eventuálně žaloba proti státu, pokud soud, který je povinen před nařízením výkonu rozhodnutí přezkoumat exekuční titul, včetně pravomoci oránu, který jej vydal, výkon rozhodnutí nařídil, případně výkon rozhodnutí nezastavil.

Závěrem nutno zmínit snahu o řešení výše uvedené problematiky v rámci připravované novely zákona o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, která se snaží, kromě řešení dalších otázek souvisejících zejména se spotřebitelskými spory a zvýšením právní ochrany spotřebitele v rozhodčím řízení, odstranit i dosavadní neuspokojivou situaci v souvislosti s rozhodčími doložkami uzavřenými ve prospěch soukromých rozhodčích soudů. Novela by měla definitivně vyjasnit pojem stálého rozhodčího soudu a umožnit stranám sporu sjednat procesní pravidla obsažená v řádu nebo jiném obdobném dokumentu soukromého rozhodčího soudu, podle kterých by bylo možno postupovat za předpokladu, že by byly přiloženy k rozhodčí smlouvě. Za splnění těchto formálních podmínek by tedy bylo možno považovat takto uzavřené rozhodčí doložky uzavřené ve prospěch soukromých rozhodčích soudů za platné.

Podle přechodných ustanovení novely zákona by měla být platnost rozhodčí doložky posuzována podle znění zákona účinného v době uzavření smlouvy. Z důvodové zprávy k návrhu novely vyplývá, že přestože toto pravidlo by platilo i bez jeho výslovného uvedení v zákoně, je v zájmu právní jistoty novelou výslovně deklarováno. Z uvedeného lze tedy vyvodit závěr, že rozhodčí doložky uzavřené ve prospěch soukromých rozhodčích soudů před účinností novely zákona o rozhodčím řízení budou i nadále považovány za neplatné, a to i v případech, kdy rozhodčí řízení bude zahájeno (pokud bude zahájeno) po účinnosti novely, zatímco rozhodčí doložky uzavřené ve prospěch soukromých rozhodčích soudů po účinnosti novely budou za splnění shora uvedených formálních náležitostí považovány za platné.

Nelze než doufat, že připravovaná novela bude přijata v navrhovaném znění a alespoň částečně přispěje ke zvýšení právní jistoty všech dotčených subjektů, zejména těch, kterým má rozhodčí řízení sloužit jako efektivní způsob řešení sporů, tedy účastníků rozhodčího řízení.

Prieskum rozhodcovských rozsudkov ústavným súdom

*doc. JUDr. Kristián Csach, PhD., LL.M.
Právnická fakulta UPJŠ v Košiciach¹*

Účelom tohto príspevku je poukázať na určité zaujímavé tendencie v rozhodovacej činnosti Ústavného súdu Slovenskej republiky v konaniach súvisiacich s rozhodcovským konaním a rozvinúť myšlienky, ktoré už autor týchto riadkov načrtnol v rámci internetovej diskusie.² Zameriame sa pritom na podmienky a rozsah prieskumnej právomoci ústavného súdu vo vzťahu ku konaniam súvisiacim s rozhodcovským konaním.

I. Rozhodcovské konanie a právo na súdnu a inú právnu ochranu

Pred samotnou odpoveďou na otázku možnej prieskumnej právomoci ústavného súdu voči rozhodcovským rozsudkom sa žiada zasadiť rozhodcovské konanie do ústavnoprávneho kontextu ochrany ľudských práv. Nebudeme sa na tomto mieste zaoberať problematikou povahy rozhodcovského konania (súkromnoprávne či verejnoprávne), ale na jeho presahy do ľudskoprávnej roviny, ktoré môžu byť skúmané aj bez odpovede na túto, bezosporu významnú, otázku. Taktiež sa budeme snažiť vyhnúť odpovedi na otázku o možnej horizontalite pôsobenia ľudských práv. Na tomto mieste budeme hľadať odpoveď na otázku, do akej miery sú ústavnoprávne záruky práva na súdnu a inú právnu ochranu garantované v rámci rozhodcovského konania a ako sa tieto prejavujú resp. majú prejavovať pri kontrole rozhodcovských rozhodnutí pred ústavným súdom.

Je notoriou, že právo na súdnu a inú právnu ochranu je garantované čl. 46 až 49 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len „ústava“) ako aj (v zmysle práva na spravodlivé súdne konanie) článkom 6 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej len „dohovor“). Podľa čl. 51 ods. 1 ústavy je možné

¹ Autor je rozhodcom Stáleho rozhodcovského súdu Slovenskej bankovej asociácie ako aj externým poradcom na Ústavnom súde Slovenskej republiky. Názory tu prezentované nepredstavujú názory inštitúcie, na ktorej autor pôsobí a (snáď) predstavujú súbor vlastných názorov a omylov. Príspevok bol vypracovaný v rámci projektu VEGA č. 1/0746/10.

² Pozri <http://www.lexforum.sk/330>. Príspevkom sa autor snaží reagovať aj na tam uvedené komentáre ostatných diskutujúcich, vedený myšlienkou, že rozhodovacia činnosť súdov (vrátane ústavného) môže byť predmetom diskusie nie len prostredníctvom iného nálezu súdu, či rozhodnutia Európskeho súdu pre ľudské práva alebo Súdneho dvora Európskej únie (a takéto názory sa objavujú), ale aj vo svete internetových právnických diskusných fór, či na stránkach odborných periodík alebo v neposlednom rade aj vo forme príspevkov na vedeckých podujatiach.

domáhať sa uvedených práv len v medziach zákonov, ktoré tieto ustanovenia vykonávajú. Právo na súdnu ochranu v zmysle slovenskej ústavy tak môže byť špecifikované či ohraničené konštrukciou „jednoduchého zákonného“ (podústavného) práva (vrátane vytvorenia zákona upravujúceho rozhodcovské konanie, či vzťah rozhodcovských súdov k všeobecným súdom), pričom iba nepriamo môžeme vyvodiť, že zákonná úprava (jednoduchého zákonodarstva) nemôže úplne vyprázdniť obsah základného práva, môže mu však dať jasné kontúry.

Podľa pravidelne sa opakujúcej formulácie vychádza ústavný súd z toho, že aj keď možno rozhodcovské konanie označiť za menej zložitú procedúru, než aká je vlastná konaniu pred všeobecnými súdmi, je v rámci neho nevyhnutné dodržiavať zásady spravodlivosti, zákonnosti a tiež ústavnosti.³ Ústavný súd taktiež považuje za potrebné podriadiť rozhodcovské konanie (a jeho výsledok) článku 6 ods. 1 dohovoru, pričom podľa ústavného súdu má účastník právo na také odôvodnenie rozhodcovského rozhodnutia: „*ktoré jasne a zrozumiteľne dáva odpovede na všetky podstatné právne a skutkovo relevantné otázky súvisiace s predmetom súdnej ochrany.*“⁴ Ústavný súd ale pripustil aj koncept, podľa ktorého nie je čl. 46 ods. 1 ústavy v plnej miere meradlom konformity rozhodcovského rozsudku s ústavou garantovanými právami. Podľa ústavného súdu totiž: „*Uzavretím zmluvy alebo rozhodcovskej doložky sa strany dobrovoľne a vedome vzdávajú práva na súdnu ochranu vykonávanú prostredníctvom všeobecných súdov a zverujú ju rozhodcovskému súdu, ktorý je súkromnoprávnou osobou, pretože ho nemožno vzhľadom na jeho účel a charakter bez ďalšieho zaradiť k orgánom verejnej moci.*“⁵

V postoji Európskeho súdu pre ľudské práva (ďalej len ESLP), resp. Komisie pre ľudské práva (ďalej len „komisia“) vidíme určitú odlišnosť oproti tunajšej judikatúre ústavného súdu. Štrasburský systém ochrany základných ľudských práv, ako sa zdá, rozlišuje medzi rozhodcovským konaním, pre ktoré sa rozhodli strany slobodne uzatvárajúc rozhodcovskú zmluvu a takým rozhodcovským konaním, ktoré je ako obligatórne stanovené zákonom.

Komisia vo veci *Lila Marianne Nordström-Janzone a Aira Marja Nordström-Lehtinen proti Holandsku*⁶ uviedla, že: „*Rozhodcovské konanie bolo založené na dobrovoľnej dohode, podľa ktorej majú byť spory riešené stranami nie pred*

³ III. ÚS 162/2011, III. ÚS 95/2010.

⁴ III. ÚS 162/2011.

⁵ III. ÚS 335/2010. Žiada sa ale uvedený citát doplniť o nasledujúci odsek, ktorý síce priamo nepopiera v texte príspevku uvedenú časť, ale je podstatný pre naše ďalšie skúmanie: „*Podľa názoru ústavného súdu rozhodcovské konanie nadobúda verejnoprávny rozmer až momentom meritorneho rozhodnutia rozhodcovského súdu – rozsudku, keď právny poriadok Slovenskej republiky rozhodcovskému rozsudku pripisuje vlastnosť vykonateľnosti a zároveň je aj exekučným titulom. Do tohto okamihu je toto konanie vo sfére rozhodcovského súdu a má charakter súkromnoprávneho vzťahu.*“

⁶ Rozhodnutie z 27. novembra 1996, sťažnosť č. 28101/95 (preklad autorom z anglického jazyka).

všeobecnými súdmi, ale v rámci špeciálneho rozhodcovského systému. Tým pádom sa strany vzdali procedúry pred všeobecnými súdmi splňajúcej všetky záruky článku 6 dohovoru. Každopádne, Komisia považuje za potrebné zohľadniť nie iba samotnú dohodu medzi stranami a povahu súkromnoprávneho rozhodcovského procesu, ale aj legislatívny rámec určený pre tieto konania za účelom určenia, či vnútroštátne súdy si ponechajú určité oprávnenia kontroly rozhodcovského konania a či táto kontrola bola riadne uskutočnená v individuálnom prípade (pozri č. 10881/84, Dec. 4.3.87, D.R. 51, s. 83). ... Komisia vníma, že dôvody, pre ktoré môže byť rozhodcovský rozsudok spochybnený pred vnútroštátnym súdom sa líšia medzi jednotlivými zmluvnými štátmi a je toho názoru, že nemôže byť v zmysle Dohovoru vyžadované, aby boli vnútroštátne súdy povinné zabezpečiť súlad rozhodcovských konaní s čl. 6 dohovoru. V určitom smere – napríklad vo vzťahu k verejnosti konania – je zjavné, že rozhodcovské konania nie sú často zamýšľané, aby boli v súlade s čl. 6 dohovoru a že rozhodcovská zmluva obsahuje vzdanie sa plnej aplikácie tohto článku. Komisia je preto toho názoru, že rozhodcovský rozsudok nemusí byť nevyhnutne zrušený z dôvodu, že strany nepoživali všetky záruky stanovené článkom 6, ale každý zmluvný štát môže v zásade sám určiť dôvody, pre ktoré má byť rozhodcovský rozsudok zrušený.“

Vo vzťahu k zákonom stanovenému mandatórnemu rozhodcovského konania ale rozhodol ESLP vo veci *Norman Scarth proti Anglicku*⁷ o porušení čl. 6 dohovoru v dôsledku toho, že žalovanému nebolo zabezpečené verejné prejednanie jeho veci. ESLP tak povinné rozhodcovské konanie pripodobnil súdneho konaniu.

Všeobecne je možné uzavrieť, že ESLP rozlišuje medzi dobrovoľnou a nútenou arbitrážou, pričom rozlišuje aj mieru súladu rozhodcovského konania s čl. 6 dohovoru. V rámci dobrovoľnej arbitráže je rozhodcovské konanie súladné s čl. 6, ak je rozhodcovská zmluva uzatvorená slobodne (a teda najmä nie pod nátlakom)⁸ a vnútroštátne právo garantuje určité minimálne záruky spravodlivého konania (*some measure of control*), resp. možnosť zrušiť rozhodcovský rozsudok. Naopak, ak je rozhodcovské konanie zákonom stanovené ako povinné, vyžadujú sa vyššie štandardy dodržiavania čl. 6 dohovoru.⁹

Ako akúsi odbočku vo vzťahu k hlavnej myšlienke tohto príspevku nám nedá opomenúť, že ústavnosť mandatórných rozhodcovských konaní (ustanovených zákonom spravidla za účelom odbremenenia súdov) býva v niektorých

⁷ Rozsudok ESLP z 22. júla 1999, sťažnosť č. 33745/96, Pozri aj rozhodnutie komisie z 21. mája 1998 o prípustnosti tejto sťažnosti.

⁸ Pozri rozsudok ESLP Deewer proti Belgicku z 27. februára 1980, sťažnosť č. 6903/75 ako aj BATLINER, H., GASSER, J.: Sind Schiedsklauseln zulasten Dritter gemäss Art. 6 EMRK zulässig? Ein juristischer Ausblick von Liechtenstein nach Europa. In: *Economic Law and Justice in Times of Globalisation. Festschrift für Carl Baudenbacher*. Nomos, 2007, s. 23/24.

⁹ Pozri Batliner, H., Gasser, J., dielo citované v predchádzajúcej poznámke, s. 28.

jurisdikciách spochybňovaná. Pozoruhodná je anabáza maltskej judikatúry, ktorá (z dôvodu špecifík oprávnení všeobecných súdov posudzovať súlad právnej úpravy s ústavou) v niekoľkých prípadoch (a inštanciách) posudzovala ústavnosť zákonom stanovenej povinnosti podrobiť sa rozhodcovskému konaniu. Podľa informácií publikovaných v miestnej tlači¹⁰ bol rozhodnutím vo veci Dr. Josepha Muscata z 6. septembra 2010 predpis o povinnej arbitráži v určitých prípadoch dopravných nehôd prehlásený za súladný s ústavou (potom čo bol v predchádzajúcom rozhodnutí súdu nižšieho stupňa prehlásený za odporujúci ústave),¹¹ v rozhodnutí z 30. septembra 2011, týkajúcom sa arbitrážneho konania medzi distribučnou spoločnosťou vody a spotrebiteľom bol ale podľa dostupných informácií predmetný predpis o povinnej arbitráži¹² prehlásený za protiústavný.¹³

Po návrate na hlavnú argumentačnú líniu príspevku uzatvárame, že podľa nášho názoru ústavný súd spravidla pristupuje k aplikácii čl. 6 ods. 1 dohovoru na rozhodcovské konanie prísnejšie ako sám ESLP. Iba dodajme, že podľa ustálenej judikatúry ústavného súdu nemožno vidieť medzi základným právom v čl. 46 ods. 1 ústavy a právom podľa čl. 6 ods. 1 dohovoru zásadnú odlišnosť (m. m. II. ÚS 71/97), a preto sa ich porušenie skúma spoločne a vedie k rovnakému záveru. Ak sa ústavný súd uzatvára, že čl. 6 ods. 1 dohovoru je porušený, pravdepodobne je z toho možné vyvodit' aj to, že považuje aj čl. 46 ods. 1 ústavy za porušený.

Myslíme si, že prístup komisie a ESLP je presvedčivejší a nasledovania hodný. Prístup ústavného súdu napríklad naráža na zásadný problém v prípade, ak sa strany v zmysle § 34 ods. 2 písmeno g) zákona č. 244/2002 Z.z. o rozhodcovskom konaní (ZoRK) dohodnú, že rozsudok nemusí byť vôbec odôvodnený. Obdobne problematická z pohľadu nárokov na právo na spravodlivý súdny proces a riadne odôvodnenie rozhodnutia vznikne aj v prípade rozhodovania obchodného sporu podľa zásad spravodlivosti v zmysle § 31 ods. 4 ZoRK. V týchto prípadoch si nemyslíme, že by bolo možné požadovať, aby rozhodcovský rozsudok obsahoval dostatočné a presvedčivé odôvodnenie a jeho absencia, resp. odklon od písaného práva v prospech zásad spravodli-

¹⁰ GRECH ORR, K.: Mandatory arbitration disputes. In: *Times of Malta*, 20. september 2010. Prístupné online: <http://www.timesofmalta.com/articles/view/20100920/local/mandatory-arbitration-disputes.327664>.

¹¹ Pozri napríklad SCERRI-DIACONO, J., MAMO, R.: The Constitutionality of Mandatory Arbitration in Malta. In: *Arbitration: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*. vol. 75, 4/2009, s. 603-607. Uvedený príspevok ale zohľadňuje stav k roku 2009.

¹² Publikované informácie sa zdajú z pohľadu tunajšieho čitateľa neúplné. Možno predpokladať, že sa jedná o maltský predpis o rozhodcovskom konaní (*Arbitration Act, Chapter 387*), ktorý v článku 15 ods. 11 ustanovuje prípady, kedy je rozhodcovské konanie povinné.

¹³ Informácia publikovaná na portály www.maltastar.com z 6. októbra 2011. Prístupné online: <http://www.maltastar.com/pages/r1/ms10dart.asp?a=16746>.

vosti je práve želaným stavom, nie porušením základných práv účastníkov konania. Považujeme však za správnu rozlišovacia líniu medzi dohodnutým a mandatorným rozhodcovským konaním, resp. zvýšené nároky na mandatornú arbitráž. Čím je väčší procedurálny deficit (teda čím „kvalitatívne horší“ konsenzus o rozhodcovskom konaní a o „vzdaní sa“ základného práva na súdnu ochranu skutočne existuje)¹⁴ pri dojednávani rozhodcovskej doložky, tým viac má byť rozhodcovské konanie, pri absencii explicitnej právnej úpravy toto konanie upravujúcej, prispôsobené súdному konaniu a tým väčší dôraz na záruky spravodlivého procesu má byť kladený. Privítať je ale možné vyššie uvedený výklad ústavného súdu¹⁵ o dobrovoľnom a vedomom vzdaní sa práva na súdnu ochranu, a to s tým dovetkom, že procedurálny deficit pri uzatváraní rozhodcovských zmlúv sa má zohľadniť v kategóriách „dobrovoľného a vedomého“ vzdaní sa základného práva. Ostáva však preskúmať mechanizmus, akým môže byť takáto kontrola realizovaná.

II. Ústavnosť obmedzeného rozsahu súdneho prieskumu rozhodcovského rozsudku

Možnosť súdneho preskúmania rozhodcovského rozsudku je obmedzená dôvodmi žaloby o zrušenie rozhodcovského rozsudku uvedenými § 40 ods. 1 ZoRK. Výpočet týchto dôvodov je taxatívny (arg.: *Účastník ... sa môže žalobou ... domáhať zrušenia ... rozhodcovského rozsudku, len ak...*) Je taktiež dobre známe, že napríklad oproti modelovému predpisu UNCITRAL o rozhodcovskom konaní (či už v pôvodnej verzii z r. 1985 alebo v znení neskorších úprav) nezaradil vnútroštátny zákonodarcu medzi dôvody zrušenia rozhodcovského rozsudku aj porušenie verejného poriadku (*public policy / ordre public*). Myslíme si, že dôvodom neprevzatia porušenia verejného poriadku ako dôvodu zrušenia je jeho nedostatočné uchopenie ako právneho inštitútu tuzemským právom, či právnou vedou osobitne, mimo oblasti medzinárodného práva súkromného a procesného. Verejný poriadok ako akési „*materiálne jadro*“ § 39 Občianskeho zákonníka nebolo v časoch prijímania ZoRK, a nie je ani doteraz právnou vedou či praxou akceptovaný a následky jeho porušenia (či ohrozenia hodnôt, ktoré sa majú chrániť) či už hmotnoprávneho alebo procesnoprávneho charakteru nie sú odlíšené od porušenia iných kogentných noriem.

Každopádne, dôvody prieskumu rozhodcovského rozsudku všeobecným súdom sú obmedzené, prieskum procesných rozhodnutí je ešte menší. Logicky tak vyvstala otázka, či je obmedzenie súdneho prieskumu v rozpore s ústavou. Vyššie uvedená rozhodovacia činnosť štrasburských orgánov dáva určitú odpoveď na súlad obmedzenia možností napadnúť rozhodcovský rozsudok s dohovorom. Otázkou súladu právneho predpisu s ústavou ale môže definitívne posúdiť iba ústavný súd a to na návrh subjektu na to oprávneného (ktorým

¹⁴ Pozri zdroje citované v poznámke č. 7. K procedurálnemu deficitu pozri CSACH, K.: *Štandardné zmluvy*. Plzeň : Aleš Čeněk, 2009, najmä s. 122, 128 a nasl.

¹⁵ III. ÚS 335/2010.

nie je jednotliviec). Ústavný súd sa mal možnosť k veci vyjadriť, návrh všeobecného súdu na začatie konania o súlade § 40 ods. 1 ZoRK s čl. 46 ods. 1 ústavy ale odmietol pre zjavnú neodôvodnenosť, keďže napadnuté ustanovenie sa podľa ústavného súdu netýkalo veci prerokovanej všeobecným súdom.¹⁶ Z rozhodnutia ale možno vyvodit' rozloženie úlohy medzi všeobecné súdy a ústavný súd, keď ústavný súd uvádza, že: „*Ak by aj zákon o rozhodcovskom konaní v ustanovení § 40 ods. 1 vylučoval preskúmvavanie všeobecným súdom v prípade, že by takýto postup rozhodcovského orgánu porušoval základné ľudské práva a slobody garantované ústavou a medzinárodnými záväzkami, ktoré sú súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky, musí takému-to konaniu poskytnúť ochranu všeobecný súd.*“ K uvedenému sa ešte vrátíme.

Do určitej miery konkrétnejší bol ústavný súd vo vzťahu k možnosti opravných prostriedkov proti predbežným opatreniam rozhodcovského súdu a proti ďalším jeho procesným rozhodnutiam. V konaní o individuálnej sťažnosti¹⁷ považoval ústavný súd ochranu § 38 ods. 2 ZoRK v spojitosti s § 37 ZoRK (možnosť preskúmať predbežné opatrenie procedúrou podľa § 37 ZoRK) za natoľko účinný prostriedok na ochranu základných (ľudských) práv, že jeho vyčerpanie musí predchádzať sťažnosti podanej na ústavný súd, inak nie je táto sťažnosť prípustná (§ 53 ods. 1 zákona č. 38/1993 Z.z. o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov v znení neskorších predpisov – ďalej len zákon o ústavnom súde). Vzhľadom na odôvodnenie ústavného súdu sa zdá, že rovnaký záver platí aj pre námietky nedostatku právomoci rozhodcovského súdu.

III. Rozhodcovské rozhodnutia pred ústavným súdom

V rozhodovacej činnosti ústavného súdu sa vyskytli dve rozdielne skupiny situácií, v ktorých sa objavovali výsledky činnosti rozhodcov. V prvej bol predmetom sťažnosti postup alebo rozhodnutie *exekučného súdu* pri exekúcii na základe rozhodcovského rozsudku a v druhom prípade sťažnosti smerovali priamo proti *rozsudku rozhodcovského súdu*.

a) Sťažnosti proti rozhodnutiam exekučných súdov v exekúciách na základe rozhodcovských rozsudkov

Drvivá väčšina rozhodnutí ústavného súdu, zaoberajúca sa (okrem iného aj) rozhodcovskými rozsudkami sa týka práve otázky zastavenia exekúcie / nevydania poverenia na výkon exekúcie v spotrebiteľských veciach, ak sa má exekúcia vykonať na základe rozhodcovského rozsudku. Kanonáda sťažností nebankovej spoločnosti ako *oprávneného* z rozhodcovského rozsudku proti zastavovaniu exekúcie / nevydávaníu poverení nemala veľký úspech, zároveň

¹⁶ PL. ÚS 14/2010.

¹⁷ I. ÚS 121/03.

ale je možné na rozhodovacej činnosti ústavného súdu registrovať určitý posun čo do dôvodov odmietnutia sťažností. Kým boli skoršie rozhodnutia ústavného súdu o odmietnutí sťažnosti odôvodnené predčasnosťou sťažnosti z dôvodu nepodania dovolania,¹⁸ neskôr¹⁹ z dôvodu jej zjavnej neopodstatnenosti.²⁰ Na okraj dodávame, že samotné zastavenie exekúcie, nevydanie poverenia na výkon exekúcie alebo iný zásah vedúci k tomu, že sa rozhodcovské rozhodnutie nevykoná musí taktiež spĺňať podmienku súladu s ľudskými právami. Podľa minuloročného rozsudku ESLP vo veci *Kin-Stib a Majkič proti Srbsku*²¹ je nevykonanie rozhodcovského rozsudku (za okolností daného prípadu) porušením základného práva podľa čl. 1 dodatkového protokolu k dohovoru.

Pred exekúciou sa pochopiteľne bráni aj *povinný* z rozhodcovského rozsudku. Aj *povinný* z rozhodcovského rozsudku sa môže chcieť brániť pred ústavným súdom pred exekúciou (napáda vedenie exekúcie, najmä vydanie poverenia súdom). Podľa ústavného súdu ale má podaniu sťažnosti proti postupu exekučného súdu predchádzať využitie iných prostriedkov účinnej ochrany podľa Exekučného poriadku,²² inak je sťažnosť neprípustná.²³

b) Sťažnosti proti rozhodcovským rozsudkom

Zaujímavejšou bude druhá skupina prípadov, pri ktorých *povinný* z rozhodcovského rozsudku napáda sťažnosťou samotný rozhodcovský rozsudok. Vyššie sme popísali východisko našich úvah o viazanosti rozhodcovského súdu základnými právami a slobodami, resp. správnejšie (čo do adresátov povinnosti), požiadavky pre verejnomočenskú kontrolu rozhodcovského konania súdom s ohľadom na zabezpečenie základného práva na súdnu a inú právnu ochranu / spravodlivý súdny proces.

Ústavným súdom boli sťažnosti proti rozhodcovským rozsudkom v prípadoch, keď sťažovateľ nepodal žalobu na zrušenie rozhodcovského rozsudku súdom, odmietnuté z dôvodu nedostatku právomoci ústavného

¹⁸ II. ÚS 297/2010, II. ÚS 474/2010, II. ÚS 337/2010, II. ÚS 370/2010 z 14. septembra 2010; II. ÚS 445/2010 a II. ÚS 443/2010, obe z 20. októbra 2010.

¹⁹ Akési medzipostavenie medzi uvedenými dvoma líniami odôvodňovania zaujíma uznesenie III. ÚS 360/2010.

²⁰ Napríklad I. ÚS 29/2011, I. ÚS 282/2010, I. ÚS 284/2010, I. ÚS 442/2010, II. ÚS 545/2010, II. ÚS 279/2011, III. ÚS 114/2011, III. ÚS 16/2011, IV. ÚS 310/2010, IV. ÚS 445/2010, ÚS 59/2011, IV. ÚS 369/2010 a IV. ÚS 86/2011.

²¹ Rozsudok z 20. apríla 2010, sťažnosť č. 12312/05.

²² Myslené sú námietky podľa § 50 Exekučného poriadku a návrh na odklad exekúcie podľa § 56 Exekučného poriadku a návrh na zastavenie exekúcie podľa § 57 Exekučného poriadku.

²³ I. ÚS 178/2011, I. ÚS 150/2010.

súdu.²⁴ Sťažnosť je tiež neprípustná proti nemeritórnym rozhodnutím rozhodcovského súdu (zdá sa pritom, že ústavný súd tento záver obmedzuje iba na tie nemeritórne rozhodnutia, ktoré nepodliehajú prieskumu na základe určitého opravného alebo podobného prostriedku).²⁵

Situácia sa ale, zdá sa, vyvíja. Uznesením III. ÚS 95/2010 sťažovateľ nepodal proti rozhodcovskému rozsudku žalobu o jeho zrušenie. V zmysle doterajšej tu uvedenej judikatúry tak mohol ústavný súd sťažnosť odmietnuť ako neprípustnú z dôvodu nevyčerpania prostriedkov nápravy. Ústavný súd tak neurobil, ale pristúpil k posudzovaniu, či sťažnosť nie je zjavne neodôvodnená.

Je notoriou, že skutkové a právne závery všeobecného súdu sú predmetom kontroly zo strany ústavného súdu (pri namietaní porušenia práva na súdnu ochranu) len vtedy, ak by ním vyvodené závery boli zjavne neodôvodnené alebo arbitrárne, a tak z ústavného hľadiska neospravedliteľné a neudržateľné, a zároveň by mali za následok porušenie základného práva alebo slobody. Ústavný súd je subsidiárnym orgánom kontroly ústavnosti. Ústavný súd v tomto uznesení uviedol: „*Ústavný súd zastáva názor, že (túto doktrínu) je potrebné aplikovať aj v prípadoch, ak ústavný súd preskúmava rozhodcovský rozsudok rozhodcovského súdu z hľadiska dodržania zásad spravodlivého procesu, a to z dôvodu, že rozhodcovské konanie je alternatívou konania pred všeobecnými súdmi. Aj tieto rozhodcovské súdy sú povinné aplikovať právo tak, aby výsledkom nimi uplatnenej právomoci bolo rozhodnutie, ktoré spĺňa parametre zákonnosti a ústavnosti.*“ Ústavný súd tak pripustil kontrolu priamo rozhodcovského rozsudku, a to aj v prípade, ak mu nepredchádzalo konanie o zrušenie rozhodcovského rozsudku pred súdom.

V najzásadnejšom rozhodnutí ústavného súdu v týchto otázkach, ústavný súd nálezom III. ÚS 162/2011, bez vysporiadania sa z doterajšou judikatúrou, zrušil rozhodcovský rozsudok a vec vrátil rozhodcovskému súdu na ďalšie konanie.

Oproti vyššie citovanému uzneseniu III. ÚS 335/2010, podľa ktorého sa strany uzatvorením rozhodcovskej zmluvy vzdávajú práva na súdnu ochranu, v náleze III. ÚS 162/2011 ústavný súd uvádza, že „*štát umožnil ... delegáciu súdnej moci zo súdu na nesúdny orgán zložený v podstate zo súkromných osôb – rozhodcov, takouto možnosťou sa nemôže zbaviť svojho pozitívneho záväzku zabezpečiť základné právo na súdnu a inú právnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy a právo na spravodlivý súdny proces podľa čl. 6 ods. 1 dohovoru.*“ Ústavný súd pritom posudzoval opäť situáciu, kedy sťažovateľ síce nepodal žalobu o zrušenie rozhodcovského rozsudku, ale podľa ústavného súdu by takáto žaloba bola všeobecným súdom zrejme zamietnutá (zaujímavé je, a to aj pod

²⁴ I. ÚS 121/03, I. ÚS 222/09 a IV. ÚS 406/09. Považujeme za vhodnejšie, aby dôvodom pre odmietnutie sťažnosti za daných okolností (nevyčerpanie možných účinných prostriedkov nápravy) bola jej neprípustnosť v zmysle § 53 ods. 1 zákona o ústavnom súde, a nie nedostatok právomoci ústavného súdu.

²⁵ III. ÚS 335/2010.

dojmom záverov z uznesenia PL. ÚS 14/2010, že túto otázku posudzuje sám ústavný súd). Podľa ústavného súdu nenaplnenie podmienok žaloby o zrušenie odôvodňuje angažovanie ústavného súdu vo veci: „Ak však po skončení jednoinštančného konania pred rozhodcovským súdom nie je žiadna účinná možnosť nápravy prostredníctvom všeobecných súdov, je namieste, aby do tohto procesu aktívne zasiahol aj ústavný súd.“ Z uvedeného nálezu ústavného súdu ďalej vyberáme state, hodné reprodukcie, poukazujúce na zásadný odklon ústavného súdu od doterajšej judikatúry:

„Práve osobitný zákon o rozhodcovskom konaní vytvoril právnu prípustnosť kontroly súdnej moci nad rozhodcovskými rozsudkami všeobecnými súdmi v taxatívne vymedzených prípadoch. Ak však po skončení jednoinštančného konania pred rozhodcovským súdom nie je žiadna účinná možnosť nápravy prostredníctvom všeobecných súdov, je namieste, aby do tohto procesu aktívne zasiahol aj ústavný súd.

...

Aj keď toto rozhodcovské konanie možno označiť za menej zložitú procedúru, než aká je vlastná konaniu pred všeobecnými súdmi, je v rámci neho nevyhnutné dodržiavať zásady spravodlivosti, zákonnosti a tiež ústavnosti (obdobne III. ÚS 95/2010).

Tieto zásady v prípade sťažovateľa však dodržané zjavne neboli, a preto tu bol potrebný priamy zásah ústavného súdu do rozhodcovského rozsudku rozhodcovského súdu.

...

Podľa názoru ústavného súdu aj na vydanie rozhodnutia rozhodcovského súdu sú kladené požiadavky, ktoré vyplývajú z práva na súdnu a inú právnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy a tiež z práva na spravodlivé súdne konanie podľa čl. 6 ods. 1 dohovoru. Znamená to, že aj takéto rozhodnutie musí mať zákonný podklad (čl. 2 ods. 2 ústavy) a nemôže byť prejavom svojvôle (čl. 1 ods. 1 ústavy).

...

Rozhodcovský súd síce nie je orgánom verejnej moci, ale podľa názoru ústavného súdu sa aj na odôvodnenie jeho rozsudkov primerane vzťahuje aj uplatňovanie a aplikácia čl. 6 ods. 1 dohovoru, pretože čiastočne vykonáva funkcie všeobecného (občianskoprávneho alebo obchodného) súdu.

...

Pokiaľ rozhodcovský súd v odôvodnení svojho rozsudku ... však nesprávne aplikoval príslušné ustanovenia právnej normy, o ktoré oprel svoje právne závery, postupoval nielen nelegitímne, ale zároveň tým porušil aj základné právo sťažovateľa na súdnu ochranu, zahŕňajúce právo na spravodlivý proces, súčasťou ktorého je právo účastníka konania na také odôvodnenie súdneho rozhodnutia, ktoré jasne a zrozumiteľne dáva odpovede na všetky podstatné právne a skutkovo relevantné otázky súvisiace s predmetom súdnej ochrany.“

Ústavný súd tak doslovne použil test základného práva na súdny proces aj na výsledky rozhodcovského konania.

IV. Posúdenie a návrh riešenia

Vyššie sme uviedli, a mohli sme tento pohľad doložiť aj predchádzajúcim názorom ústavného súdu, že súhlasom s rozhodcovským konaním (v prípade absencie procedurálneho deficitu) potenciálni účastníci rozhodcovského konania dobrovoľne a vedome modifikujú realizáciu svojho práva na súdnu ochranu, ktorá sa má odohrávať primárne v rozsahu stanovenom zákonom o rozhodcovskom konaní. Tento právny predpis pritom vedome (a zámerne) niektoré okolnosti, ktoré by sme pri klasickom súdnom konaní chápali ako deficity a ohrozenia či porušenia základných práv, nepovažuje za dostatočný dôvod pre spochybnenie rozhodcovských rozsudkov (napríklad nesprávne právne posúdenie veci, a to dokonca bez ohľadu na mieru jeho absurdnosti). Predpoklad predchádzajúceho dobrovoľného súhlasu nielen so špecifikami konania, ale aj (minimálne nepriamo) s osobou rozhodcu by mal byť zohľadnený aj pri posudzovaní, či výsledok takého konania spĺňa test ústavnej konformity, vyžadovanej pri rozsudkoch súdu. Možno by rozhodcovský rozsudok neobstál ako rozsudok súdu; To ale neznamená, že sú základné práva účastníkov rozhodcovského konania porušené.

Sťažnosti proti rozhodcovským rozsudkom, ktoré neboli napadnuté žalobou o zrušenie rozhodcovského rozsudku všeobecným súdom by mal podľa nášho názoru ústavný súd v zmysle § 53 ods. 1 zákona o ústavnom súde odmietnuť ako neprípustné z dôvodu nevyčerpania právnych prostriedkov, ktorými sa môže sťažovateľ účinne brániť (žaloba o zrušenie rozhodcovského rozsudku). Predmetom ústavného prieskumu by malo byť až rozhodnutie všeobecného súdu v tomto konaní. V prípade, ak je podľa súdu rozhodujúceho o zrušení rozhodcovského rozsudku nedostatočne poskytnutá ochrana základných ľudských práv a nie je (na prvý pohľad) naplnený dôvod zrušenia rozhodcovského rozsudku, mal by tento súd v zmysle PL. ÚS 14/2010 zabezpečiť ochranu základných práv, resp. by sa tento súd mal opätovne obrátiť na ústavný súd s otázkou súladu § 40 ods. 1 ZoRK s ústavou. O výklade dôvodov zrušenia v § 40 ods. 1 ZoRK by ale mal v prvom rade rozhodovať všeobecný súd (podobne, ako je tomu v prípade posudzovania naplnenia dovolacích dôvodov). Konštruovať základné práva na súdnu ochranu mimo ich legislatívnych limitov ZoRK inou cestou ako ústavne-konformným výkladom § 40 ods. 1 ZoRK, resp. jeho prípadným prehlásením za protiústavný, hoci sú tieto limity východiskom pre rozhodcovské konanie ako také nepovažujeme za správne. Intenzita prieskumu súladu s ľudskými právami by zároveň mala byť nepriamo úmerná tomu, do akej miery je rozhodcovská zmluva dohodnutá slobodne a vedome.

Zastúpenie v medzinárodnom obchodnom styku

JUDr. Ing. Martin Winkler, PhD.
rozhodca

I. Pojem zastúpenia a obchodného zastúpenia, cudzí prvok vo vzťahoch súvisiacich so zastúpením

Napriek tomu, že zastúpenie je široký pojem, ktorý má navyše v rôznych právnych úpravách rôzny význam, venujeme sa v tomto článku predovšetkým obchodnému zastúpeniu. Zmluva o obchodnom zastúpení je významným inštitútom umožňujúcim realizáciu tovarov a služieb na domácom i zahraničných trhoch. Zahŕňa v sebe obyčajné sprostredkovanie, kedy zastúpený uzatvára s treťou osobou zmluvný vzťah sám, ako aj možnosť uzatvorenia zmluvy prostredníctvom obchodného zástupcu, ale v mene a na účet zastúpeného. Samotný vzťah medzi zastúpeným a obchodným zástupcom nazývame tzv. vnútorným vzťahom z obchodného zastúpenia. Neoddeliteľne s ním spojený je vzťah medzi zastúpeným, resp. obchodným zástupcom a treťou osobou, ktorý nazývame tzv. vonkajším vzťahom z obchodného zastúpenia. Obom týmto vzťahom je v predkladanom článku venovaná náležitá pozornosť. Zmieňujeme sa aj o komisionárskom vzťahu, kedy komisionár – konajúci vo vlastnom mene, ale na účet komitenta – priamo uzatvára zmluvu s treťou osobou, ktorej je aj zmluvnou stranou. Všetky právne následky uzatvorenej zmluvy však postihujú osobu, na účet ktorej komisionár koná, t. j. komitenta.

O obchodnom zastúpení v medzinárodnom obchode hovoríme vtedy, ak je aspoň v niektorých právnych vzťahoch v rámci vykonávania týchto činností prítomný cudzí prvok. **Cudzí prvok môže byť daný:**

- a) v subjekte,
- b) v skutočnosti právne významnej pre vznik a existenciu právneho vzťahu,
- c) v druhotnom objekte právneho vzťahu a
- d) pre akcesorický právny vzťah v tom, že cudzí prvok je prítomný v hlavnom právnom vzťahu, od ktorého je tento akcesorický vzťah závislý (to je aktuálne najmä v prípadoch ručenia a delkredere záväzkov a záväzku z konkurenčnej doložky).

II. Kvalifikácia otázok súvisiacich so zastúpením

Kolízna norma sa skladá z dvoch častí – z rozsahu a nadviazania. Rozsah určuje, na ktoré právne pomery, resp. právne otázky sa kolízna norma vzťahuje a

nadviazanie už priamo stanovuje rozhodné právo; vychádza pritom z osobitného kritéria, ktoré nazývame hraničným určovateľom.

Predtým, ako pre konkrétny právny vzťah určíme rozhodné právo, treba ho správne kvalifikovať, t. j. podradiť pod rozsah príslušnej kolíznej normy. Aby sme dospeli k správne výsledku zodpovedajúcemu zásadám medzinárodnej spolupráce a úmyslu zákonodarcu, ktorý príslušné kolízne normy vytvoril, musíme ich správne interpretovať (osobitne ich rozsah) a určiť charakter právneho vzťahu podliehajúceho kvalifikácii tak, aby bol s príslušným rozsahom kompatibilný. Hlavným problémom pri riešení kvalifikačných otázok v rámci **vnútorného vzťahu zo zastúpenia** je rozlíšenie medzi zmluvou o obchodnom zastúpení, pracovnou zmluvou a spotrebiteľskou zmluvou. Pri kvalifikácii **vonkajšieho vzťahu zo zastúpenia** je najdôležitejšie rozlišovanie medzi priamym zastúpením (kedy zástupca koná v mene a na účet zastúpeného) a nepriamym zastúpením (kedy obchodný zástupca koná vo vlastnom mene a na účet zastúpeného) a ich účinkami.

V **českom a slovenskom právnom poriadku** obsahuje kolízne normy zákon č. 97/1963 Z.z. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom (ZMPSP). Aj keď obidve naše republiky boli ako členské štáty EÚ viazané ustanoveniami Dohovoru o práve rozhodnom pre zmluvné záväzky z roku 1980 (tzv. Rímskeho dohovoru), ktorý bol následne nahradený kolíznymi normami Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady č. 593/2008/ES o rozhodnom práve pre zmluvné záväzky (tzv. Nariadenia Rím I), venujeme v predkladanom článku značnú pozornosť aj normám ZMPSP, a to najmä z nasledovných dôvodov:

1. keďže Rímsky dohovor i neskoršie Nariadenie Rím I nadobudli voči našim republikám účinnosť pomerne nedávno, v praxi existuje množstvo záväzkových vzťahov, na ktoré sa nevzťahujú a na ktoré sa stále vzťahuje ZMPSP;
2. existuje viacero otázok dotýkajúcich sa zastúpenia, na ktoré sa Rímsky dohovor ani Nariadenie Rím I z hľadiska svojej vecnej pôsobnosti nevzťahujú; v týchto prípadoch sa použije ZMPSP;
3. v neposlednom rade skúmanie príslušných noriem ZMPSP má svoj význam aj z hľadiska teoretického a historického.

ZMPSP stále stanovuje kolízne normy pre mimozmluvné záväzky; od 11. 1. 2009 sa však na tieto otázky vzťahuje Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady č. 864/2007 o rozhodnom práve pre mimozmluvné záväzky (Rím II) s priamym účinkom v členských štátoch EÚ.

ZMPSP v rámci kvalifikácie **vnútorného vzťahu zo zastúpenia** rozlišuje medzi príkaznými a im podobnými zmluvami a zmluvami o obchodnom zastúpení. V rámci tejto kvalifikácie vychádzame z dvoch východísk, a to:

- potreby konzistentnosti a systematickosti právneho poriadku; vzhľadom na to ak kolízna norma určuje rozhodné právo pre určitý zmluvný typ, má sa

použiť na všetky zmluvy, ktoré spĺňajú znaky (majú podstatné náležitosti) tohto zmluvného typu a

- účelu, ktorý pri kolíznoprávnej úprave obchodného zastúpenia sledoval zákonodarca; vzhľadom na formuláciu hraničného určovateľa, ktorým je sídlo (bydlisko) zastúpeného chcel zákonodarca zrejme predísť na vlastnom území (v cudzine sa tomu prirodzene nedá vyhnúť) aplikácii cudzích predpisov poskytujúcich neúmernú ochranu obchodnému zástupcovi tým, že mu priznávajú *ex lege* postavenie zamestnanca. Je legitímnym právom každého štátu stanoviť také pravidlá regulácie právnych vzťahov, ktoré zodpovedajú jeho predstavám (ak nie sú v rozpore s jeho medzinárodnoprávnymi záväzkami a základnými zásadami medzinárodného práva), preto treba akceptovať aj predstavu nášho zákonodarcu o rozhodnom práve pre obchodné zastúpenie a rešpektovať jeho úmysel stanoviť preň osobitnú kolíznu normu so špeciálnym hraničným určovateľom.

Vzhľadom na uvedené sme dospeli k záveru, že tie zmluvy, ktoré majú podstatné náležitosti zmluvy o obchodnom zastúpení, treba subsumovať pod rozsah kolíznej normy v § 10 ods. 2 písm. f) ZMPSP („zmluvy o obchodnom zastúpení“) a všetky ostatné zmluvy, podľa ktorých má niekto povinnosť konať pri zaobstarávaní určitej veci alebo záležitosti pre inú osobu (príkazcu) a na jej účet, pod rozsah normy v § 10 ods. 2 písm. e) ZMPSP („zmluvy príkazné a im podobné“). Za určitých okolností by bolo možné považovať za príkazné, resp. im podobné zmluvy aj niektoré zmiešané zmluvy o obchodnom zastúpení.

Ďalším kvalifikačným problémom vnútorného vzťahu zo zastúpenia v českom a slovenskom práve (a to nielen podľa ZMPSP, ale aj podľa Rímskeho dohovoru) je otázka rozlíšenia medzi pracovnou zmluvou, resp. pracovnoprávnym vzťahom a zmluvou o obchodnom zastúpení, resp. podobnými občianskoprávnymi či obchodnoprávnymi zmluvnými typmi. Tu je hlavným kritériom, či v konkrétnom prípade je obchodným zástupcom (príkazníkom, komisionárom a pod.) fyzická osoba a ak áno, či u nej ide o výkon tzv. závislej práce, ktorú definujú český i slovenský Zákonník práce.

Napokon v našom práve je potrebné riešiť aj vymedzenie medzi spotrebiteľskou zmluvou a zmluvou o obchodnom zastúpení. Zmluva o obchodnom zastúpení by mohla byť súčasne spotrebiteľskou zmluvou, pokiaľ by boli splnené nasledujúce podmienky:

a) zastúpeným by bol štát, štátna organizácia, samosprávna územná jednotka (podľa slov. ObchZ prípadne aj verejnoprávna inštitúcia), resp. obdobná právnická osoba v zahraničí, obchodným zástupcom by bol podnikateľ vykonávajúci príslušnú činnosť v rámci svojej podnikateľskej činnosti a zmluva o obchodnom zastúpení by sa týkala zabezpečovania verejných potrieb (podľa slov. ObchZ prípadne aj vlastnej prevádzky štátnej organizácie, samosprávnej územnej jednotky alebo verejnoprávnej inštitúcie, resp. obdobnej právnickej osoby v zahraničí) alebo

b) podľa nášho názoru aj v prípade, keď by zastúpeným bol nepodnikateľ, resp. podnikateľ, ktorý však nekoná v rámci výkonu svojej podnikateľskej činnosti a obchodným zástupcom by bol podnikateľ vykonávajúci príslušnú činnosť v rámci svojej podnikateľskej činnosti a súčasne obidve zmluvné strany by si pre svoju zmluvu zvolili Obchodný zákonník alebo z iného dôvodu by sa podľa zahraničného právneho poriadku na ich vzájomný vzťah použili obchodnoprávne predpisy.

Otázky **vonkajšieho vzťahu zo zastúpenia** kvalifikujeme v našom práve ako otázky platnosti právneho úkonu a následkov jeho neplatnosti. Použije sa kolízna norma uvedená v § 4 ZMPSP. Pri vonkajšom vzťahu zo zastúpenia, pokiaľ zastúpeným je právnická osoba, je potrebné rozlišovať medzi zastúpením tejto právnickej osoby a konaním za právnickú osobu jej orgánmi; tento druhý prípad nemožno považovať za zastúpenie a riadi sa osobným štatútom právnickej osoby.

V **zahraničných právnych poriadkoch** je v rámci vnútorného vzťahu potrebné predovšetkým rozlišovať medzi zmluvou o obchodnom zastúpení a pracovnou zmluvou. Niektoré štáty majú v tejto oblasti pomerne liberálnu úpravu, ktorá jasne odlišuje obchodné zastúpenie od pracovnoprávneho vzťahu (napr. USA, Veľká Británia), iné sú však veľmi rigorózne a rozdiel medzi obchodným zastúpením a pracovným pomerom v nich nie je zrejмый alebo sa tieto pojmy dokonca prekrývajú, takže sa môže stať, že obchodný zástupca bude podľa nich považovaný v niektorých prípadoch za zamestnanca (napr. Francúzsko alebo Belgicko).

Vonkajší vzťah zo zastúpenia právnických osôb je v zahraničných právnych poriadkoch potrebné predovšetkým odlišiť od konania právnických osôb prostredníctvom ich orgánov. Niekde je táto hranica dostatočne zreteľná (napr. Francúzsko, Holandsko alebo Taliansko), inde viac-menej nejasná (napr. Švajčiarsko), a preto je potrebné venovať pozornosť aj ďalším rozlišujúcim okolnostiam.

Pokiaľ ide o kolízne normy **európskeho práva**, platí zásada, že ich rozsah je potrebné interpretovať – pokiaľ je to možné – v súlade so samotným európskym právom. To však prináša viaceré praktické problémy, pretože neexistuje jednotné európske súkromné právo, a preto neexistuje ani jednotná terminológia. Vzhľadom na to je v niektorých prípadoch potrebné aplikovať náhradné riešenia a pokiaľ to nie je možné, *lex fori*.

Najvýznamnejšou kodifikáciou medzinárodného práva súkromného v európskom práve použiteľnou na otázky zastúpenia je Nariadenie Rím I, ktoré s účinnosťou od decembra 2009 nahradilo Rímsky dohovor. Okrem toho, že predstavuje priamo nástroj európskeho práva, čo môže uľahčiť a zjednotiť jeho aplikáciu, jeho pozitívom je aj to, že obsahuje špeciálne kolízne normy pre niektoré zmluvné typy. Je tu uvedená o. i. aj zmluva o poskytovaní služieb, ďalej zmluva, ktorej predmetom je vecné právo k nehnuteľnosti a tiež zmluva o výhradnom predaji. Zmluvu o obchodnom zastú-

pení však nie je možné podriaadiť ani pod jednu z kolíznych noriem, ktorá obsahuje uvedené zmluvné typy vo svojom rozsahu, snáď len s výnimkou obchodného zastúpenia, ktorého predmetom by bol predaj (kúpa) nehnuteľnosti.

Ďalším prameňom európskeho práva použiteľným na úpravu kolíznych otázok súvisiacich so zastúpením, je s účinnosťou od januára 2009 Nariadenie Rím II. Toto nariadenie stanovuje hraničné určovatele pre mimozmluvné záväzky vyplývajúce z konania bez príkazu. To môže predstavovať problém pre štáty *common law*, ktoré tento inštitút nepoznajú a štandardne preň používajú kolízne normy určené pre bezdôvodné obohatenie.

Kvalifikačné problémy vznikajú aj pri aplikácii **medzinárodných zmlúv** venovaných kolíznej problematike, najmä Rímskeho dohovoru a Dohovoru o práve rozhodnom pre sprostredkovanie a zastúpenie z roku 1978 (tzv. Haagskeho dohovoru).

Výhodou **Haagskeho dohovoru** je, že sa vzťahuje na všetky otázky súvisiace so zastúpením (s výnimkou pracovných zmlúv v rámci vnútorného vzťahu zo zastúpenia), preto osobitné kvalifikačné problémy súvisiace s aplikáciou jeho noriem nevznikajú.

Keď sa však jednotlivé medzinárodné zmluvy snažia ohraničiť svoju pôsobnosť a vylúčiť ju vo vzťahu k niektorým otázkam, vzniká problém, ktoré právne inštitúty, resp. právne otázky pod rozsah príslušnej medzinárodnej zmluvy patria a ktoré nie. To je aj prípad Rímskeho dohovoru. Spod jeho pôsobnosti je vyňatá otázka, či je zástupca spôsobilý zaväzovať osobu, na ktorej účet koná, vo vzťahu k tretiemu [čl. 1 ods. 2 písm. f)]. V súvislosti s tým vzniká je napr. sporné, či sa Rímsky dohovor v zmysle cit. ust. má alebo nemá vzťahovať aj na posúdenie oprávnenia nepriameho zástupcu zaväzovať zastúpeného a tiež posúdenie účinkov dodatočného schválenia konania zástupcu. Domnievame sa, že tieto otázky by nemali byť spod pôsobnosti Rímskeho dohovoru vylúčené, textácia čl. 1 ods. 2 písm. f) Rímskeho dohovoru však veľmi neumožňuje variovať ohľadne jeho výkladu.

Keďže v zmysle Prvého a Druhého protokolu, ktoré sú súčasťou Rímskeho dohovoru, je na výklad jeho ustanovení povolaný Súdny dvor ES, pri kvalifikácii jednotlivých právnych otázok a ich podradovaní pod rozsah jeho kolíznych noriem je potrebné vychádzať z európskeho práva. Tento prístup však nie je absolútny – jednak neexistuje jednotné európske súkromné právo, jednak priamo z niektorých ustanovení Rímskeho dohovoru (týkajúcich sa použitia imperatívnych noriem) vyplýva, že určité otázky je potrebné interpretovať v súlade s národnými právnymi poriadkami. Týka sa to najmä otázok rozhodujúcich pre posúdenie, či v konkrétnom prípade ide o zmluvu o obchodnom zastúpení alebo pracovnú či spotrebiteľskú zmluvu. Vzhľadom na uvedené je možné prijať záver, že pri interpretácii Rímskeho dohovoru a kvalifikácii príslušných právnych otázok sa vychádza z kombinácie európskeho a národného prístupu. To však prináša v praxi viaceré problémy spôsobujúce právnu neis-

totu a nejednotnosť výkladu, pokiaľ obchodný zástupca vykonáva svoju činnosť na území niektorého zo štátov, ktoré majú prísnu úpravu obchodného zastúpenia pripodobňujúcu tento vzťah k pracovnému pomeru. Riziko ich vzniku nebude odstránené dovedy, kým nebudú existovať jednotné výkladové a kvalifikačné pravidlá pre základné otázky zmluvného práva EÚ, čo je však otázka vzdialenej budúcnosti.

Niektoré kvalifikačné problémy so sebou prinášajú aj **dvojstranné zmluvy o právnej pomoci** uzatvorené medzi ČR a SR na jednej strane a bývalými socialistickými krajinami na strane druhej. Kvalifikačný problém sa väčšinou snažia odstrániť pravidlami pre výklad niektorých pojmov obsiahnutými priamo v normatívnom texte zmluvy.

III. Hraničné určovatele pre právne vzťahy súvisiace so zastúpením

Hraničný určovateľ je časť nadviazania kolíznej normy určujúca kritérium, na základe ktorého sa rozhodne o tom, aké právo bude v konkrétnom prípade aplikované. Jeho použitiu musí predchádzať správna interpretácia pojmov, ktoré sú v ňom obsiahnuté.

Pre vnútorný vzťah z obchodného zastúpenia stanovuje ZMPSP platný v **Českej a Slovenskej republike** nasledujúce hlavné hraničné určovatele:

- a) voľbu práva (*lex electa*),
- b) miesto, kde má sídlo (bydlisko) osoba, pre ktorú obchodný zástupca vykonáva činnosť (t. j. zastúpený), v čase uzavretia zmluvy,
- c) vo výnimočnom prípade aj tzv. skrytý hraničný určovateľ v kolíznej norme „Ak účastníci nezvolia rozhodujúce právo, ich záväzkové vzťahy sa spravujú právnym poriadkom, použitie ktorého zodpovedá rozumnému usporiadaniu daného vzťahu.“

Teoreticky by pre zmluvy o obchodnom zastúpení, ktorých predmetom je nehnuteľnosť, prichádzalo do úvahy aj použitie hraničného určovateľa *lex rei sitae*, to však len ak by sme zmluvu o obchodnom zastúpení mohli kvalifikovať ako „zmluvu o nehnuteľnostiach“.

Pre zmiešané zmluvy, ktoré obsahujú aj prvky obchodného zastúpenia, sa môžu použiť hraničné určovatele miesta, kde má sídlo (bydlisko) ten, kto vykonáva príkaz, v čase uzavretia zmluvy, ďalej štátu, v ktorom obidve strany majú sídlo (bydlisko), tiež miesta, kde bola zmluva uzavretá, resp. – ak zmluva bola uzavretá medzi neprítomnými – miesta, kde má sídlo (bydlisko) príjemca návrhu na uzavretie zmluvy. Právne pomery vzniknuté z jednostranných právnych úkonov sa spravujú právnym poriadkom štátu, v ktorom má dlžník bydlisko (sídlo). Okrem toho sa použijú ďalšie hraničné určovatele upravujúce súvisiace otázky, ako napr. formu uzavretia zmluvy, právnu spôsobilosť zmluvných strán a pod.

Základným hraničným určovateľom pre právne vzťahy zo sprostredkovania a obchodného zastúpenia je podľa ZMPSP *lex electa*. V českom ZMPSP je voľba práva (*lex electa*) konštruovaná ako neobmedzená, v slovenskom práve ako obmedzená, avšak len pre prípad, že zmluvné strany uzatvorili spotrebiteľskú zmluvu, pokiaľ si zvolili právo, ktoré poskytuje spotrebiteľovi menšiu ochranu jeho práv ako slovenský právny poriadok (vtedy je rozhodným slovenské právo). Domnievame sa, že vhodnejšie riešenie je obmedzenie voľby práva ešte viac v tom zmysle, aby v prípadoch, keď síce v právnych vzťahoch je prítomný medzinárodný prvok, ale spojenie s cudzinou je slabé, nebola vylúčená aplikácia tuzemských kogentných noriem (podobne ako to je v čl. 3 ods. 3 Rímskeho dohovoru i Nariadenia Rím I). Úprava v ZMPSP totiž umožňovala nasimulovať alebo „vytvoriť“ cudzí prvok v právnom vzťahu, čo môže viesť k obchádzaniu zákona. Nepatríme však k zástancom obmedzenej voľby práva v pravom slova zmysle (napr. ako ju pozná americký *Restatement Second*, t. j. že zvolené právo musí vykazovať podstatný vzťah k transakcii); obzvlášť malé štáty by mali umožniť stranám obchodnoprávneho vzťahu, aby si dohodli ako rozhodné také právo, ktoré im najlepšie vyhovuje. Vzhľadom však na aplikáciu Nariadenia Rím I (predtým Rímskeho dohovoru), ktoré má prednosť pred ustanoveniami ZMPSP, je možné konštatovať, že súčasný stav je vyhovujúci. Uvedené pravidlo v čl. 3 ods. 3 Nariadenia Rím I totiž platí aj v našom právnom poriadku.

Hraničný určovateľ sídla (bydliska) osoby, pre ktorú zástupca vykonáva činnosť, ktorý sa má podľa ZMPSP použiť na určenie rozhodného práva pre zmluvy o obchodnom zastúpení, výrazne vybočuje zo zásady (odvoditeľnej z iných ustanovení ZMPSP), že rozhodné právo pre zmluvné vzťahy má byť to, kde má sídlo (bydlisko) osoba, ktorá poskytuje charakteristické plnenie. Keďže však príslušná kolízna norma ZMPSP jednoznačne používa hraničný určovateľ sídla (bydliska) zastúpeného, bolo by prípadnú odchýlku od neho potrebné odôvodniť inými závažnými skutočnosťami (napr. sídlo, miesto podnikania alebo bydlisko zastúpeného i zástupcu v tom istom štáte a pod.). Vtedy by bolo odôvodnené postupovať podľa kolíznej normy v § 10 ods. 1 ZMPSP a hľadať právny poriadok, ktorého použitie zodpovedá rozumnému usporiadaniu daného vzťahu.

Pre **vonkajší vzťah zo zastúpenia** by sa podľa nášho názoru ako základný hraničný určovateľ malo použiť miesto, v ktorom sa má zastupovanie vykonávať; možno ho prípadne fixovať na sídlo, resp. miesto podnikania alebo bydlisko zástupcu. Je správne, aby sa zastúpený podriadil právu tohto miesta, pretože udelil na svoje zastupovanie plnomocenstvo a vie, kde sa bude realizovať. Ak by nebolo stanovené, na ktorom mieste (v ktorom štáte) sa má zastupovanie vykonávať, vhodným by bol hraničný určovateľ miesta, v ktorom došlo ku konaniu zástupcu, pretože s tým, že zástupca môže konať aj mimo svojho bydliska alebo miesta podnikania, musí zastúpený počítať. Ak by zástupca prekročil svoje oprávnenie a v rozpore so zmluvou alebo pokynmi zastúpeného konal na území iného štátu, než bol splnomocnený a tretia osoba o tom, že

oprávnenie zástupcu konať je obmedzené na územie určitého štátu, vedela alebo vedieť musela, vhodné by bolo použitie práva miesta, kde sa malo zastupovanie vykonávať. Takáto koncepcia chráni tretie osoby, súčasne však poskytuje elementárnu ochranu aj zastúpenému.

Niektoré **zahraničné právne poriadky** kolízne normy vôbec nepoužívajú. Typickým príkladom sú **Spojené štáty americké**. Pravidlá pre určenie rozhodného práva tu nie sú jednoznačne určené a vyvodzujú sa len z judikátov jednotlivých súdov, pričom v rôznych členských štátoch USA sa uplatňujú rôzne prístupy. Spoločným pre všetky z nich je uznávanie voľby rozhodného práva; táto voľba je však obmedzená, najmä požiadavkou, aby mal zvolený právny poriadok podstatný, resp. primeraný vzťah k transakcii alebo aby existoval aspoň primeraný dôvod pre takúto voľbu, a to v zmysle *Restatement of the Law Second, Conflict of Laws* (R2ndCL) a Jednotného obchodného zákonníka (*Uniform Commercial Code – UCC*). Voľba práva je obmedzená aj ďalšími prekážkami vyplývajúcimi z aplikácie rôznych prístupov k určeniu rozhodného práva v jednotlivých štátoch USA. Na určenie rozhodného práva pre vnútorný i vonkajší vzťah zo zastúpenia sa pritom používajú sa nasledujúce prístupy:

- používanie *Restatement of the Law Second, Conflict of Laws*. V prípade neexistencie voľby práva R2ndCL určuje za rozhodné právo to, ktoré má k transakcii alebo k jej stranám najvýznamnejší vzťah. *Restatement Second* sa používa v 24 štátoch,
- tradičný prístup používa 11 štátov; za hraničný určovateľ považujú *lex loci contractus*,
- princíp významných vzťahov (*significant contacts*) vychádza z identifikovania ťažiska právneho vzťahu (*center of gravity*) a za rozhodné právo považujú to, kde je toto ťažisko umiestnené. Na rozdiel od prístupu podľa *Restatement Second* súdy postupujúce podľa tohto princípu nevykonávajú analýzu politik dotknutých štátov, iba hľadajú to právo, s ktorým má príslušný právny vzťah najvýznamnejší vzťah. Aplikuje ho 5 štátov,
- princíp lepšieho práva (*better-law-approach*) presadzuje použitie toho práva, ktorého pravidlá sú materiálne lepšie v danom prípade. Aplikujú ho 2 štáty,
- v ostatných 10 štátoch sa aplikujú rôzne kombinácie moderných prístupov.

Nevýhodou uvedených amerických prístupov je právna neistota a nepredvídateľnosť výsledku použitia rozhodného práva.

V iných štátoch angloamerického právneho systému taktiež zväčša neexistujú pevne stanovené kolízne normy a pri určovaní rozhodného práva sa vychádza zo súdnej praxe. Iná je situácia vo **Veľkej Británii**, v **Írsku** a na **Cypre**, v ktorých ako členských štátoch EÚ sa použijú kolízne normy Nariadenia Rím I (predtým Rímskeho dohovoru).

Rovnako v **európskych štátoch kontinentálneho právneho systému**, ktoré sú členskými štátmi EÚ, platí Nariadenie Rím I. To sa však vzťahuje len na vnútorný vzťah zo zastúpenia; otázky vonkajšieho vzťahu sú spod jeho pôsobnosti vylúčené. Preto sa na tieto otázky použijú národné právne poriadky, resp. čiastočne Nariadenie Rím II stanovujúce kolízne normy pre konanie bez príkazu (*negotiorum gestio*).

Hraničné určovatele pre vonkajší vzťah možno rozdeliť do dvoch skupín:

a) hraničné určovatele preferujúce zastúpeného (napr. ním zvolené právo, sídlo alebo bydlisko zastúpeného) a

b) hraničné určovatele preferujúce zástupcu (miesto, kde došlo k úkonu alebo činnosti zástupcu, miesto, kde sa nachádza prevádzkárňa zástupcu, miesto, kde zástupca koná, *lex causae* tzv. hlavnej zmluvy, ktorá má byť uzatvorená medzi zastúpeným a tretou osobou).

V **d'alších hospodársky významných** a potenciálne zaujímavých **štátoch** z hľadiska vytvárania distribučných kanálov v rámci obchodného zastúpenia, t. j. v Rusku, Číne a Japonsku existujú pre zmluvy o obchodnom zastúpení moderné kolízne úpravy viac-menej zodpovedajúce úprave v Nariadení Rím I alebo Rímskom dohovore. Iná situácia je však v **rozvojových krajinách**. Spomedzi nich viaceré voľbu práva pre zmluvu o obchodnom zastúpení buď priamo vylučujú alebo nepriamo znemožňujú (najmä viaceré štáty Latinskej Ameriky a Blízkeho Východu); cieľom je dosiahnuť výlučnú aplikáciu *legis fori*. V štátoch, v ktorých je voľba práva prípustná, je ako náhradný hraničný určovateľ často stanovený *lex loci contractus*, čo často prináša aplikačné problémy, preto odporúčame zvoliť si v takýchto prípadoch pre zmluvu o obchodnom zastúpení vždy rozhodné právo.

Právnym prameňom, ktorý donedávna platil vo vzťahu k všetkým členským štátom EÚ a niektorými autormi bol považovaný za súčasť **európskeho práva**, bol **Rímsky dohovor**. Mal prednosť aj pred aplikáciou českého a slovenského ZMPSP. Zakotvoval jednotné kolízne normy pre vnútorný vzťah vyplývajúci z obchodného zastúpenia, resp. zastúpenia všeobecne. Stanovoval preň nasledujúce hraničné určovatele:

a) voľbu práva, ktorá je však obmedzená, a to:

- vo vzťahu ku konkrétnym zmluvným typom (spotrebiteľským zmluvám, pracovným zmluvám),

- pokiaľ by došlo rozporu s imperatívnymi (kogentnými) normami štátu, s ktorým sú všetky ostatné prvky právneho vzťahu výlučne spojené (tým sa má zamedziť obchádzaniu kogentných noriem štátu umelým vytvorením cudzieho prvku),

- existenciou „medzinárodne“ imperatívnych noriem (medzi ktoré je v zmysle rozsudku ESD v spore Ingmar potrebné zaradiť aj Smernicu

86/653/EHS vzťahujúca sa na obchodných zástupcov, pokiaľ vykonávajú svoju činnosť v členskom štáte EÚ) a napokon

- výhradou verejného poriadku.

b) právny poriadok štátu, s ktorým má zmluva najužšiu väzbu; toto právo sa určí podľa určitých normatívne stanovených domniek (*presumptions*); obchodného zastúpenia sa pritom týka len domnieka miesta obvyklého pobytu alebo ústrednej správy osoby, ktorá má poskytnúť charakteristické plnenie pre zmluvu, resp. pre zmluvy uzatvorené v rámci výkonu obchodnej činnosti alebo povolenia tej zo zmluvných strán, ktorá má poskytnúť plnenie charakteristické pre zmluvu, umiestnenie hlavného, resp. iného miesta podnikania tejto strany. Na základe uvedeného je pre zmluvu o obchodnom zastúpení štandardne rozhodné právo, kde má obchodný zástupca svoje hlavné, resp. iné miesto podnikania. Tento hraničný určovateľ je presne opačný ako hraničný určovateľ pre zmluvy o obchodnom zastúpení určený naším ZMPSP [§ 10 ods. 2 písm. f)] a taktiež lepšie zodpovedá rozumnému kolíznemu usporiadaniu vzťahov zo zmluvy.

c) „skrytý“ hraničný určovateľ obsiahnutý v tzv. únikovej doložke; použije sa vtedy, ak iný štát vykazuje k zmluve užšie spojenie, než je uvedené ad b). Účelom únikovej doložky je v záujme kolíznej spravodlivosti dosiahnuť vzhľadom na všetky okolnosti prípadu aplikáciu práva štátu s najužším vzťahom k zmluve, na druhej strane možno z hľadiska dodržania princípu právnej istoty kritizovať jej nejasnosť a nepredvídateľnosť jej použitia.

Ďalšie hraničné určovatele stanovuje Rímsky dohovor pre prípad, ak by sa zmluva o obchodnom zastúpení posudzovala ako spotrebiteľská, resp. individuálna pracovná zmluva. Tieto hraničné určovatele favorizujú slabšie zmluvné strany, t. j. spotrebiteľa a zamestnanca.

V decembri 2009 nadobudlo účinnosť **Nariadenie Rím I**, ktoré nahradilo Rímsky dohovor. Odlišnosti medzi Nariadením Rím I a Rímskym dohovorom spočívajú predovšetkým v nasledovných aspektoch jednotlivých hraničných určovateľov pre vnútorný vzťah zo zastúpenia:

a) čo sa týka hraničného určovateľa voľby práva:

- uzavretie dohody o výlučnej právomoci jedného alebo viacerých súdnych orgánov (prorogačnej doložky) členského štátu sa považuje za jeden z dôležitých faktorov indikujúcich dohodu o voľbe práva takého členského štátu;

- v Preambule Nariadenia Rím I sa hovorí o možnosti zmluvných strán odkázať na právny poriadok neštátnej povahy alebo na medzinárodný dohovor. Aj keď význam tohto odkazu je sporný a my sa prikláňame skôr ku konzervatívnejmu výkladu, t. j. že to znamená odkaz na neštátne nástroje úpravy len v rámci právneho poriadku, ktorý je pre zmluvu rozhodný, treba oceniť už samotnú zmienku o možnosti odkazu na neštátne normy, pretože v Rímskom

dohovore absentuje akýkoľvek náznak odkazu, resp. dokonca voľby takýchto foriem úpravy zmluvných vzťahov;

- oproti Rímskemu dohovoru je Nariadenie Rím I prísnejšie pri úprave tzv. obchádzania zákona, pričom zákaz obchádzania kogentných noriem právneho poriadku, s ktorým majú všetky prvky právneho vzťahu v čase voľby práva väzbu, sa normatívne rozširuje na zákaz obchádzania kogentných noriem európskeho práva za rovnakých podmienok;

- nariadenie tiež modernejšie a praktickejšie definuje podmienky, za ktorých je obmedzená voľba práva v prípade spotrebiteľských zmlúv;

b) čo sa týka ostatných hraničných určovateľov pre vnútorný vzťah zo zastúpenia:

- Nariadenie Rím I zmenilo hierarchiu dôležitosti jednotlivých hraničných určovateľov (okrem voľby práva) oproti Rímskemu dohovoru – za najdôležitejšie sa považujú špeciálne hraničné určovatele pre jednotlivé zmluvné typy, nasleduje všeobecný hraničný určovateľ obvyklého pobytu zmluvnej strany, ktorá má uskutočniť plnenie charakteristické pre zmluvu a napokon je to „skrytý“ hraničný určovateľ zohľadňujúci najužšiu väzbu. V osobitných prípadoch sa pripúšťa úniková doložka. Je to presne opačná hierarchia, než akú zakotvuje Rímsky dohovor,

- pre pracovné zmluvy sa použije hraničný určovateľ miesta (štátu), z ktorého zamestnanec svoju prácu vykonáva, a to pre prípad, ak nemá obvyklé miesto výkonu práce, resp. nemá ho určené v zmluve.

Hraničné určovatele pre otázky súvisiace so zastúpením stanovuje v európskom práve aj **Nariadenie Rím II**, ktoré nadobudlo účinnosť v januári 2009. Podľa jeho ustanovení je hlavným hraničným určovateľom pre vzťah medzi konajúcim bez príkazu a osobou, za ktorú tak konal, voľba práva. Voľba práva je konštruovaná ako obmedzená. Tento hraničný určovateľ má prednosť pred ostatnými, ktorými sú *lex causae* zmluvného vzťahu, ktorý s konaním bez príkazu úzko súvisí, spoločný obvyklý pobyt subjektov právneho vzťahu a miesto, kde došlo ku konaniu bez príkazu. Pokiaľ sa zistí, že najužšie spojenie so záväzkom vzniknutým z konania bez príkazu vykazuje iný štát, než ktorého právny poriadok bol určený podľa uvedených hraničných určovateľov, použije sa právny poriadok tohto štátu (tzv. úniková doložka). Podľa nášho názoru je nevhodným hraničným určovateľom miesta, kde „nepravý zástupca“ konal. Konajúci bez príkazu si totiž sám určuje miesto, kde bude konať a takýmto spôsobom by si mohol sám „určiť“ aj rozhodné právo, ktoré by bolo preňho výhodné. Hraničný určovateľ miesta konania je za určitých okolností použiteľný pre určenie rozhodného práva medzi zastúpeným a treťou osobou, práve s ohľadom na ochranu práv dotknutých tretích osôb, ale pre „vnútorný vzťah“ medzi zástupcom a zastúpeným nedáva veľký zmysel. Oveľa vhodnejším sa nám javí hraničný určovateľ obvyklého pobytu oso-

by, k obstaraniu záležitosti ktorej úkony osoby konajúcej bez príkazu smerovali.

Haagsky dohovor je jedinou platnou medzinárodnou zmluvou komplexne unifikujúcou kolízne normy týkajúce sa zastúpenia, a to vonkajšieho aj vnútorného vzťahu. Hraničné určovatele pre vnútorný vzťah viac-menej zodpovedajú úprave v Nariadení Rím I a v Rímskom dohovore, preto aj pre ne platí to, čo sme uviedli pri výklade ohľadne týchto prameňov práva. Čo však je potrebné oceniť na úprave pre vonkajší vzťah je:

- voľba práva je umožnená pre vzťah medzi treťou osobou a zastúpeným a aj pre prípadný vzťah medzi treťou osobou a zástupcom,
- Haagsky dohovor počíta s uzatváraním zmlúv na diaľku a obsahuje pre tento prípad špeciálnu úpravu; na druhej strane treba povedať, že túto úpravu nemožno považovať za dostatočnú.

Dvojstranné medzinárodné zmluvy o právnej pomoci uzavreté medzi Českou republikou a Maďarskom, Poľskom a Mongolskom stanovujú pre zmluvné záväzkové vzťahy hraničný určovateľ *lex loci contractus*. Možno v čase uzavretia zmlúv (koniec osemdesiatych, v prípade Mongolska sedemdesiatych rokov) spĺňal svoj účel, v súčasnosti sa však – vzhľadom na časté uzatváranie zmlúv dištančne s využitím moderných elektronických a telekomunikačných prostriedkov – javí ako nevhodný. Tento problém sa do značnej miery vyriešil nadobudnutím účinnosti Nariadenia Rím I, ktoré má prednosť pred dvojstrannými zmluvami uzatvorenými s členskými štátmi EU; tieto dvojstranné zmluvy sa však vzťahujú na zmluvy o obchodnom zastúpení uzatvorené pred účinnosťou Nariadenia Rím I.

IV. Priama úprava vzťahov súvisiacich so zastúpením

Priamu úpravu vzťahov súvisiacich so zastúpením obsahuje predovšetkým medzinárodná zmluva – Dohovor o zastúpení pri medzinárodnej kúpe tovaru uzatvorený v Ženeve 17. 2. 1983 (Ženevský dohovor). **Ženevský dohovor** obsahuje priamu úpravu vonkajšieho vzťahu súvisiacu so zastúpením pri uzatváraní medzinárodných kúpnych zmlúv. Zatiaľ nenadobudol platnosť.

S priamou úpravou vzťahov súvisiacich so zastúpením úzko súvisí aj aplikácia tzv. pomocných prameňov práva v medzinárodnom obchode súhrnne nazývaných aj *lex mercatoria*. **Lex mercatoria** je systémom všeobecných princípov a obyčajových noriem, spontánne aplikovaných či vypracovaných v rámci medzinárodného obchodu, bez odvolávania sa na jednotlivé systémy národných právnych noriem. V niektorých prípadoch rozhodcovské súdy aplikujú *lex mercatoria* prostredníctvom prístupu tzv. priamej cesty (*voie directe*), t. j. bez toho, že by sa strany na *lex mercatoria* v zmluve odvolali. Je však potrebné zdôrazniť, že ohľadne zmlúv o obchodnom zastúpení sú známe len dva rozhodcovské nálezy, kde bola táto metóda uplatnená. Jeden z nich je známy prí-

pad Norsolor, kedy bol rozhodcovský rozsudok potvrdený aj štátnymi súdmi Rakúska.

Uznávanými zložkami *lex mercatoria* sú Zásady európskeho zmluvného práva (PECL) vypracované Komisiou európskeho zmluvného práva a Zásady medzinárodných obchodných zmlúv vypracované na pôde UNIDROIT. Otázky týkajúce sa zastúpenia priamo upravujú len PECL. Je v nich obsiahnutá len úprava vonkajšieho vzťahu, pričom sa rozlišuje medzi priamym a nepriamym zastúpením. Rovnako úpravu vonkajšieho vzťahu zo zastúpenia upravujú aj Zásady UNIDROIT.

PECL aj Zásady UNIDROIT sa majú použiť na konkrétnu zmluvu, ak sa zmluvné strany dohodli na tomto použití; môžu sa však použiť aj v prípade, ak sa strany dohodli, že sa ich zmluva má riadiť všeobecnými právnymi zásadami, *lex mercatoria* a podobnými zásadami alebo ak sa strany nedohodli na žiadnom systéme právnych noriem.

Zástancovia *lex mercatoria* zaznamenali v poslednej dobe určitý úspech, už len v tom, že Nariadenie Rím I sa zmieňuje o možnosti zahrnutia odkazu na právny poriadok neštátnej povahy alebo na medzinárodný dohovor do zmluvy.

V. Komparácia právnych úprav v jednotlivých štátoch a v európskom práve

Zjednocujúcim prameňom úpravy zmlúv o obchodnom zastúpení v členských štátoch ES/EÚ je **Smernica Rady z 18. decembra 1986 o koordinácii predpisov členských štátov týkajúcich sa samostatných obchodných zástupcov** č. 86/653/EHS. Táto smernica definuje obchodného zástupcu, podrobne stanovuje práva a povinnosti zmluvných strán najmä s ohľadom na ochranu práv obchodného zástupcu ako slabšej strany (s ohľadom na najneskorší okamih vzniku nároku na províziu, podmienky jej vyplatenia, nárok obchodného zástupcu na náhradu škody a na odškodnenie za získaných zákazníkov, delkredere a konkurenčné doložky) a spôsoby a lehoty na ukončenie zmluvy. Jednotlivé výkladové problémy sú podporené uvedením relevantných judikátov ESD.

Z hľadiska ďalšieho vývoja súkromného práva na európskej úrovni je potrebné sa zmieniť o iniciatívach smerujúcich k príprave jednotného európskeho súkromného práva. Aj keď ide o myšlienku značne vzdialenej budúcnosti, už v súčasnosti sú aktívne niektoré pracovné skupiny či komisie, ktoré si uvedenú víziu stanovujú ako konečný cieľ. Taktiež už sú k dispozícii niektoré dokumenty, ktoré by mali uvedenému cieľu napomôcť; zmieňme sa najmä o Spoločnom referenčnom rámci vypracovanom skupinou CFR-net a Zásadách európskeho zmluvného práva vypracovaných Komisiou európskeho zmluvného práva; okrem toho s podporou európskych inštitúcií pôsobí ešte Študijná skupina európskeho občianskeho zákonníka, ktorej cieľom je vypracovanie akejsi obdoby amerických *restatements* týkajúcich sa čiastkových oblastí súkromné-

ho práva a v konečnom dôsledku jednotného európskeho občianskeho zákonníka.

Smernica bola transponovaná do právnych poriadkov všetkých členských štátov EÚ. Odchýlky medzi národnými úpravami nie sú výrazné, zaujímavé je však sledovať rôzne vymedzenia obchodného zastúpenia voči iným formám zastúpenia či zastupiteľského vzťahu, čo má vplyv aj na riešenie kvalifikačného problému v rámci používania kolíznych noriem. Napr. v **Nemecku** je obchodné zastúpenie považované primárne za jednu z foriem zastúpenia (popri prokúre či obchodnom splnomocnení), a nie za druh zmluvného vzťahu, aj keď prirodzeným spôsobom jeho vzniku je práve zmluva.

Značná pozornosť je v predkladanom článku venovaná rozlíšeniu medzi obchodným zástupcom a zamestnancom (v mnohých štátoch nazývaným obchodným cestujúcim). Základnými rozlišovacími kritériami sú samostatnosť obchodného zástupcu na jednej strane (prejavujúca sa najmä slobodou pri určovaní náplne svojej činnosti a svojho pracovného času) a podriadenosť zamestnanca zamestnávateľovi na strane druhej (prejavujúca sa najmä nemožnosťou odchyliť sa od pokynov zamestnávateľa a jeho neobmedzenou kontrolou). Zatiaľ čo v **rakúskom** práve na odlíšenie pracovnej zmluvy od zmluvy o obchodnom zastúpení v prípade pochybností postačuje, ak sa strany výslovne dohodli na vzťahu z obchodného zastúpenia, v štátoch, kde je veľmi prísne pracovné zákonodarstvo, je toto rozlíšenie omnoho komplikovanejšie. Vo **francúzskom** práve reálne hrozí, že obchodný zástupca nebude považovaný za tzv. obchodného agenta (*agent commercial*), ktorý spadá pod režim Smernice, ale za tzv. obchodného cestujúceho VRP (*voyageur, représentant et placier*), na ktorého sa vzťahuje francúzsky Zákoník práce. Rozlíšenie medzi obidvoma kategóriami je značne nejasné; s istotou možno povedať len to, že VRP nemôžu byť právnické osoby a že popri svojej činnosti v prospech zastúpeného (zamestnávateľa) neobchodujú na vlastný účet. Okrem toho VRP nie sú ani osoby, ktoré samy zamestnávajú iných zamestnancov na výkon svojej činnosti a tiež nimi nie sú osoby, ktoré prevzali delkredeere záväzok. Značne rigorózna úprava platí v **Belgicku**. Podľa tamojšej legislatívy sa zmluva s obchodným zástupcom považuje za zmluvu pracovnú bez ohľadu na akékoľvek výslovné alebo mlčky dohodnuté ustanovenie zmluvy a bez ohľadu na jej pomenovanie, ibaže sa preukáže opak. Dôkazné bremeno nesie v takom prípade príkazca (zastúpený). Dôvodmi na preukázanie opaku sú najmä organizovanie aktivít zástupcu podľa vlastnej úvahy a jeho vlastné rozhodovanie o pracovnom čase. Pokiaľ sa však tieto okolnosti nepodaria zastúpenému preukázať, bude sa vzťah medzi ním a zástupcom riadiť pracovnoprávnymi predpismi.

Trochu liberálnejšiu úpravu, než je úprava v členských štátoch ES/EÚ zakotvuje **švajčiarsky** právny poriadok.

V štátoch angloamerického právneho systému spadá úprava obchodného zastúpenia pod režim tzv. *law of agency*, ktoré vychádza z precedenčného

práva *common law*. Pojem *agency* je definovaný ako právny vzťah, ktorý existuje medzi dvoma osobami, z ktorých jedna (agent) výslovne alebo konkludentne súhlasí, že druhá (principál) ju má zastupovať alebo za ňu konať a druhá podobne súhlasí tú prvú zastupovať alebo tak konať. Je to fiduciárny vzťah založený na vzájomnej dôvere medzi agentom a principálom a vo svojej čistej podobe je bezodplatný. Pre **Veľkú Britániu a Írsko** je záväzná Smernica č. 86/653/EHS o koordinácii predpisov členských štátov týkajúcich sa samostatných obchodných zástupcov, ktorej implementácia do vnútroštátneho právneho poriadku prebehla vydaním zákonných nariadení, tzv. *statutory instruments*, resp. *regulations* preberajúcich text Smernice. Vzhľadom však na to, že Smernica zakotvila inštitúty, ktoré sú *common law* cudzie, v praxi boli zaznamenané viaceré interpretačné problémy.

Úprava *law of agency* zahŕňa vnútorný i vonkajší vzťah zo zastúpenia; jeho rozsah použitia je značne široký – v kontinentálnom práve by bolo ekvivalentom vnútorného vzťahu zo zastúpenia viacero rôznych zmluvných typov v rôznych právnych odvetviach, vrátane občianskeho, obchodného, pracovného, rodinného či korporáčného práva, ale aj procesného práva a verejného práva všeobecne. *Law of agency* môžeme charakterizovať ako liberálnu úpravu, smerujúcu viac k ochrane principála, než zástupcu.

Agentské právo (*law of agency*) platí aj v **Spojených štátoch amerických**, kde patrí do právomoci jednotlivých štátov. Jeho súkromnoprávnu unifikáciu – všeobecne rešpektovanú (s výnimkou štátu Louisiana) – predstavuje *Restatement of the Law – Agency*, ktorého posledné znenie je z roku 2006. *Restatement* predstavuje veľmi dobre prepracovaný súhrn pravidiel pre vnútorný i vonkajší vzťah zo zastúpenia. Taktiež si zachováva značne liberálny charakter s dôrazom na ochranu zastúpeného a v rámci vonkajšieho vzťahu na ochranu tretej osoby.

Archaické agentské právo platí aj v **Indii**, je však na rozdiel od anglickej úpravy kodifikované – jednotlivé ustanovenia agentského práva obsahuje Indický zákon o zmluvách z roku 1872. Vykazuje spoločný základ s anglickou úpravou, existujú však aj viaceré odlišnosti, napr. *ex lege* zakotvenie práva na odplatu, výhradnosť agentského vzťahu alebo niektoré špeciálne prípady zaviazanosti agenta voči tretej osobe.

Japonská úprava obchodného zastúpenia je liberálna, aj keď v porovnaní s úpravou v európskych štátoch značne medzerovitá. Preto je potrebné snažiť sa čo najviac otázok – predovšetkým tých, ohľadne ktorých môže vzniknúť medzi stranami problém – upraviť výslovne v zmluve. Vzhľadom na striktné japonské protimonopolné zákonodarstvo nie je možné dohodnúť s obchodným zástupcom konkurenčnú doložku, ktorá by nadobudla platnosť po ukončení zmluvy. **Čínske** právo pojem obchodného zástupcu, resp. zmluvy o obchodnom zastúpení vôbec nepozná. Podľa povahy zmluvného vzťahu je však naň možné použiť právnu úpravu príbuzných zmluvných typov, ktorých úprava je celkom prepracovaná. Problémom je však chýbajúca judikatúra,

ktorá spôsobuje, že niektoré všeobecné právne pojmy je problematické interpretovať. Špecifikom čínskej ekonomiky je významná pozícia štátneho hospodárstva, čo má výrazný vplyv aj na právnu reguláciu. Existuje samostatný zákon o hospodárskych zmluvách so vzťahom k zahraničiu, ktorý stanovuje niektoré podmienky pre zmluvy so zahraničným prvkom, napr. ich obsahové a formálne náležitosti a podmienky aplikácie niektorých ďalších zmluvných inštitútov. V **ruskom** práve zodpovedá zmluve o obchodnom zastúpení tzv. agentská zmluva. Je to všeobecný zmluvný typ zahrňujúci dlhodobé vykonávanie právnych alebo iných úkonov agentom na účet princípála, a to buď v jeho mene alebo v mene agenta. Ruské právo je ohľadne úpravy agentského vzťahu pomerne liberálne. Vzhľadom však na niektoré rozporuplnosti v právnej úprave (napr. týkajúce sa okamihu vzniku nároku na províziu a jej splatnosti) odporúčame v prípade aplikácie ruského práva na zmluvu o obchodnom zastúpení dôležité veci upraviť čo najpresnejšie priamo v zmluve.

VI. Verejnoprávna úprava otázok súvisiacich so zastúpením

V záujme medzinárodnej spolupráce sú štáty zväčša ochotné pripustiť na právne vzťahy s cudzím prvkom aplikáciu zahraničných súkromnoprávných predpisov. Deje sa tak prostredníctvom kolíznych noriem (tam, kde kolízne normy nemajú, napr. v USA, prostredníctvom pravidiel vyplývajúcich zo súdnej judikatúry). Naproti tomu štáty nie sú ochotné upustiť od používania svojich noriem štátneho (ústavného), správneho, finančného a trestného práva a taktiež procesné normy. Ide o normy obsiahnuté vo **vnútroštátnych verejnoprávnych predpisoch**, ktoré priamo neupravujú práva a povinnosti strán a ich postavenie v záväzkových vzťahoch, vzhľadom na ich povahu je však nutné k nim prihliadnúť. Okrem toho sa verejnoprávna norma môže objaviť aj v súkromnoprávnom predpise, najmä pracovnoprávnej povahy. Tieto predpisy, resp. normy majú povahu „medzinárodne“ imperatívnych noriem (na rozdiel od vnútroštátnych kogentných noriem, ktoré je možné neaplikovať v prípade, ak rozhodným právom určeným kolíznou normou nie je tuzemské, ale cudzie právo).

Medzi verejnoprávne normy majúce vplyv na vzťahy súvisiace s obchodným zastúpením zaraďujeme predovšetkým daňové, devízové, menové predpisy, predpisy o ochrane hospodárskej súťaže, predpisy o ochrane spotrebiteľa, predpisy ustanovujúce podmienky pre začatie a výkon podnikania obchodných zástupcov, predpisy týkajúce sa exportu a importu, predpisy o cenných papieroch a taktiež predpisy týkajúce sa predchádzania a zabraňovania korupcii.

Osobitnú pozornosť je potrebné venovať **predpisom o ochrane hospodárskej súťaže** v podmienkach EU. Základným pravidlom vyplývajúcim zo Zmluvy o fungovaní EU je, že sú zakázané dohody medzi podnikateľmi, ktoré môžu ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi a ktoré majú za cieľ alebo následok

vylučovanie, obmedzovanie alebo skresľovanie hospodárskej súťaže v rámci spoločného trhu. Zmluvy o obchodnom zastúpení v zmysle judikatúry ESD a stanovísk Komisie pravidiel hospodárskej súťaže nenarúšajú (ani keď ide o výhradné zastúpenie, resp. ak je výkon činnosti obchodného zástupcu teritoriálne obmedzený); musia však byť splnené nasledujúce podmienky:

a) obchodný zástupca nesmie znášať finančné a obchodné riziká, ktoré sú typické pre prostredníka (podnikateľa, ktorý tovar nakúpi, nadobudne k nemu vlastnícke právo a ďalej ho vo svojom mene predá),

b) obchodný zástupca musí byť súčasťou predajnej siete zastúpeného,

c) zmluva o obchodnom zastúpení nesmie byť súčasťou všeobecnejšieho rámca, v ktorom obchodný zástupca reálne vystupuje ako distribútor/prostredník.

Pohl'ad na uvedené kritériá v poslednom období Komisia upravila vydaním Pokynov týkajúcich sa vertikálnych obmedzení konkurencie (*Guidelines on Vertical Restraints*). Podľa Pravidiel je hlavným kritériom pre rozlíšenie, či obchodný zástupca podlieha obmedzeniam o ochrane hospodárskej súťaže, finančné alebo obchodné riziko, ktoré nesie vo vzťahu k činnostiam vykonávaným pre zastúpeného. Pokiaľ tieto riziká znáša zastúpený a obchodný zástupca ich neznáša vôbec, resp. len v nepatrnej miere, ide o tzv. „pravú“ zmluvu o obchodnom zastúpení, ktorá ustanoveniam Zmluvy o fungovaní EU nepodlieha; v opačnom prípade zmluva o obchodnom zastúpení ako tzv. „nepravá“ môže byť posúdená ako narušujúca hospodársku súťaž.

Viacere, najmä rozvojové štáty stanovujú prísne **podmienky pre začatie podnikania obchodných zástupcov na ich území**. Zaradujeme tu najmä povinnosť registrácie alebo schválenia zmluvy o obchodnom zastúpení (v niektorých štátoch ide len o štandardnú administratívnu povinnosť, v iných je však podmienkou platnosti zmluvy, resp. vymožitelnosti práv z nej vyplývajúcich); povinnosť získať osobitné štátne, resp. iné povolenie; obmedzenia týkajúce sa dĺžky pobytu alebo štátnej príslušnosti obchodného zástupcu, resp. vlastníkov právnickej osoby, ktorá je obchodným zástupcom; ako aj obmedzenia spočívajúce v tom, že činnosť obchodného zástupcu môže vykonávať len právnická osoba, ktorá má určitú právnu formu.

Príliš rigorózne verejnoprávne predpisy, najmä v rozvojových štátoch, je potrebné podrobiť kritike. Väčšinou sú motivované na jednej strane snahou maximálne regulovať činnosť obchodných zástupcov na svojom území, na druhej strane protekcionistickými praktikami smerujúcimi k ochrane zástupcov i vlastnej ekonomiky. To, že takýto prístup nenapomáha zahraničnému obchodu ani rozvoju príslušných hospodárskych systémov, sa v histórii ukázalo už viackrát. Je preto otázna udržateľnosť i trvácnosť takýchto opatrení. V praxi zahraničnoobchodných vzťahov však podnikateľom, ktorí chcú svoje tovary alebo služby distribuovať do uvedených štátov neostáva nič iné, len tamojšiu právnu úpravu rešpektovať.

Aj niektoré **medzinárodné zmluvy verejnoprávnej povahy** majú významný vplyv na obchodné zastúpenie. Zaraďujeme tu najmä dvojstranné zmluvy (napr. zmluvy o zamedzení dvojakého zdanenia, obchodné a platobné dohody), ale aj niektoré mnohostranné zmluvy (týkajúce sa napr. ochrany priemyselného vlastníctva, zabraňovania korupcii alebo leteckej prepravy).

VII. Záver

Zastúpenie v medzinárodnom obchode je upravované veľmi rôznorodými právnymi normami rôzneho pôvodu (medzinárodného, európskeho, vnútroštátneho i neštátneho), čo spôsobuje značnú neprehľadnosť právnej úpravy. Predkladaný článok sa snažil uvedené problémy roztriediť, osobitne ich popísať, analyzovať a vyhodnotiť a celkovo náročnú a rôznorodú právnu problematiku zosystemizovať a sprehľadniť. Osobitnú pozornosť venujeme najnovšie prijatým právnym úpravám (najmä na európskej úrovni) a snažíme sa poukázať na ich prínosy, resp. nedostatky, čo by mohlo v čase ešte sa len vytvárajúcej judikatúry podnietiť diskusiu o aplikácii niektorých sporných ustanovení o niektorých námetoch *de lege ferenda*.

Literatúra

1. Baratta, R.: The Process of Characterization in the EC Conflict of Laws: Suggesting a Flexible Approach. In.: Yearbook of Private International Law, Volume VI – 2004. Bern – München: Sellier. European Law Publishers GmbH, Stämpfli Publishers Ltd. Berne and Swiss Institute of Comparative Law, 2005.
2. Basedow, J.: Das Vertretungsrecht im Spiegel konkurrierender Harmonisierungsentwürfe. In.: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, č. 45/1981.
3. Beneš, V. – Konopík, E.: Obchodní zastoupení v zahraničí. Praha: ČSOPK, 1990.
4. Boele-Woelki, K.: Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge. In.: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 1997.
5. Bortolotti, F.: Antitrust Rules of the European Union Applicable to Agency and Distribution Contracts, 2005. Článok uverejnený na www.idiproject.com.
6. Bortolotti, F.: Choice of Law and Jurisdiction in Agency and Distribution Agreements, 2007. Článok je uverejnený na www.idiproject.com.
7. Breiter, G.: Commercial Agency. Country Report Austria, 2007. Článok uverejnený na www.idiproject.com.
8. Busch, D.: Indirect Representation and the Lando Principles. An Analysis of Some Problem Areas from the Perspective of English Law. In.: Electronic Journal of Comparative Law, č. 2.3/1998. Článok je prístupný na stránke www.ejcl.org.
9. Cúth, J. a kol.: Medzinárodné obchodné právo. Bratislava: Obzor, 1983.
10. Cúth, J.: Medzinárodné právo súkromné. Osobitná časť. Právnická fakulta

Univerzity Komenského, Bratislava, 1989.

11. Čorba, J. (ed.): Európske právo na Slovensku. Bratislava: Nadácia Kalligram, 2003.

12. Detzer, K. – Ullrich, C.: Gestaltung von Verträgen mit ausländischen Handelsvertretern und Vertragshändlern. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2000.

13. Detzer, K. – Zwernemann, D. – Schmitt, H.: Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1997.

14. Ferrari, F. – Leible, S. (Hrsg.): Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2007.

15. Firsching, K. – von Hoffmann, B.: Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts. München: C. H. Beck, 2000.

16. Freitag, R. – Leible, S.: Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie – Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit? In.: Recht der internationalen Wirtschaft, č. 4/2001.

17. Hang, Y. Y.: The Commercial Code of Japan. Boston: The Boston Book Company, 1911.

18. Hay, P. – Müller-Freienfels, W.: Agency in the Conflict of Laws and The 1978 Hague Convention. In.: The American Journal of Comparative Law, č. 27/1979.

19. Chlebcová, R.: Modernizace čl. 5 Římské úmluvy: Nová koncepce ochrany spotřebitele? In.: Acta Universitatis Brunensis – Iuridica, zv. 327, r. 2008 (Současné aktuální otázky spotřebitelského práva).

20. Jayme, E.: Zur Qualifikationsverweisung im internationalen Privatrecht. In.: Zeitschrift für Rechtsvergleichung, č. 17/1976.

21. Kegel, G. – Schurig, K.: Internationales Privatrecht. München: C. H. Beck, 2004.

22. Keselá, J.: Právo v medzinárodnom obchode. Bratislava: Edičné stredisko Ekonomickej univerzity v Bratislave, 1994

23. Kleinberger, D. S.: Agency and Partnership – Examples and Explanations. Boston – New York – Toronto – London: Little, Brown and Company, 1995.

24. Klučka, J. – Mazák, J. a kol.: Základy európskeho práva. Bratislava: IURA EDITION, 2004.

25. Knapp, V.: Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy). Praha: C. H. Beck, 1996.

26. Knapp, V. – Knappová, M. a kol.: Občanské právo hmotné. Svazek I. Praha: CODEX, 1997.

27. Kozuka, S. – Watanabe, Y.: Commercial Agency. Country Report Japan, 2007. Článok uverejnený na www.idiproject.com.

28. Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé. Brno: Doplněk, 1999.

29. Kučera, Z.: Vybrané otázky srovnávacího mezinárodního práva soukromého. Praha: Karolinum, 1996.

30. Kučera, Z. – Tichý, L.: Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. Praha: Panorama, 1989.
31. Lazar, J. a kol.: Základy občianskeho hmotného práva. 1. zväzok. Bratislava: IURA EDITION, 2004.
32. Mariel, F.: Le contrat de franchise et la représentation commerciale á l'étranger. In.: Sborník přednášek francouzských učitelů na Právnické fakultě MU v letech 1997-1998. Masarykova univerzita, Brno, 1998.
33. Meeussen, I.: Commercial Agency. Country Report Belgium, 2004. Článek uveřejněný na www.idiproject.com.
34. Pauknerová, M.: Evropské mezinárodní právo soukromé. Praha: C. H. Beck, 2008.
35. Pauknerová, M.: K některým stále aktuálním otázkám obchodních smluv s mezinárodním prvkem. II. část. In.: Právní praxe v podnikání, č. 12/1994.
36. Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl. Praha: CODEX Bohemia, 1998.
37. Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 2. díl. Praha: CODEX Bohemia, 1998.
38. Pfeifer, M. G.: The Hague Convention on the Law Applicable to Agency. In.: American Journal of Comparative Law, č. 26/1978.
39. Rozehnalová, N.: Právo mezinárodního obchodu. Brno: Masarykova univerzita, 2004.
40. Rozehnalová, N.: Určení fora a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem – I. část. In.: Bulletin advokacie, č. 4/2005.
41. Rozehnalová, N. – Týč, V. – Novotná, M.: Evropské mezinárodní právo soukromé. Brno: Masarykova univerzita, 1998.
42. Růžička, K.: Jak obchodovat se zahraničím? Ostrava: MONTANEX, 1994.
43. Růžička, K.: Právní otázky obchodování se zahraničím. MONTANEX, Ostrava, 1998.
44. Růžička, K.: Volba práva. In.: Právo a podnikání, č. 1/1996.
45. Scoles, E. F. – Hay, P. – Borchers, P. J. – Symeonides, S. C.: Conflict of Laws. St. Paul: West Group, 2000.
46. Sheehan, D.: Negotiorum Gestio: A Civilian concept in the Common Law? In.: International and Comparative Law Quarterly, č. 2/2006.
47. Selucká, M.: Přezkum a revize spotřebitelského acquis. In.: Acta Universitatis Brunensis – Iuridica, zv. 327, r. 2008 (Současné aktuální otázky spotřebitelského práva).
48. Tang, J.: Commercial Agency. Country Report China, 2006. Článek uveřejněný na www.idiproject.com.
49. Thouvenin, A.: Commercial Agency. Country Report Switzerland, 2006. Článek uveřejněný na www.idiproject.com.
50. Tichý, L. – Arnold, R. – Svoboda, P. – Zemánek, J. – Král, R.: Evropské právo. Praha: C.H. Beck, 1999.
51. Vishny, P. H.: Guide to International Commerce Law. Colorado Springs: Shephard's/McGraw-Hill, Inc., 1981 (aktualizované v júlí 2000).
52. von Bar, Ch.: Internationale Privatrecht – Zweiter Band. Besonderer Teil. München: C. H. Beck, 1991, str. 345
53. Weber, O. – Kroft, M.: Kde končí zmluvná sloboda. Ekonomický a právny

poradca podnikateľa, č. 9/2000.

54. Winkler, M.: Voľba práva (lex electa) pre záväzkové vzťahy zo zmlúv. In.: Justičná revue, č. 6-7/2004.

55. Zásady medzinárodných obchodných zmlúv UNIDROIT. Bratislava: IURA EDITION, 1996.

Участие Российской Федерации в международной торговле услугами в области здравоохранения: отдельные аспекты

Dr. Ksenija Korobko, PhD.

Syktvyvskarská štátna univerzita, Ruská federácia

Сохранение и укрепление здоровья граждан является первоочередной задачей каждого государства. Политика современных государств направлена на формирование здорового образа жизни нации, осознание ценности жизни. В связи с вышеизложенным особую актуальность приобретают вопросы международно-правового регулирования мировой торговли медицинскими услугами.

Основным документом, регулирующим международную торговлю услугами, является Генеральное соглашение по торговле услугами (ГАТС)¹, действие которого распространяется на членов Всемирной торговой организации (ВТО). Исходя из преамбулы ГАТС следует, что оно является многосторонним сводом принципов и правил для торговли услугами с целью расширения такой торговли на условиях гласности и постепенной либерализации и как средство содействия экономическому росту всех торговых партнеров и развитию развивающихся стран.

Предметом регламентации ГАТС являются «услуги», включающие в себя любую услугу в любом секторе, за исключением услуг, поставляемых при осуществлении функций правительственной власти. В рамках ВТО все услуги классифицированы в 12 секторов, одним из которых является сектор услуг в области здравоохранения и социального обеспечения.

Применительно к услугам в области здравоохранения ГАТС выделяет четыре способа поставки таких услуг:

1. С территории одного государства-члена ВТО на территорию любого другого государства-члена ВТО. Данный вид поставки медицинских услуг предоставляет возможность государствам-членам ВТО оказания некоторых медицинских услуг на расстоянии и непосредственно связан с появлением новых технологий связи².

2. На территории одного государства-члена ВТО потребителю услуг любого другого государства-члена ВТО. При осуществлении данного вида поставки осуществляется экспорт медицинских услуг в связи с

¹ <http://law7.ru/legal2/se8/pravo8455/index.htm> (дата обращения 27.08.2011г.)

² Азходжаева Р.А. Международно-правовое регулирование медицинских услуг // Юрист-международник. 2008. № 1. С. 13.

лечением иностранных клиентов на территории государства-члена ВТО.

3. Поставщик услуг одного государства-члена ВТО осуществляет коммерческое присутствие на территории любого другого государства-члена ВТО. При этом, в рамках ГАТС «коммерческое присутствие» означает любую форму делового или профессионального учреждения, включая посредством учреждения, приобретения или сохранения юридического лица или создания и пользования филиала или представительства.

4. Поставка услуг одного государства-члена ВТО путем присутствия физических лиц государства-члена ВТО на территории любого другого государства-члена ВТО. Данный способ охватывает случаи поставки услуг при помощи личного перемещения поставщика услуги за пределы страны гражданства. При этом способе услуга предлагается при личном присутствии физического лица-иностранца³.

Однако, необходимо отметить, что на сегодняшний день отсутствуют документально подтвержденные доказательства того, что в любом секторе оказания услуг существует четкая связь «любого значительного увеличения потоков прямых иностранных инвестиций в развивающиеся страны с заключением Генерального соглашения ВТО по торговле услугами»⁴. Таким образом, общее влияние ГАТС на международную торговлю, в том числе медицинскими услугами, остается незначительным до настоящего момента. В связи с вышеизложенным, для развития рынка международных медицинских услуг применительно к той или иной стране, ключевой акцент должен быть сделан на национальную политику⁵.

На сегодняшний день Российская Федерация не является членом ВТО, однако ее национальный режим в сфере здравоохранения полностью соответствует требованию ГАТС об установлении национального режима, в соответствие с которым каждое государство-член ВТО предоставляет услугам и поставщикам услуг любого другого государства-члена ВТО в отношении всех мер, затрагивающих поставку услуг, режим, не менее благоприятный, чем тот, который он предоставляет аналогичным отечественным услугам или поставщикам услуг.

³ Шумилов В.М. Всемирная торговая организация: Учеб. Пособие. М.: ТК ВЕЛБИ: Проспект, 2006.

⁴ Masbayekbi M/ GATS 2000 Negotiations: Options for Developing Countries: A Positive Agenda for Developing Countries: Issues for Future Trade Negotiations. UNCTAD (Document № UNCTAD/ITCD/TSB/10). 2000.

⁵ Азходжаева Р.А.: Указ.соч. С. 17.

Раскрывая современное состояние системы здравоохранения в Российской Федерации, необходимо отметить, что в конце XX века в Российской Федерации назрела очевидная необходимость в проведении срочных коренных изменений в существующей модели здравоохранения. Внедрение обязательного медицинского страхования, по мнению реформаторов, должно было стать тем инструментом, посредством которого требуемые комплексные изменения могли бы реализоваться.

На сегодняшний день на территории Российской Федерации действует Федеральный закон «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» от 29 ноября 2010г. № 326-ФЗ, в пункте 1 статьи 3 которого указывается, что обязательное медицинское страхование - вид обязательного социального страхования, представляющий собой систему создаваемых государством правовых, экономических и организационных мер, направленных на обеспечение при наступлении страхового случая гарантий бесплатного оказания застрахованному лицу медицинской помощи за счет средств обязательного медицинского страхования в пределах территориальной программы обязательного медицинского страхования и в установленных настоящим Федеральным законом случаях в пределах базовой программы обязательного медицинского страхования.

За счет средств, поступающих в рамках обязательного медицинского страхования, граждане реализуют свое право на бесплатную медицинскую помощь в государственной и муниципальной системах здравоохранения.

Также в статье 20 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан⁶ указывается, что граждане имеют право на дополнительные медицинские и иные услуги на основе программ добровольного медицинского страхования.

Альтернативным обязательному и добровольному медицинскому страхованию способом получения качественной и своевременной медицинской помощи является получение медицинской помощи у субъектов частной системы здравоохранения.

В Основах законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан предусматривается существование в Российской Федерации государственной, муниципальной и частной системы здравоохранения. В соответствие со статьей 14 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан «к частной системе здравоохранения относятся лечебно-профилактические и аптечные учреждения, имущество которых находится в частной собственности, а

⁶ Вестник СНД и ВС РФ. 1993. № 33. Ст. 1318.

также лица, занимающиеся частной медицинской практикой и частной фармацевтической деятельностью».

Частная система здравоохранения в Российской Федерации в последние 10 лет является одним из самых быстрорастущих секторов экономики. С 1998 по 2008 год объем частной медицины в стране вырос в 10 раз⁷. Сегмент рынка, занимаемый субъектами частной системы здравоохранения, развивается со скоростью 12% в год. Однако, доля субъектов частной системы здравоохранения в Российской Федерации не превышает 5-10% от общего количества субъектов медицинской деятельности (для сравнения: в Израиле – 12%, в странах ЕС – 15%, а в США – 20%).

Анализируя субъектный состав частной системы здравоохранения, необходимо отметить, что из общего количества лиц, осуществляющих свою деятельность в рамках частной системы здравоохранения, 96,8 % субъектов зарегистрировано в качестве юридических лиц и только 3,2 % зарегистрировано в качестве индивидуальных предпринимателей.

Возвращаясь к вопросу определения способов поставки услуг в области здравоохранения в рамках мировой торговли, необходимо отметить, что Российская Федерация, по мнению автора, наиболее активно участвует в реализации следующих способов поставки услуг в области здравоохранения.

Одним из динамично развивающихся способов мировой торговли медицинскими услугами является так называемый «оздоровительный туризм». Так, ряд стран определил «оздоровительный туризм» в качестве экономической возможности в целях развития, при помощи оказания комплексных услуг по более низкой цене, предоставляя комплексные меры по медицинскому обслуживанию и реализуя их иностранным пациентам⁸. В частности, в последнее время российские граждане направляются в Германию, Израиль, Швейцарию, Австрию, Австралию, Францию, Сингапур и другие страны для лечения сложных медицинских случаев — онкологических, гематологических, кардиохирургических, ортопедических, нейрохирургических болезней, которые не удастся диагностировать или вылечить в Российской Федерации.

Также необходимо отметить, что в Российской Федерации наблюдается процесс покидания ее врачами-профессионалами и специалистами с высокой квалификацией для работы в странах, где их уровень жизни и доход будет значительно выше, чем тот, на который они могут рассчитывать в Российской Федерации.

⁷ Бриз Т. О частном по-честному // Медицинский вестник. – 2009. - № 10. СПС «Консультант Плюс».

⁸ Азходжаева Р.А.: Указ.соч. С. 14.

По мнению автора статьи, наиболее перспективным способом международной поставки медицинских услуг является поставка услуг соответствующими субъектами иностранных государств путем коммерческого присутствия на территории Российской Федерации. Данный способ охватывает предложение услуг потребителю при помощи постоянного коммерческого присутствия и получения статуса юридического лица. В этом случае поставщик услуг может создать предприятие по праву страны пребывания: он может открыть филиал, отделение своего предприятия или даже ограничиться заключением соответствующего договора с агентом, посредниками или представителями в стране поставки услуг⁹.

В соответствие с пунктом 1 статьи 4 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 года № 160-ФЗ¹⁰ правовой режим деятельности иностранных инвесторов и использования полученной от инвестиций прибыли не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности и использования полученной от инвестиций прибыли, предоставленный российским инвесторам, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами.

В связи с вышеизложенным, ко всем субъектам, осуществляющим свою деятельность в рамках частной системы здравоохранения, в том числе с иностранным элементом, предъявляется ряд одинаковых требований.

В соответствие со статьей 2 Гражданского кодекса РФ правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом. В статье 51 Гражданского кодекса РФ указывается, что юридическое лицо подлежит государственной регистрации в уполномоченном государственном органе в порядке, определяемом законом о государственной регистрации юридических лиц¹¹. Также статье 23 Гражданского кодекса РФ закрепляется, что гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. Таким образом, для юридических лиц и индивидуальных предпринимателей обязательным условием начала осуществления деятельности является наличие государственной регистрации.

⁹ Шумилов В.М.: Указ.соч. С. 152.

¹⁰ Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

¹¹ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

В соответствии с пунктом 3 статьи 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства¹². В пункте 96 статьи 17 Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» предусматривается, что медицинская деятельность входит в перечень видов деятельности, на осуществление которых требуется лицензия¹³. Таким образом, для субъектов всех систем здравоохранения, в том числе и частной, обязательным условием осуществления медицинской деятельности является получение лицензии.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» лицензирование – мероприятия, связанные с предоставлением лицензий, переоформлением документов, подтверждающих наличие лицензии, приостановлением действия лицензий в случае административного приостановления деятельности лицензиатов за нарушение лицензионных требований и условий, возобновлением или прекращением действия лицензий, аннулированием лицензий, контролем лицензирующих органов за соблюдением лицензиатами при осуществлении лицензируемых видов деятельности соответствующих лицензионных требований и условий, ведением реестров лицензий, а также с предоставлением в установленном порядке заинтересованным лицам сведений из реестров лицензий и иной информации о лицензировании.

При этом в целях вышеуказанного федерального закона под лицензиатом понимается юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, имеющие лицензию на осуществление конкретного вида деятельности; под соискателем лицензии – юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, обратившиеся в лицензирующий орган с заявлением о предоставлении лицензии на осуществление конкретного вида деятельности. Таким образом, никаких ограничений для иностранных субъектов в сфере лицензирования в законодательстве не содержится.

По вопросу осуществления медицинской деятельности Правительством Российской Федерации утверждено Положение о лицензировании

¹² Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) // Российская газета. 25.12.1993. № 327.

¹³ Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 33 (часть I). Ст. 3430.

медицинской деятельности¹⁴, в котором определен порядок лицензирования медицинской деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями.

Также необходимо отметить, что к индивидуальным предпринимателям, осуществляющим частную медицинскую практику, помимо наличия государственной регистрации и лицензии на медицинскую деятельность, предъявляются дополнительные требования. В частности, в статье 56 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан закреплено, что право на занятие частной медицинской практикой имеют лица, получившие диплом о высшем или среднем медицинском образовании, сертификат специалиста и лицензию на медицинскую деятельность.

Анализируя объем всех предоставляемых в Российской Федерации платных медицинских услуг, необходимо отметить, что за период с 2000г. по 2009г. объем предоставляемых платных медицинских услуг вырос с 27448240,3 рублей до 222950155,5 рублей в год¹⁵. Однако, не смотря на столь динамичное развитие рынка платных медицинских услуг, объем иностранных инвестиций в сферу здравоохранения Российской Федерации остается весьма незначительным. Так, за период с января по март 2011г. в сферу здравоохранения и предоставления социальных услуг Российской Федерации поступило иностранных инвестиций на сумму 170778,38 тысяч долларов, что составило всего 0,1 % от общей суммы поступивших в экономику Российской Федерации иностранных инвестиций¹⁶.

Изучив политику Российской Федерации в сфере здравоохранения, хотелось бы отметить ряд ее направлений, которые, по мнению автора, способствуют увеличению поступления иностранных инвестиций в здравоохранение Российской Федерации, а также высказать ряд предложений, которые могут способствовать увеличению иностранных инвестиций в указанную сферу.

В силу статьи 8 Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 08.08.2001 № 128-ФЗ срок действия лицензии не может быть менее чем пять лет. Срок действия лицензии по его окончании может быть продлен по заявлению лицензиата. Таким образом, фактически срок действия лицензии на сегодняшний день составляет 5 лет, после чего лицензия подлежит продлению в порядке переоформления.

¹⁴ Постановление Правительства Российской Федерации от 22 января 2007г. № 30 «Об утверждении Положения о лицензировании медицинской деятельности» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 5. Ст. 656.

¹⁵ <http://www.gks.ru/dbscripts/Cbsd/DBInet.cgi> (дата общения 27.08.2011г.).

¹⁶ www.gks.rudbcriptsCbsdDBInet.cgi.htm (дата обращения 27.08.2011г.).

Однако, Федеральный закон «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 08.08.2001 № 128-ФЗ утрачивает силу в связи с изданием Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 04.05.2011 № 99-ФЗ, вступающего в силу по истечении 180 дней после дня официального опубликования.

В соответствии с пунктом 4 статьи 9 Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 04.05.2011 № 99-ФЗ действие лицензии становится бессрочным. Таким образом, субъекты, осуществляющие медицинскую деятельность, освобождаются от необходимости продлевать лицензию.

Необходимо отметить, что разработчиками проекта нового Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» предлагалось с 1 января 2013 года отменить лицензирование медицинской деятельности. В своем Заключении по проекту Комитет Государственной Думы Российской Федерации по собственности указал, что при решении вопроса о прекращении лицензирования медицинской деятельности надлежащее качество медицинских услуг может напрямую угрожать жизни и здоровью граждан Российской Федерации в связи с тем, что эти виды деятельности имеют особую социальную значимость. В рассматриваемом законопроекте не содержится правовых норм о замене лицензирования на какие-либо иные методы государственного регулирования. В указанном законопроекте также не предлагается заменить лицензирование медицинской деятельности саморегулированием.

На основании вышеизложенного в пункте 46 статьи 12 Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 04.05.2011 № 99-ФЗ лицензирование медицинской деятельности было сохранено.

Одним из наиболее эффективных механизмов развития российского здравоохранения и увеличения количества поступающих иностранных инвестиций является внедрение и реализация механизма государственно-частного партнерства.

Основной аргумент в поддержку государственно-частного партнерства состоит в том, что и общественный (государственный), и частный секторы обладают своими собственными уникальными характеристиками и преимуществами, при объединении которых создается возможность более эффективно действовать и достигать лучших результатов именно в тех сферах, где особенно заметны «провалы рынка» или неэффективность государственного управления – как правило, это социальная сфера, проблема экологии, создание

инфраструктуры¹⁷. Специфика государственно-частного партнерства в сфере здравоохранения в Российской Федерации заключается в особом предмете – частный партнер допускается к виду деятельности, исторически осуществляемому государством.

Необходимо отметить, что на сегодняшний день отсутствует детальная регламентация института государственно-частного партнерства на уровне Российской Федерации. Отдельные аспекты государственно-частного партнерства регулируются Федеральным законом «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», Федеральным законом Российской Федерации от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»¹⁸, Постановлением Правительства Российской Федерации от 14 февраля 2009 г. № 138 «Об утверждении Типового концессионного соглашения с отношении объектов здравоохранения, в том числе объектов, предназначенных для санаторно-курортного лечения»¹⁹, Бюджетным кодексом Российской Федерации²⁰, Налоговым кодексом Российской Федерации²¹. Отдельные аспекты государственно-частного партнерства регулируются подзаконными нормативными актами: Указами Президента РФ, Постановлениями Правительства РФ и другими. Однако, данные нормативные правовые акты в большинстве своем регламентируют предмет партнерства, оставляя в стороне саму процедуру его осуществления.

В ряде субъектов Российской Федерации предприняты шаги по регулированию института государственно-частного партнерства: приняты нормативные правовые акты по вопросам реализации государственно-частного партнерства.

¹⁷ Нелюбова Н.Н. Государственно-частное партнерство в реализации стратегии развития // Региональная экономика: теория и практика. 2007. № 11 (50). СПС «Консультант Плюс».

¹⁸ Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» // Собрание законодательства РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126. (далее по тексту - Федеральный закон «О концессионных соглашениях»).

¹⁹ Постановление Правительства РФ от 14 февраля 2009 г. № 138 «Об утверждении типового концессионного соглашения в отношении объектов здравоохранения, в том числе объектов, предназначенных для санаторно-курортного лечения» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 9. Ст. 1106. (далее по тексту - Типовое концессионное соглашение в отношении объектов здравоохранения, в том числе объектов, предназначенных для санаторно-курортного лечения).

²⁰ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3823. (далее по тексту – Бюджетный кодекс РФ).

²¹ Налоговый кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3824. (далее по тексту – Налоговый кодекс РФ).

Действующим законодательством не дано легальное определение понятия «государственно-частное партнерство». Предлагаем раскрыть сущность рассматриваемого явления через выделение особенностей механизма государственно-частного партнерства, присущих таким партнерствам во всех сферах деятельности, в том числе в сфере здравоохранения:

1. Стороны взаимоотношений должны быть представлены как публично-правовыми, так и частно-правовыми структурами.
2. Стороны партнерства владеют равным объемом правомочий, то есть они равноправны: стороны самостоятельно распределяют возможные риски и расходы, а также участвуют в распределении полученного результата.
3. Стороны партнерства объединяют свои капиталы для реализации проекта государственно-частного партнерства: частные инвестиции дополняются государственными финансовыми ресурсами.
4. Партнерство сторон должно быть взаимовыгодным: при этом условии государство стремится увеличить объем и качество предоставляемых населению медицинских услуг, укрепить здоровье граждан, а частный сектор посредством такого партнерства стремится извлечь максимальную прибыль на фоне реализации обозначенных социальных целей.
5. Указанное партнерство должно носить некую правовую форму (договор, контракт, соглашение и т.д.).
6. Реализация проекта в рамках государственно-частного партнерства носит продолжительный характер.

В связи с активным развитием экономики Российской Федерации, установлением на государственном уровне приоритетов, направленных на сохранение и укрепление здоровья нации, тема государственно-частного партнерства является на сегодняшний день весьма актуальной. Реализация государственно-частного партнерства в сфере здравоохранения позволяет Российской Федерации достичь ряд целей:

1. повысить реальный уровень здоровья граждан;
2. повысить эффективность взаимодействия государства и медицинского бизнеса;
3. повысить качество медицинского обслуживания населения, технологического оснащения объектов здравоохранения, а также уровень сервиса;
4. увеличить эффективность использования государственных ресурсов здравоохранения;

5. повысить эффективность исполнения государственных полномочий в области охраны здоровья населения, что, в свою очередь, повлечет рост доверия граждан к системе государственного здравоохранения;
6. обеспечить перераспределение государственных ресурсов и отвлечь их от сферы здравоохранения, что способствует укреплению экономической мощи государства;
7. привлечь высококвалифицированных специалистов из ведущих мировых клиник.

Считаем, что в рамках реализации государственно-частного партнерства с иностранным элементом оптимальными будут следующие формы такого партнерства: заключение концессионных соглашений, объединение инвестиций публичного и частного партнеров, заказ на оказываемые медицинские услуги для государственных и муниципальных нужд.

Интересным представляется результат исследования, направленного на анализ мирового опыта использования государственно-частного партнерства в различных отраслях экономики, в том числе и здравоохранении²². Анализ произвольно выбранных 615 проектов государственно-частного партнерства в странах «Большой семерки» показал, что по количеству проектов на первом месте стоят проекты в сфере здравоохранения (184 проекта), на втором месте – образование (138 проектов), на третьем месте – автодороги (92 проекта).

В других развитых странах, к которым в соответствии с классификацией ООН отнесены экономически высокоразвитые страны, страны со средним уровнем развития капитализма, развитые страны, ситуация складывается несколько иначе. На первом месте по числу проектов, реализованных в рамках государственно-частного партнерства, находится отрасль, связанная с реконструкцией автодорог (93 проекта из 241), на втором месте находится здравоохранение (23 проекта из 241).

В развивающихся странах на первом месте по количеству проектов в рамках государственно-частного партнерства находятся такие объекты как автодороги, водоочистные сооружения, тюрьмы, аэропорты, а уже далеко не на первом месте, в одном ряду с использованием отходов, железными дорогами, легким наземным метро, образованием, средствами размещения, находится здравоохранение.

²² Рожкова С. Анализ мирового опыта использования государственно-частного партнерства в различных отраслях экономики // Инвестиции в России. 2008. № 1 (352). С. 51.

Таким образом, чем выше уровень социально-экономического развития страны, тем больше государственно-частных проектов в сфере здравоохранения реализуется в общем их количестве.

На сегодняшний день количество реализуемых в Российской Федерации проектов в рамках государственно-частного партнерства, в том числе с участием иностранного элемента, остается незначительным, однако анализ целей, достигаемых в результате реализации указанного механизма, позволяет предположить о дальнейшем развитии института государственно-частного партнерства в Российской Федерации.

Для того, чтобы государственно-частное партнерство получило большее распространение в сфере здравоохранения в Российской Федерации, считаем необходимым принять ряд мер:

1. На федеральном уровне разработать и принять Концепцию развития государственно-частного партнерства в Российской Федерации, устанавливающую порядок организации и осуществления механизма государственно-частного партнерства. В данной Концепции целесообразно выделить раздел, регулирующий весь спектр вопросов, возникающих при реализации партнерств в здравоохранении.

В указанном разделе необходимо определить те виды медицинской помощи, в отношении которых возможно создание государственно-частных партнерств, а также очертить виды медицинской помощи, которые должны находиться исключительно в ведении Российской Федерации.

Также, по мнению автора, в указанном разделе необходимо максимально отразить все возможные формы государственно-частного партнерства в здравоохранении с указанием обязательных условий такого партнерства. Однако, необходимо учитывать специфику регионов страны, предоставив определенный уровень свободы региональным и местным властям в процессе реализации партнерства. На основе предложенной Концепции необходимо разработать и принять Федеральный закон Российской Федерации «О государственно-частных партнерствах», включающий в себя раздел о реализации государственно-частного партнерства в сфере здравоохранения.

Obchodná arbitráž – (staro)nové výzvy a podnety pre tu- zemskú legislatívu (zaoštréné na formu rozhodcovskej zmluvy)¹

JUDr. Regina Hučková, PhD.

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

V súvislosti s rozhodcovským konaním ostávajú niektoré otázky stále nevyriešené, i keď je im venovaná široká pozornosť na stránkach odborných periódík.² Jednou z otázok, ktoré zaujali našu pozornosť a ktoré rezonujú aj v súčasnej odbornej spisbe je samotná rozhodcovská zmluva a jej formálne kritériá.³ V súvislosti s pokračujúcim technologickým pokrokom v nedávnej dobe vyvstali v súvislosti s uzatváraním rozhodcovskej zmluvy, i zmlúv vo všeobecnosti, viaceré otázky. V prvom rade došlo k nalomeniu tradičnej požiadavky písomnosti rozhodcovskej zmluvy, tak ako ju zakotvil jeden v prvom medzinárodných dokumentov zameraných na medzinárodnú arbitráž, Newyorský dohovor.

Definícia písomnosti v Newyorskom dohovore⁴ vychádza nielen z klasického písomného vyjadrenia rozhodcovskej zmluvy⁵, ale pripúšťa aj zakomponovanie rozhodcovskej zmluvy do vzájomnej komunikácie medzi zmluvnými stra-

¹ Článok vznikol v rámci riešenia projektu **LPP-0076-09** „Mimosúdne (alternatívne) riešenie sporov v Slovenskej republike“

² Interesantnými otázkami súvisiacimi s rozhodcovským konaním sa zaoberá aj Jozef Čorba, ktorý analyzuje možnosti alternatívneho riešenia sporov vznikajúcich v oblasti športu, Čorba, J.: Alternatívne riešenie sporov v oblasti športu. In: Alternatívne (mimosúdne) riešenie sporov, zborník zo študentského sympózia. V tlači.; V súvislosti s problematickým doručovaním v rozhodcovskom konaní je interesantnou štúdiá Diany Treščákovéj – Treščáková, D.: Doručovanie v Slovenskej republike s odkazom na súdnu judikatúru. In: COFOLA 2010 : the Conference Proceedings : [26.-28.máj 2010], Brno. - Brno : Masarykova univerzita, 2010, s. 141 a n.; V neposlednom rade zložitou a otvorenou otázkou v rozhodcovskom konaní ostáva etické a morálne konanie rozhodcov vystupujúcich v pozícií nahradzujúcej sudcov v klasickom súdnom konaní. K problematike sa okrajovo vyjadruje aj Červená, K.: Etika podnikania a priaznivé životné prostredie. In: historické, politicko-právne a filozofické aspekty práva a právnej kultúry : UPJŠ v Košiciach, 2005. - Košice : Univerzita P.J. Šafárika v Košiciach, 2005, s. 140 a n.

³ Pozri bližšie: Palková, R.: Rozhodcovská zmluva. In: Justičná revue: časopis pre právnu prax, roč. 61, č. 1 (2009), s. 67-74

⁴ Dohovor OSN o uznávaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí

⁵ Ako uvádzajú Lew, Mistelis a Kröll: „.....an the writing requirement of the arbitration agreement is intended to ensure that the parties actually agreed on arbitration.“ (in: Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: Comparative International Commercial Arbitration, London: Kluwer Law International, 2003, p. 131)

nami, ktorá však musí spĺňať určité zákonné parametre. Ľubovoľné vyjadrenie zámeru podriaďiť svoje budúce spory rozhodcovskému konaniu nebude po právnej stránke relevantné a záväzné.⁶ Newyorský dohovor vyžaduje na jednej strane písomnú formu a na druhej strane z písomnej formy čiastočne poľavuje, keďže umožňuje zmluvným stranám podriaďiť sa rozhodcovskému konaniu na základe vzájomnej komunikácie, ktorá však opätovne musí mať mieru preukázateľnosti. Musí byť vo forme, ktorá umožňuje zachytiť a následne preukázať vôľu zmluvných strán do budúcnosti riešiť spory v rámci rozhodcovského konania. Definícia rozhodcovskej zmluvy, tak ako je zakotvená v Newyorskom dohovore, bola vzorom pre neskoršie medzinárodné iniciatívy na poli rozhodcovského konania. Modelový zákon UNCITRAL z roku 1985 sa pri formulovaní definície rozhodcovskej zmluvy inšpiroval úpravou v Newyorskom dohovore. Obdobne aj väčšina národných úprav akcentuje na jednej strane aspekt písomnosti rozhodcovskej zmluvy a na strane druhej pokročilosť v rámci zmluvných vzťahov a nevyhnutnosť čiastočne ustúpiť z tradičnej písomnosti⁷ a pripustiť aj pokrokovejšie formy uzavretia rozhodcovskej zmluvy, i keď v tomto smere je zároveň Newyorskému dohovoru vyčítaná zastaranosť. Zastaranosť v tom smere, že Newyorský dohovor neakcentuje ďalšie modernejšie formy komunikácie a uzatvárania zmluvných vzťahov. V súvislosti s tým môžu v praxi vyvstávať otázky spojené s problémom neakcentovania modernejších foriem komunikácie v rámci zmluvných vzťahov medzi zmluvnými stranami (predovšetkým sa to bude týkať elektronického obchodovania) a následných problémov v prípade uznania rozhodcovského rozhodnutia, ktorý bol vydaný v štáte, ktorý vo svo-

⁶ V súvislosti s formálnymi požiadavkami na rozhodcovskú zmluvu Born rozlišuje dve kategórie formálnych náležitostí, formálne náležitosti, ktorých nesplnenie spôsobuje neplatnosť rozhodcovskej zmluvy a náležitosti, ktoré je možné akceptovať a je možné riešiť ich nedostatok. („Preliminarily, it is important to distinguish between two different categories of form requirement. First, some form requirements are relevant to the validity of an arbitration agreement: if these requirements are not satisfied, then the agreement to arbitrate is invalid. Second, other form requirements are in reality jurisdictional conditions which must be satisfied in order for a particular legislative instrument (e.g. an international arbitration convention or national arbitration statute) to apply: if these form requirements are not satisfied, then the relevant convention or legislation does not apply, but the arbitration agreement may nonetheless be valid under either other statutory or common law principles“ in: Born, G.B.: International Commercial Arbitration. Vol.1 Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, p. 581).

⁷ „One explanation for the writing requirement is ensuring that parties are adequately aware of their waiver of otherwise-available access to national courts and judicial remedies when agreeing to arbitrate and of the gravity of their commitment to arbitrate. In this respect, the writing requirement for arbitration agreement is similar in its rationale to form requirement under various national laws for matters such as real property transactions or testaments, where special form requirements apply.“ In: Born, G.B.: International Commercial Arbitration. Vol.1 Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, s. 597

jej úprave umožňuje uzavretie rozhodcovskej zmluvy aj modernejšou formou než je telegram.

Modelový zákon ide čo sa týka vymedzenia formy rozhodcovskej zmluvy o dosť ďalej, keďže ako bolo vyššie uvedené pri jej formulácií inšpiroval Newyorským dohovorom, avšak oproti nemu akcentuje dôležité aspekty. Predovšetkým posledné zmeny Modelového zákona prijaté v roku 2006 predstavujú významný pokrok v oblasti elektronického uzatvárania zmluvných vzťahov. Pôvodná formulácia rozhodcovskej zmluvy v Modelovom zákona z roku 1985 už oproti Newyorskému zákonu obsahovala niektoré významné rozdiely.

Článok VII ods. 2 Modelového zákona upravoval formu rozhodcovskej zmluvy: *„Arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.“* Už táto formulácia predvídala a reflektovala ďalší vývoj v oblasti uzatvárania zmluvných vzťahov. V súčasnosti je už táto formulácia prekonaná. V roku 2006 boli v rámci nej vykonané viaceré modifikácie smerujúce k ďalšiemu zjednodušeniu prístupu k rozhodcovskému konaniu skrz odstránenie viacerých bariér v ponímaní formálnych náležitostí kladených na uzavretie rozhodcovskej zmluvy.

Článok 7 ods. 2 zachováva základnú premisu, že rozhodcovská zmluva musí mať písomnú formu. Následne však Modelový zákon obsahuje ďalšie spresnenia, čo treba chápať pod písomnosťou rozhodcovskej zmluvy.⁸

(3) An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.

(4) The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; “electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages; “data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magne-

⁸ „..... In any event, the writing requirement should be interpreted dynamically in the light of the modern means of communication. Arbitration clauses included in contracts negotiated and concluded by e-mail should be accepted as fulfilling the writing requirement in line with the general development that contracts which require written form but are concluded by e-mail are valid.“ (in Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: Comparative International Commercial Arbitration, London: Kluwer Law International, 2003, s. 133)

tic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

(5) Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.

(6) The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.

Faktom však ostáva, že Newyorský dohovor nebol upravený obdobne ako tomu bolo v prípade Modelového zákona o to viac, že Modelový zákon nemá záväzný charakter a je „len“ akousi predlohou pre národných zákonodarcov. Posledná modifikácia Modelového zákona však predstavuje medzinárodný trend smerovania uzatvárania zmlúv. Týka sa to nepochybne aj rozhodcovských zmlúv. Čo sa týka úpravy obsiahnutej v Newyorskom dohovore, problém s úzkym vymedzením formálnych predpokladov rozhodcovskej zmluvy bol dlhodobo v rámci pracovnej skupiny UNCITRAL (pracovná skupina č. II – Arbitration and Conciliation) diskutovaný a analyzovaný, pričom vyústil do odporúčania týkajúceho sa výkladu tohto ustanovenia Newyorského dohovoru⁹, ktoré má však nezáväzný charakter a v konečnom dôsledku bude závisieť od konečného interpretátora Newyorského dohovoru a jeho vzťahu k arbitráži.¹⁰ Možno sa však zo znenia v súčasnosti problematického ustanovenia Newyorského dohovoru domnievať, že bolo zámerom akcentovať aj modernejšie formy uzatvárania rozhodcovskej zmluvy, keďže Dohovor reflek-

⁹ Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its thirty-ninth session. „Considering the wide use of electronic commerce, taking into account international legal Instruments, such as the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, as subsequently revised, particularly with respect to article 7, the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures and the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, taking into account also enactments of domestic legislation, as well as case law, more favourable than the Convention in respect of form requirement governing arbitration agreements, arbitration proceedings and the enforcement of arbitral awards, considering that, in interpreting the Convention, regard is to be had to the need to promote recognition and enforcement of arbitral awards, recommends that article II, paragraph 2, of the Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, be applied recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive.“

¹⁰ Moss, G.C.: Risk of Conflict between the New York Convention and newer Arbitration-friendly national legislation. Dostupné: <http://folk.uio.no/giudittm/Form%20of%20arbitration%20clause.pdf>, citované: 5.9.2011

tuje na uzatváranie rozhodcovskej zmluvy formou výmeny telegramov, čo bola v dobe prijatia Dohovoru najmodernejšia forma komunikácie.¹¹

Vyššie zmieňované modifikácie Modelového zákona smerom k podpore liberalizácie právnej úpravy týkajúcej sa rozhodcovskej zmluvy nadväzujú na ustanovenia ďalšieho dokumentu z dielne UNCITRAL - Dohovoru OSN o používaní elektronickej komunikácie v medzinárodných zmluvách¹², ktorý bol prijatý v roku 2005. Do svojho obsahu preberá ustanovenia predchádzajúcich dokumentov regulujúcich problematiku elektronického obchodu – Modelový zákon o elektronickom obchode (Model Law on Electronic Commerce) a Modelový zákon o elektronickom podpise (Model Law in Electronic Signature) obe rovnako z dielne UNCITRAL-u.¹³ Rozhodujúcimi ustanoveniami z hľadiska skúmanej problematiky sú článok 8 a 9 Dohovoru, ktoré upravujú použitie elektronického obchodu v medzinárodných zmluvách a vymedzenie požiadaviek na elektronickú formu.¹⁴ V súvislosti s Dohovorom o používaní

¹¹ „Nowadays technological development has made it customary to communicate by electronic post: it seems only natural to extend the interpretation of article II(2) once again, to cover the most modern means of communication that is widely adopted for concluding contracts. A different interpretation would be against the spirit of the convention, which aimed at recognising arbitration agreements as long as they were concluded in the form that was generally adopted for the conclusion of contracts.“ In: Moss, G.C.: Risk of Conflict between the New York Convention and newer Arbitration- friendly national legislation. Dostupné:

<http://folk.uio.no/giudittm/Form%20of%20arbitration%20clause.pdf>, citované: 5.9.2011. Obdobne v rozhodnutí Compagnie de Navigation et Transport v MSC – „expressed the opinion that abolishing or at least relaxing of the signature requirement may become an issue as with the development of modern means of communication, unsigned written documents have an increasing importance and diffusion, that the need for a signature inevitable diminishes, especially in international commerce, and that the different treatment reserved to signed and unsigned documents is under discussion.“ Citované podľa: Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: Comparative International Commercial Arbitration, London: Kluwer Law International, 2003, s. 138

¹² United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contract

¹³ Bližšie pozri:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html

¹⁴ Article 8. Legal recognition of electronic communications

1. A communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication.

2. Nothing in this Convention requires a party to use or accept electronic communications, but a party's agreement to do so may be inferred from the party's conduct.

Article 9. Form requirements

1. Nothing in this Convention requires a communication or a contract to be made or evidenced in any particular form.

elektronickej komunikácie v medzinárodných zmluvách je treba upozorniť na tú skutočnosť, že doposiaľ ho podpísaný len 18 štátov, pričom 2 štáty už tento Dohovor aj ratifikovali (Honduras a Singapur).¹⁵

V súvislosti s nastolenou problematikou možnosti uzatvárania rozhodcovských zmlúv aj inými než tradične pertraktovanými spôsobmi, sa vynára otázka kam až možno zájsť pri kontrahovaní rozhodcovskej zmluvy tak, aby nebola narušená rovnosť zmluvných strán deklarovaná ako jedná z nosných zásad rozhodcovského procesu. Referencia Newyorského dohovoru na telegramy už vo väčšine autorov nepochybne vynára skôr úsmev než predstavu o reálnom uzavretí rozhodcovskej zmluvy touto formou. Nepomerne častejšie sa v súvislosti s elektronickou komunikáciou stretávame s emailami, sms sprá-

2. Where the law requires that a communication or a contract should be in writing, or provides consequences for the absence of a writing, that requirement is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

3. Where the law requires that a communication or a contract should be signed by a party, or provides consequences for the absence of a signature, that requirement is met in relation to an electronic communication if:

(a) A method is used to identify the party and to indicate that party's intention in respect of the information contained in the electronic communication; and

(b) The method used is either:

(i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or

(ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.

4. Where the law requires that a communication or a contract should be made available or retained in its original form, or provides consequences for the absence of an original, that requirement is met in relation to an electronic communication if:

(a) There exists a reliable assurance as to the integrity of the information it contains from the time when it was first generated in its final form, as an electronic communication or otherwise; and

(b) Where it is required that the information it contains be made available, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be made available.

5. For the purposes of paragraph 4 (a):

(a) The criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change that arises in the normal course of communication, storage and display; and

(b) The standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all the relevant circumstances.

¹⁵ Pre podrobnejšiu štúdiu problematiky pozri Kuczerawy, A.: United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. Dostupné http://cbke.prawo.uni.wroc.pl/files/ebiuletyn/United_Nations.pdf, citované 5.9.2011

vami, faksimilným prenosom a inými formami.¹⁶ Otázka, ktorú potrebujeme zodpovedať je, či možno takýmito elektronickými prostriedkami uzavrieť rozhodcovskú zmluvu. Odpoveď na túto otázku sa vyvíja postupom času, napr. Born uvádza, že existujú staršie rozhodnutia národných súdov, ktoré odmietli rozhodcovské doložky uzatvárané emailami.¹⁷ V súčasnosti už väčšina súdnych autorít vykladá do zákonov zvyčajne inkorporované ustanovenie, že rozhodcovská doložka môže byť obsiahnutá aj vo vzájomne vymenených listoch, ak je dohodnutá telefaxom alebo pomocou iných telekomunikačných zariadení, ktoré umožňujú zachytenie obsahu rozhodcovskej zmluvy a označenie osôb, ktoré ju dohodli, v tom zmysle, že sa to vzťahuje aj na emaily.¹⁸

¹⁶ Born, G.B.: *International Commercial Arbitration. Vol.1 Netherlands*, Wolters Kluwer, 2009, s. 597

¹⁷ Tamtiež.

¹⁸ „The intention of the Model Law is to cover modern and future means of communications. It is submitted that a written record is provided even if no paper copy was produced; data appearing on a computer screen, or in its memory disks should be sufficient.“ In: Born, G.B.: *International Commercial Arbitration. Vol.1 Netherlands*, Wolters Kluwer, 2009, s. 604.

IV. ČASŤ

TRIBÚNA MLADÝCH ADEPTOV PRÁVNEJ VEDY

Daňová politika ako regulačný mechanizmus štátu vplyvajúci na podnikateľské prostredie¹

JUDr. Anna Kicová

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Úvod

Peniaze hýbu svetom a pre svoje prežitie ich potrebujú nie len jednotlivci ale i štát ako celok. Ten zatiaľ nenašiel ich lepší zdroj než v podobe daňových príjmov. Dane preto tvoria rozhodujúcu zložku príjmu štátneho rozpočtu a kým sa tento skutkový stav nezmení, budú predstavovať najdôležitejší inštitút, prostredníctvom ktorého bude štát pokrývať svoje potreby. Potreby štátu ako verejného telesa, odhliadnuc od toho, či je tomu tak z objektívnych alebo čisto subjektívnych dôvodov, sa každoročne zvyšujú. Tomuto zvýšeniu by teda malo prislúchať aj adekvátne množstvo peňazí v štátnej pokladnici. Odpoveďou na otázku, ako ich zabezpečiť, je jednoznačne správne nastavenie daňovej politiky štátu.

Jednou zo základných funkcií daní a vôbec daňového práva je popri fiskálnej funkcii aj funkcia regulačná². Dane sú jedným zo základných nástrojov vlády na ovplyvňovanie súkromnej ekonomickej činnosti.³ Týmto regulatívnym pôsobením ovplyvňujú samotnú výšku príjmu fyzických a právnických osôb a tým mieru ich výdavkov (vo vzťahu k výdavkom verejným), cenovú hladinu jednotlivých komodít a tým ich spotrebu, podporujú vybrané druhy činností smerujúcich k dosahovaniu príjmov na úkor iných, ale aj globálnejšie aspekty ako celkovú atraktivitu podnikateľského prostredia, etc. Tento potenciál je ale potrebné aj dobre zvládnuť a využiť. Dá sa povedať, že všetky štáty na svete zápasia s problémom, ako nájsť správnu rovnováhu medzi štátom a trhom⁴ a stanoviť, kde sú ešte potrebné a kde by už mali končiť regulačné snahy štátu.

Daňová politika sa prejavuje mnohorakými vplyvmi. Inkorporuje v sebe obrovské množstvo rôznych faktorov a skutočností, ktoré dokážu pôsobiť na rôzne cieľové skupiny. Aj ona samotná sa môže uskutočňovať a pôsobiť na rôznych úrovniach.

¹ Príspevok vznikol v rámci riešenia projektu VEGA č. 1/1170/12 "Vplyv daňovej politiky Európskej Únie na vnútroštátnu právnu úpravu v SR".

² BABČÁK, V. *Dane a daňové právo Slovenskej republiky*, Bratislava : EPOS, s.r.o., s. 24, 42.

³ SAMUELSON, P. A., NORDHAUS, W. D. *Ekonomía*. Bratislava : ELITA, s.r.o. 2000. s. 294.

⁴ SAMUELSON, P. A., NORDHAUS, W. D. *Ekonomía*. Bratislava : ELITA, s.r.o. 2000. s. 293.

Daňové zákonodarstvo môže regulovať aktuálne i budúce podnikateľské ovzdušie rôznymi spôsobmi. V tomto smere možno vnímať tri línie vplyvu:

1. Priamy vplyv noriem daňového práva.
2. Nepriamy vplyv noriem daňového práva.
3. Mimoštátny rozmer daňového práva zahŕňajúci vplyv daňovej politiky a normotvorby EÚ.

Ad 1. Možnosti priameho ovplyvňovania

Každá zavedená daň má mimoriadny dopad a jej pôsobenie sa primárne prejavuje cez jej základné daňové prvky. V prvom rade je to **objekt zdanenia**, kde sa štát rozhoduje, ktoré hospodárske skutočnosti budú podliehať zdaneniu, pričom treba skonštatovať, že nosným zdrojom štátnych príjmov sú v súčasnosti nepriame dane – DPH a spotrebné dane. Druhým faktorom je vymedzenie **subjektov**, ktorí budú podliehať daňovej povinnosti. Tretí podstatný faktor sa týka **daňového základu**, jeho šírky a spôsobu určenia a tým štvrtým je nastavenie (jednej alebo niekoľkých) **daňových sadzieb**, vrátane jej charakteru, teda či ide o sadzbu fixnú alebo pohyblivú (lineárnu či progresívnu).

Tieto štyri základné prvky (teda čo zdaňujeme, u koho a akým spôsobom, resp. výškou) sú aspektmi, ktoré najviac ovplyvňujú dva základné atribúty dobrej daňovej sústavy⁵ – efektívnosť, výnosnosť vs. spravodlivosť⁶. Podľa tzv. Ramseyovho daňového pravidla by štát mal, ak chce dosiahnuť čo najvyššiu efektívnosť, najviac zdaňovať to, čo je najmenej elastické na strane ponuky aj dopytu (napr. pôda).⁷ Problém však je, či je takýto prístup aj spravodlivý. Subjektívny pocit spravodlivosti je totiž silný motivačný faktor voľičskej základne politikov, ktorí o zavedení daní rozhodujú.⁸ Aj to je dôvod, prečo sledujeme dlhodobý trend presúvania daní z roviny priameho zdanenia do roviny nepriameho. Zdaňovanie spotreby totiž disponuje istou mierou objektivity či spravodlivosti⁹ a aj výnosnosti, keďže spotreba predstavuje relatívny stabilný

⁵ MORSE, G., WILLIAMS, D. D. *Davies: Principles of Tax Law*. 5th Revised edition. London : Thompson Sweet & Maxwell, 2004. S. 5-10.

⁶ Bližšie pozri KICOVÁ, A. *Daňová spravodlivosť ako princíp zdaňovania*. In BABČÁK, V. a kol. *Daňové právo národnom a medzinárodnom kontexte*. Košice : UPJŠ, 2010. s.

⁷ SAMUELSON, P. A., NORDHAUS, W. D. *Ekonomía*. Bratislava : ELITA, s.r.o. 2000. s. 311.

⁸ Známy bol prípad tzv. dane z hlavy (poll tax), ktorý spôsobil pád vlády M. Thatcherovej. SAMUELSON, P. A., NORDHAUS, W. D. *Ekonomía*. Bratislava : ELITA, s.r.o. 2000. s. 311.

⁹ Napríklad v porovnaní s večnou diskusiou o spravodlivosti či nespravodlivosti lineárnej, resp. progresívnej sadzby dane z príjmov.

faktor. Výrazným negatívom je však vysoká administratívna náročnosť a vysoká zneužitelnosť právnej úpravy cestou daňových únikov¹⁰.

Popri spomenutých základných prvkoch však existuje množstvo vedľajších daňových prvkov, ktoré sú spôsobilé výrazne korigovať „základný rozmer“ nastavenej dane a ovplyvňujú tieto základné daňové prvky. Ide najmä o **zvýšenie alebo zníženie daňovej sadzby** a **zvýšenie alebo zníženie dane**, stanovenie **minimálnej dane**, **daňové minimum**, **daňové sankcie**, **oslobodenie od dane** či **odpustenie dane**, ako aj ostatné nižšie rozoberané inštitúty, cez ktoré sa prejavujú tak prvky podpory, sociálneho správania, racionality, efektívnosti, ale aj demotivácie, represie a nepriameho donútenia k plneniu daňových povinností. Niektoré z nich sú považované za druh štátnej pomoci, teda sú prípustné len po splnení podmienok stanovených zákonom č. 231/1999 Z. z. o štátnej pomoci. Tento charakterizuje ako nepriamu formu štátnej pomoci aj poskytnutie **úľavy na dani alebo penále**¹¹, **pokute, úroku alebo na iných sankciách** podľa osobitného predpisu¹², **odklad platenia dane** alebo **povolenie zaplatenia dane v splátkach**.¹³

Vláda prispôsobuje tieto parametre svojim potrebám. Atribúty týchto základných a ostatných daňových prvkov môže meniť podľa aktuálnych štátnych potrieb, napr. jedným z posledných dôvodov ich zmeny bola hospodárska kríza, ktorá podmienila rozsiahle zmeny jednotlivých daňových inštitútov.¹⁴ Aj tieto zmeny však bezprostredne závisia od politických predstáv o ceste k správne smerovaniu ekonomického vývoja a navyše nie je zaručené, že konkrétne predstavy politikov sa v praxi skutočne premietnu do nimi sledovaného cieľa. Praktický vývoj totiž môže priniesť aj také nečakané faktory, ktoré zmari úspech správne nastaveného daňového systému, alebo naopak pomôžu zmierniť negatíva zlej daňovej normotvorby. Nastavenie právnej úpravy zdanenia totiž nemôže ovplyvniť každý jeden aspekt v podobe dopadu zavedenej dane a je potrebné zvážiť hlavne taký faktor, ako je reálny dopad daňového bremena. Ak napr. dôjde k zvýšeniu určitej dane, tento stav sa môže odraziť v zvýšení ceny určitej komodity (teda daňové bremeno bude prenesené dopredu – na spotrebiteľov), ako aj v znížení miezd zamestnancov či cien zaplatených dodávateľom (t. j. dôjde k jeho prenosu smerom dozadu – na

¹⁰ Až ¾ zistených daňových únikov sa týkajú DPH. (Výška odhaleného úniku na DPH z celkového objemu odhalených únikov v tis. €: 2009: 304 619/435 549; 2008: 242 889/380 868; 2007: 200 739/278 815)

Výročná správa o činnosti daňových orgánov v roku 2009.

¹¹ Penále už súčasná právna úprava nepozná.

¹² Neodkazuje však len na daňové právne normy, ale aj tie spadajúce do oblasti sociálneho zabezpečenia a zdravotného poistenia.

¹³ § 5 ods. 2 písm. b) a e).

¹⁴ Pozri bližšie: KARABINOŠ, M. *Daňové právo – prostriedok boja proti dopadom ekonomickej krízy*. In Dny práva - 2010 - Days of Law : zborník príspevků : 4.ročník mezinárodní konference : [10.- 11. november 2010], Brno. Brno : Masarykova univerzita, 2010. s. 363-375.

zamestnancov, dodávateľov, teda výrobné zdroje).¹⁵ Rovnako zníženie konkrétnej dane nemusí vždy priniesť želaný efekt, v podobe podpory vybraného segmentu a kompenzovania straty štátu z nižších daňových príjmov. Ekonomická teória totiž často považuje zásahy vlády do ekonomiky za škodlivé, pretože sú neúčinné, demotivačné, neefektívne a v konečnom dôsledku narúšajú fungovanie trhu a vedú k prehľbovaniu nerovnovážnych situácií.¹⁶

V rámci týchto inštitútov, ktoré priamo ovplyvňujú správanie (aj potenciálnych) daňových subjektov i celkovú ekonomiku štátu, možno vyčleniť dve kategórie:

Po prvé, ide o generálne uplatňované podmienky právnej úpravy v podobe konkrétnych inštitútov, odzrkadľujúcich politiku štátu, prostredníctvom ktorých je možné pôsobiť na daňové subjekty tak motivačne, zvýhodňujúco, ako aj demotivačne ba až likvidačne.

Po druhé, ide o špecifické situácie, pri ktorých dochádza ad hoc k úprave podmienok výkonu podnikateľskej činnosti vybraných subjektov formou poskytnutia individuálnych výhod, resp. tak nastavených všeobecných ustanovení právnej normy, že de facto smerujú len k podpore vybraného cieľového subjektu, či skupiny subjektov. Takéto individuálne výhody sú v prevažnej miere prístupné len väčším, resp. strategickým investorom, ktorých daňové ale aj iné zvýhodnenia (formou priamych dotácií a pod.) sú cenou, ktorú štát platí za prílev kapitálu, zvýšenie zamestnanosti, zapojenie subdodávateľov (čo sú často malí a strední podnikatelia) a pod. Otázka znie, či tá cena nie je priveľká a či je toto zvýhodňovanie spravodlivé vo vzťahu k zdaneniu malých a stredných podnikateľov a drobných samostatne zárobkovo činných osôb, ktorým tieto individuálne výhody prístupné nie sú. Podnikateľské prostredie totiž nevytvárajú len veľkí investori.

I. Daňové postavenie veľkých investorov

Základnými spôsobmi ich daňového zvýhodnenia sú:

a) Úľavy na dani – Ide o jednu zo základných foriem štátnej pomoci. Podľa predchádzajúcej právnej úpravy zákonom č. 366/1999 Z. z. o daniach z príjmov sa označoval tento inštitút ako daňový úver. Čerpanie štátnej pomoci formou úľavy na dani z príjmov podľa § 35 a § 35a tohto zákona bolo rozložené na obdobie 5 rokov (100 % dane vykázanej v daňovom priznaní), resp. za

¹⁵ SAMUELSON, P. A., NORDHAUS, W. D. *Ekonomía*. Bratislava : ELITA, s.r.o. 2000. s. 311.

¹⁶ Dôvodmi sú napr. plynutie a neefektívne využívanie obmedzených zdrojov, proklamovanie verejného záujmu, ale presadzovanie súkromného, uprednostňovanie pragmatického riešenia pred dlhodobým koncepčným, a pod.

LISÝ, J. a kolektív. *Ekonomía v novej ekonomike*. Bratislava : IURA Edition, s.r.o., 2005. S. 151.

predpokladu splnenia príslušných legislatívnych ustanovení tohto zákona a pravidiel štátnej pomoci ďalších 5 rokov (50 % dane vykázané v daňovom priznaní). Podľa tohto zákona si uplatňovali daňové zvýhodnenie tie daňové subjekty, ktorým poskytnutie štátnej pomoci schválil Úrad pre štátnu pomoc do 30. apríla 2004 (cca 40 príjemcov). Schválenú výšku štátnej pomoci si mohli uplatniť v podanom daňovom priznaní za predpokladu splnenia podmienok stanovených v oznámení o schválení štátnej pomoci. Štátnu pomoc formou daňovej úľavy podľa § 35 a § 35a zákona o daniach z príjmov si mohli uplatniť aj daňovníci, ktorým po 30. apríli 2004 štátnu pomoc schválila Európska komisia.

V súčasnosti ich upravuje zákon č. 595/2003 Z. Z. o dani z príjmov (ďalej len ZDP) a poskytujú sa príjemcom:

- investičnej pomoci (§ 30a ZDP). Ak bolo daňovníkovi vydané rozhodnutie o schválení investičnej pomoci obsahujúce úľavu na dani, spĺňa podmienky podľa zákona o štátnej pomoci a podmienky stanovené ZDP¹⁷, môže si uplatniť nárok na túto úľavu do výšky dane pripadajúcej na pomernú časť základu dane, ktorá sa určí vynásobením základu dane koeficientom (podiel oprávnených nákladov, na ktoré bola poskytnutá investičná pomoc a súčtu hodnoty vlastného imania v zdaňovacom období schválenia investičného zámeru a vyššie uvedených oprávnených nákladov). Nárok na úľavu sa uplatňuje najviac desať¹⁸ zdaňovacích období. Nedodržanie podmienok má za následok stratu nároku na úľavu a povinnosť podať dodatočné daňové priznania za všetky zdaňovacie obdobia, v ktorých si uplatňoval nárok na úľavu. Táto daň bude splatná do konca tretieho mesiaca po mesiaci, v ktorom bolo dodatočné daňové priznanie podané.
- stimulov pre výskum a vývoj (§ 30b ZDP). Tu je právna úprava podobná s tými rozdielmi, že nárok na úľavu sa uplatňuje najviac do výšky nákladov vykázaných v účtovnej závierke daňovníka hradených z jeho vlastných prostriedkov na schválený účel, tomu zodpovedá aj spôsob výpočtu koeficientu, ktorý sa uplatňuje na základ dane a do ktorého sa zarátava aj dotácia poskytnutá na základe rozhodnutia o poskytnutí stimulov. Nárok na úľavu sa uplatňuje maximálne tri bezprostredne po sebe nasledujúce zdaňovacie obdobia.

b) Oslobodenie od dane. Okrem oslobodenia zo zákona a z rozhodnutia správcu dane môže podľa § 102 zákona o správe daní a poplatkov „Ministerstvo financií celkom alebo sčasti oslobodiť od daní z príjmov novovzniknuté daňové subjekty, ktoré odvádzajú daň z príjmov do štátneho rozpočtu. Okruh daňových subjektov a bližšie podmienky na oslobodenie ustanoví vláda Slovenskej republiky nariadením.“ Ide o nariadenie vlády č. 192/1998 Z. z. o podmienkach oslobodenia novovzniknutých daňových subjektov od dane

¹⁷ Bližšie pozri ods. 3 predmetného ustanovenia.

¹⁸ Do 31.7.2011 to bolo len päť rokov.

z príjmov právnických osôb¹⁹. Podľa § 1 ods. 4 tohto nariadenia „daňový subjekt, ktorý splní podmienky uvedené v odseku 1, sa oslobodzuje od dane na obdobie desiatich bezprostredne po sebe nasledujúcich zdaňovacích období, počnúc zdaňovacím obdobím, v ktorom daňový subjekt vykázal daň podľa zákona o dani z príjmov.“ Vzhľadom na charakter podmienok, ktoré musel daňový subjekt spĺňať sa toto nariadenia vzťahovalo len na strategických investorov (podľa neho bola oslobodená spoločnosť Volkswagen Slovakia).

rok	Daňové zvýhodnenia poskytnuté daňovými orgánmi (v mil. eur)								
	Spolu štát. pomoc posk. daň. org.	§§ 35 a 35a z. o daniach z príjmov	§ 30a ZDP	Oslobodenie podľa vlád. nariadenia	Schéma mal. pomoci ²⁰	Volkswagen Bratislava	U. S. Steel Košice	Spolu vykázaná daň. povinnosť	Odvedená daň zo závislej činnosti
2000	*	-	-	42,637	-	42,637	(VSŽ) 47,152	?	?
2001	*	-	-	56,213	-	56,213	23,38	?	?
2002	131,111	-	-	48,788	-	48,788	69,408	?	?
2003	152,893	-	-	63,709	-	63,709	58,451	?	?
2004	214,949	?	-	81,707	-	81,707	98,211	?	?
2005	205,960	?	-	53,205	-	53,205	121,366	45,918	?
2006	93,672	?	-	55,15	-	55,15	7,495	97,665	?
2007	136,952	71,50	-	64,498	-	64,498	56,302	55,434	?
2008	109,11	49,972	-	59,10	-	59,10	42,8	23,687	?
2009	29,161	23,497	0,055	5,606	0,003	5,6	17,482	32,809	49,329
2010	8,9	8,26	0,63	-	0,078	-	Neuplatnil	?	41,578

*Nie je možné presne určiť vzhľadom na kombinácie rôznych druhov pomoci pod spoločné kategórie v rámci štatistík. Zdroj: MF SR²¹

II. Postavenie drobných podnikateľov

Keďže kľúčovou daňou, ovplyvňujúcej ich postavenie je daň z príjmu, možno spomenúť **vymedzenie príjmov oslobodených od dane, daňový bonus²²**,

¹⁹ Ako aj jemu predchádzajúce nariadenie vlády č. 145/1993 Z. z. o podmienkach oslobodenia daňových subjektov od dane z príjmov, účinné do 1.1.1995.

²⁰ Schéma pre dočasné poskytovanie malej pomoci v Slovenskej republike počas trvania finančnej a hospodárskej krízy.
http://www.finance.gov.sk/Documents/2_Mat2010/8sek/Gabor130110/SCH_DOCA_SNE_POSKYTOVANIE_MALEJ_POMOCI.pdf 28.08.2011.

²¹ Ročné správy o poskytovaní štátnej pomoci, dostupné na:
<http://www.finance.gov.sk/Default.aspx?CatID=3827> 28.08.2011.

²² Vzťahuje sa aj na FO dosahujúce príjmy z podnikania, pokiaľ dosiahli zdaniteľné príjmy aspoň vo výške 6-násobku minimálnej mzdy a vykázali základ dane.

uplatňovanie nezdaniteľných častí základu dane, úpravu daňových výdavkov²³ a s ňou úzko súvisiace **odpisovanie hmotného a nehmotného majetku vrátane technického zhodnotenia hmotného a nehmotného majetku, tvorbu rezerv a opravných položiek, ako aj odpočet daňovej straty**. Všetky tieto inštitúty majú svoj význam, no pre podnikajúce subjekty je zvlášť významná možnosť uplatňovania paušálnych výdavkov (nakolko predpokladá znížené nároky na vedenie evidencií na účely ich preukázania, čím zjednodušuje pozíciu malých podnikateľov) a možnosť odpisovať hmotný a nehmotný majetok používaný na podnikanie, ako prejav postupného opotrebovania a straty jeho hodnoty a s tým súvisiacej nutnosti po čase ho nahradiť. Do daňových výdavkov sa teda výdavky na obstaranie tohto majetku nedostávajú jednorazovo, ale počas dlhšieho, zákonom ustanoveného obdobia. K odpisovaniu dochádza v rámci štyroch odpisových skupín, kde počet rokov odpisovania determinuje zahrnutie konkrétneho druhu majetku do príslušnej odpisovej skupiny zákon. Uskutočňuje sa rovnomerne alebo zrýchlene, podľa výberu daňovníka a jeho potrieb. Rozdiel pri týchto dvoch spôsoboch nie je v celkovej dobe odpisovania, ale v tom, že pri zrýchlenom odpisovaní dochádza k odpisovaniu vyšších súm v prvých rokoch odpisovania a k ich zníženiu v tých ďalších. Raz uskutočnený výber sa nemôže dodatočne meniť. Pokiaľ ide o majetok, ktorý je vylúčený z odpisovania (z dôvodu svojho charakteru – teda, že pri ňom nedochádza k strate jeho hodnoty, ako napr. pozemky), jeho vstupná cena sa zahrnie do daňových výdavkov až pri jeho predaji.

Ďalšou podstatný vplyv má právna úprava DPH, obzvlášť pokiaľ ide nastavenie limitov pre povinnú registráciu za platiteľa tejto dane a s tým súvisiace administratívne povinnosti a zvýšenie konečnej ceny produktov a služieb pre spotrebiteľov.

Spomenutia hodné sú však aj procesné inštitúty **odklad platenia dane a povolenie platenia dane v splátkach, úľava alebo odpustenie daňového nedoplatku a odpustenie a povolenie úľavy zo sankcie**, ako formy štátnej pomoci, podmienené žiadosťou daňovníka a viažúce sa na dôvody vyjadrujúce sociálny aspekt.²⁴

III. Veľkí investori vs. malí podnikatelia – koho uprednostniť?

Nespornými výhodami veľkých investorov je celkový rozvoj regiónu a výrazná podpora zamestnanosti, a to nie len priamo, cez bezprostredných zamestnan-

²³ Táto kategória však v praxi spôsobuje nemalé problémy z dôvodu, že zákon často nereflektuje skutočné potreby podnikateľskej praxe a druhý rozmer problému spočíva v častých sporoch ohľadne uznávania daňovníkom deklarovaných výdavkovom správcom dane. Vid' judikatúra NS SR, napr. R 55/2000, R 56/2000.

²⁴ I keď dôvodom je aj racionalita zo strany štátu kalkulujúca doslova z pozície, že je lepšie „zachrániť“ subjekt, ktorý mu bude platiť daň aj v ďalších zdaňovacích obdobiach, než inkasom dane či sankcie prispieť k jeho okamžitému zániku. Pozri bližšie §§ 59, 64, 103 ZSDP.

cov spoločnosti, ale aj napojením subdodávateľov a využívaním domácich výrobných zdrojov, ktorí tak získavajú (zväčša stabilného a likvidného) odberateľa. Napríklad v rámci nižšie zobrazeného prehľadu zamestnáva U. S. Steel až 40 % celkového počtu zamestnancov²⁵ zamestnávaných najvýznamnejšími zamestnávateľmi v Košickom kraji.²⁶

Zisk, ktorý sa má zo zahraničného kapitálu dosiahnuť spočíva v zvýšených príjmoch faktorov produkcie, ktorých zdrojom je²⁷ a to z toho dôvodu, že v počiatočnom období dohodnutého daňového zvýhodnenia vlastne štát prichádza o príjmy, ktorý by inak v podobe dane z príjmu tohto subjektu mal. Ak si teda zahraničný kapitál „prinesie“ so sebou vlastné zdroje a využíva hostiteľskú krajinu len ako miesto výroby s lacnou pracovnou silou, má z neho táto krajina len malý úžitok.

Za zmienku však stojí spôsob, akým sa štát výslovne za každú cenu pokúšal o prilákanie týchto investorov. Spôsob, akým sa uzatvárali zmluvy medzi strategickými investormi a štátom sa stal terčom kritiky tak médií, ako aj viacerých organizácií²⁸, ktoré poukazovali na výslovné porušenie ustanovení zákona o štátnej pomoci pri poskytovaní tejto štátnej pomoci, okrem inej aj formou daňových úľav^{29,30} na čo v konečnom dôsledku upozorňovala aj EÚ v rámci

²⁵ Takéto mamutie podniky však majú svoje riziká. Ak totiž dôjde k určitému kolapsu, z akýchkoľvek dôvodov, vplyv na okamžitý vzrast nezamestnanosti je mimoriadny.

²⁶ U. S. Steel Košice, s.r.o. (13 342), Embraco Slovakia s.r.o. (2 380), Východoslovenská Vodárenská Spoločnosť a.s. (2 170), Yazaki Wiring Technologies (1 974), EJOT Slovakia (1 700), Východoslovenská Energetika (1 538), Dopravný podnik, Košice (1 500), Inžinierske stavby, a. s. (1 363), CTY GROUP (1 287), Panasonic AVC Networks Slovakia (1 205), Howe Slovensko (500), T-Systems Slovakia (2061), OBALSERVIS a.s. (750), COOP Jednota (734), GEMTEX a.s. (721), KERKO a.s. (637), Chemko a.s. (620), EUROVIA – Cesty (614), VSS a.s. (600).

GLOBAL Slovakia, 2011,

http://www.sario.sk/userfiles/file/sario/pzi/regiony/kosice/kosicky_kraj.pdf
27.08.2011.

²⁷ MUSGRAVE, R. A., MUSGRAVEOVÁ, P. B. *Veřejné finance v teorii a praxi*. Praha : Management Press, 1994. s. 558.

²⁸ Napr. Centrum pre podporu miestneho aktivizmu (Center for Environmental Public Advocacy - CEPa) a Priatel'ia Zeme – Slovensko (Friends of the Earth Slovakia - FoES)

²⁹ Najtypickejším príkladom predstavuje prípad VSŽ Košice. „Skutočným zámerom štátnej pomoci pre firmy VSŽ, a.s. a VSŽ Ocel', a.s. nebolo udržanie oceliarskej výroby v týchto firmách, ako to naznačuje napríklad Správa o činnosti ÚŠP za rok 2000, ale oddĺženie vytunelovanej skupiny podnikov VSŽ, a.s. pred predajom jej nosných výrobných oceliarskych aktivít americkému koncernu US Steel a presun záväzkov skupiny VSŽ na plec'a slovenských daňových poplatníkov. Dva týždne predtým, než ÚŠP schválil štátnu pomoc vo forme úľav na dani pre obe firmy, schválila slovenská vláda dohodu s U.S. STEEL GROUP, VSŽ a.s. Košice a STEEL Košice s.r.o.,²⁹ v ktorej sa podľa dostupných informácií zaviazala odpustiť nevysporiadané daňové záväzky VSŽ, a.s. včítane penále a úrokov z nich. Iba odpustením daňových záväzkov sa totiž zadĺženým VSŽ, a.s. mohli uvoľniť zdroje na splatenie časti úverov, ktorým veriteľské

predvstupového obdobia³¹. Daňové inštitúty je totiž ľahké využiť ale aj zneužiť.

„Budovanie tunelov“ v SR vyvolalo zvýšenú potrebu prilákať zahraničných investorov, aby štátu pomohli dostať sa z problémov nezamestnanosti, nedostatku finančných prostriedkov a ich zdrojov a potrebou rozvoja a ekonomického rastu. Zahraničný kapitál totiž hrá v rozvojovej politike dôležitú úlohu a daňové stimuly sú vhodným spôsobom ich nasmerovania tam, kde je to z hľadiska celej ekonomiky žiaduce.³² Ak totiž reálne zhodnotíme pozíciu SR v otázke atraktivity pre zahraničného investora, krajiny v pozícii, v akej sa nachádzalo Slovensko, bez dobre vybudovanej infraštruktúry, právnej istoty a kvalitného zákonodarstva, otáznej politickej stability³³, bojujúce s problémom korupcie (z ktorých mnohé problémy nie sú zatiaľ dostatočne odstránené), disponujú v podstate tromi hlavnými motivačnými faktormi. Predovšetkým je to lacná pracovná sila, individuálne dohodnuté výhody (priamymi dotáciami alebo daňovými zvýhodneniami) a v súčasnosti pre

banky podmienili svoj súhlas s predajom STEEL Košice s.r.o. strategickému investorovi U.S. Steel. STEEL Košice s.r.o. bola účelovo vytvorená dcérska spoločnosť VSŽ a.s., do ktorej sa presunuli hutnícke a oceliarske činnosti skupiny VSŽ pred jej predajom americkému koncernu. Strategický investor potom spolu so Steel Košice s.r.o. prebral aj zvyšnú časť existujúcej úverovej zadlženosti VSŽ, a.s. v objeme 325 mil. USD.“

O nesplnení podmienok na poskytnutie štátnej pomoci svedčia viaceré skutočnosti, ako napr. záznamy z rokovania Sekcie horizontálnej pomoci, Protokol o výsledku kontroly výkonu štátnej správy so zreteľom na dodržiavanie zákona NR SR č. 231/1999 Z. z. o štátnej pomoci v Úrade pre štátnu pomoc SR. Úrad vlády SR, Sekcia kontroly, jún 2001.

Úrad pre štátnu pomoc ako nástroj na kanalizáciu verejných prostriedkov. Centrum pre podporu miestneho aktivizmu, Priatelia Zeme – Slovensko, február 2002.

³⁰ V podstate celá činnosť bývalého Úradu pre štátnu pomoc bola terčom kritiky z dôvodu poskytovania štátnej pomoci v rozpore so zákonom. Pozri napr. Protokol o výsledku kontroly výkonu štátnej správy o zreteľom na dodržiavanie zákona NRSR č. 231/1999 Z. z. o štátnej pomoci. Úrad vlády SR, sekcia kontroly, jún 2001.

³¹ V Pravidelnej správe EK o pokroku dosiahnutom SR v príprave na vstup do EÚ za rok 2001 sa konštatuje, že je *„potrebné zlepšiť disciplínu hospodárskej súťaže podľa vzoru EÚ, najmä v oblasti štátnej pomoci“* a tiež *„posilniť administratívne kapacity, keďže uplatňovanie zákona je stále nekonzistentné a nedostatočne transparentné.“* Taktiež pozri: HARGREAVES, D. *Europe & Middle East: Candidate EU members warned over industry aid.* Financial Times, 20. januára 2001.

³² MUSGRAVE, R. A., MUSGRAVEOVÁ, P. B. *Veřejné finance v teorii a praxi.* Praha : Management Press, 1994. S. 558.

³³ „Za najvýznamnejší podnet pre zahraničných investorov sa považuje úroveň politickej stability a výkonnosť ekonomiky, najmä pre veľké investície, ktoré potrebujú dlhodobé, politicky spoľahlivé a ekonomicky efektívne prostredie. Pre investora je dôležitá istota jeho vkladu, ako aj očakávanie, že sa jeho investičná kalkulácia nezhorší.“

HOŠKOVÁ, A. *Vplyv priamych zahraničných investícií na ekonomiku Slovenska.* BIA-TEC, ročník 9, 9/2001. S. 7.

mnohé subjekty aj existencia eura ako štátnej meny. Dá sa teda skonštatovať, že štát nemal na výber až tak veľa možností, ako prilákať investorov. Otázka však znie, do akej miery má až zájsť pri poskytovaní daňových výhod.

Ako negatívum sa vynára aj tá skutočnosť, že časť investorov si radšej vyberie pre usídlenie rozvinutejšiu región s lepšou infraštruktúrou³⁴ a prvotný cieľ spočívajúci vo vyrovaní rozdielov medzi regiónmi a podpora zamestnanosti v nich zostáva nesplnený. Rovnako podstatným faktom je aj skutočnosť, že to nie sú len daňové úľavy, ktoré tvoria cenu za zahraničný kapitál, ale aj priame dotácie, čo predražuje v konečnom dôsledku „kupovaný“ benefit.

Pokiaľ ide o malé podniky, ich životnosť je zvyčajne veľmi nízka, práve kvôli ich závislosti na pravidelnosti a likvidite odberateľov a spotrebiteľov, citlivosti na výkyvy prostredia, v ktorom sa nachádzajú a zväčša aj nižšej konkurencieschopnosti, najmä z dôvodu vyšších výrobných nákladov oproti veľkopodnikateľom. Ich vplyv na zamestnanosť a vytváranie kúpyschopnej vrstvy obyvateľstva je však pozitívny, čo je aj dôvod, prečo patrí podpora malého a stredného podnikania k všeobecne uznávaným cieľom hospodárskej politiky štátu. Celkový počet **fyzických osôb – podnikateľov** v SR bol totiž k 31. 12. 2019 až **413 867**.³⁵

Prehľad počtu spoločností podľa počtu zamestnávajúcich osôb				
Počet zamestnancov	0 – 19 ¹⁾	20 – 49	50 – 249	250 a viac
SR	136 303	3 390	2 724	584

1) vrátane spoločností, kde neboli dostupné informácie o počte zamestnancov
zdroj: Štatistický úrad Slovenskej Republiky, údaje k 08.03.2011³⁶

Trochu laicky povedané, každý malý podnikateľ je dobrý, pretože zamestnáva aspoň minimum zamestnancov, alebo ak aj nezamestnáva nikoho, minimálne ide o ďalšiu osobu, ktorej štát nemusí vyplácať dávky na podporu v nezamestnanosti. Práve tieto skutočnosti, či niekedy až existenčné problémy, sú dôvodom, prečo má štát podporovať túto cieľovú skupinu, v našom prípade, cestou ustanovení daňových právnych predpisov a poskytnúť tak priestor pre vytvorenie motivujúceho podnikateľského prostredia.

Všetky na tento účel zakotvené daňové inštitúty majú vytvárať určitý, podmienkam konkrétného štátu a jeho ekonomického ovzdušia zodpovedajúci

³⁴ I keď to nie je pravidlom, pre bližšie o informácie o komplexe motivačných faktorov pre investorov pozri BURGER, C. Vplyv priamych zahraničných investícií na zvýšenie regionálnej konkurencieschopnosti – kritériá výberu pri procese rozhodovania sa zahraničného investora. In Národná a regionálna ekonomika VII. : Zborník príspevkov z konferencie, Herľany, 1. – 3. Október 2008, Košice : Ekonomická fakulta Technickej univerzity v Košiciach, 2008. s. 117-122
<http://www3.ekf.tuke.sk/konfera2008/zbornik/files/prispevky/burger.pdf>

³⁵ Štatistický úrad SR <http://portal.statistics.sk/showdoc.do?docid=1724> 29.08.2011.

³⁶ http://www.sario.sk/userfiles/file/sario/pzi/regiony/kosice/kosicky_kraj.pdf 29.08.2011.

štandard podnikania, ktorého zmyslom je mierniť negatívne vplyvy prostredia, ktorým podnikatelia podliehajú. Individuálne výhody teda nie sú vždy hodnotené pozitívne a nepanuje všeobecná zhoda o ich pozitívnom vplyve na ekonomiku, ba skôr naopak. „Daňové zvýhodnenia sú terčom kritiky domácich aj zahraničných inštitúcií nielen preto, že sú neúčinné, ale tiež vytvárajú nerovné podmienky pre domácich a zahraničných podnikateľov a deformujú hospodársku súťaž.“³⁷ Obdobný názor zaujal aj Stredoeurópsky inštitút pre ekonomické a sociálne reformy (INEKO) v rámci Hodnotení ekonomických a sociálnych opatrení (Projekt HESO): „Vládla všeobecná zhoda, že účinnejšie ako jednostranné úľavy pre zahraničných investorov by bolo vytváranie štandardného podnikateľského prostredia. Kritizované bolo hlavne vytváranie nerovných podmienok pre domácich a zahraničných podnikateľov a deformovanie hospodárskej súťaže. V trhovej ekonomike je podstatné vytvoriť rovnaké prostredie pre všetky subjekty, tak zahraničné, ako aj domáce. Výnimky deformujú podnikateľské prostredie a obmedzujú perspektívy hospodárskeho rastu. Ak má štát nejakú podporovať podnikateľský sektor, tak je to práve zjednodušením byrokracie, zvýšením efektivity, t.j. i rýchlosti práce štátnych úradníkov. O čo viac sa takýchto návrhov podarí pripraviť, presadiť a uviesť do praxe, o to menej bude musieť SR lákať investorov na daňové úľavy a iné selektívne zvýhodnenia. Systémové riešenia sú lacnejšie, spravodlivejšie a na stimuláciu podnikania dlhodobo účinnejšie.“³⁸

Ako bolo vyššie uvedené, vláda pri vytváraní takýchto štandardných podmienok nie je vždy úspešná, napriek tomu nemožno dospieť k záveru, že isté jej zásahy, zamerané hlavne na podporu podnikania, nie sú potrebné. Práve naopak, tieto potrebné sú, ale je nevyhnutné správne zvládnuť ich úpravu. Ako uvádza J. Lisý, jednou z hlavných úloh vlády je vytypovať nástroje, ktoré môžu účinne napomôcť podnikateľským subjektom adaptovať sa na ustavične a rýchlo sa meniace prostredie.³⁹ Preto je napr. ťažko pochopiteľné, z akého dôvodu v súčasnosti Vláda SR navrhuje (okrem iného) obmedzenie uplatnenia paušálnych výdavkov horným limitom 200 eur, keď tým de facto zneguje podstatu a zmysel tohto inštitútu.⁴⁰ Ak teda vláda má reálny záujem o vytvorenie štandardného, podnikateľom nakloneného prostredia, mala by tomu prispô-

³⁷ Priatelia Zeme - Slovensko, Pripomienky k vládnemu návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 366/1999 Z. z. o daniach z príjmov (tlač 804), november 2000.

³⁸ Hodnotiace správy Projektu HESO za roky 2000-2001, 2003-2004, <http://www.ineko.sk/heso> 29.08.2011.

³⁹ LISÝ, J. a kolektív. *Ekonomía v novej ekonomike*. Bratislava : IURA Edition, s.r.o., 2005. S. 154.

⁴⁰ Podľa R. Ďuraňu (INESS) „slovenským problémom nie sú nízke odvody živnostníkov, ale vysoké odvody zamestnancov. Ak je teda cieľom väčšie zrovnoprávňovanie, nech sa znižujú odvody zamestnancov namiesto zvyšovania odvodov živnostníkov.“ <http://blog.etrend.sk/iness/2011/03/09/kritika-iness-navrhu-zmeny-odvodov-pre-zivnostnikov-a-dohodarov-%E2%80%93-nezvysujme-nezamestnanost-len-kvoli-poriadku-v-systeme/> 27.08.2011.

sobiť aj svoje skutočné konanie. Ak by sa jej podarilo dosiahnuť takýto stav, tak aj „cena“ za prilákanie zahraničných investorov by bola nižšia.

Ad 2. Možnosti nepriameho ovplyvňovania

Pokiaľ ide i tie nepriame, prvoradá sú kritériá celkovej kvality právnej úpravy, jej stability a efektivity. Daňový systém a jeho atribúty v podobe jasnosti, prehľadnosti, jednoduchosti⁴¹ či výhodnosti právnej úpravy je jedným z fundamentálnych faktorov ovplyvňujúcich podnikateľské prostredie. Tie nespocívajú len v globálnom hodnotení právnej úpravy a jej kvality, ale dôležité sú aj také detaily ako je zabezpečenie kvalifikovaného personálu správcov dane a ich prístup k daňovým subjektom, štruktúra a činnosť daňových orgánov, dostatočný systém prieskumu rozhodnutí vydaných v daňovom konaní, zjednodušenie komunikácie so správcom dane a plnení povinností elektronickými formami a prostriedkami či platenie dane prostredníctvom preddavkov. Teda, sumarizujúc, kým priame ovplyvňovanie je realizované viac-menej cestou hmotno-právnou, nepriame vplyvy sú skôr prejavom procesno-právnej úpravy.

Tu treba skonštatovať, že slovenské daňové právo prešlo za posledných dvadsať rokov fundamentálnou zmenou, ktorú je potrebné zhodnotiť pozitívne, zvlášť s ohľadom na reformu z roku 2004, ktorá bola zameraná na hmotno-právnou stránku, a znamenala hlavne zjednodušenie a skvalitnenie daňovej legislatívy a taktiež zosúladenie s normotvorbou EÚ.

Dnes stojíme na prahu ďalšej veľkej reformy, ktorá tento krát sleduje líniu procesno-právnou. Nový zákon č. 563/2009 Z. z. o správe daní (daňový poriadok) a o zmene a doplnení niektorých zákonov je súčasťou „Reformy daňovej a colnej správy s výhľadom zjednotenia výberu daní, cla a poistných odvodov“, ktorá je realizovaná prostredníctvom programu UNITAS, ako prvá fáza etapy UNITAS I. Táto reforma sa dotýka nie len právnej úpravy daňového konania, či širšej správy daní, ale aj celého daňovo-odvodového systému (vrátane organizácie daňovej a colnej správy). Oficiálnym cieľom predmetného programu je „zabezpečiť efektívnejšie fungovanie daňovej správy, zvýšenie miery priamočiarosti procesov pri správe daní, odstránenie nejednoznačných a neurčitých pojmov a zabezpečenie rýchlejšej komunikácie so správcom dane, prípadne zníženie potreby osobnej komunikácie daňovníka s daňovým úradom (napr. uprednostňovaním elektronického doručovania dokumentov)“.⁴² V súvislosti s vyššie uvedenými skutočnosťami je však

⁴¹ Tieto atribúty sú v daňovej sfére obzvlášť potrebné vzhľadom na špecifikum v podobe autoaplikácie daňového práva adresátni právnych noriem – daňovými subjektmi, t.j. fyzickými a právnickými osobami.

⁴² <http://portal.gov.sk/Portal/sk/Default.aspx?CatID=42&NewsID=1269> 28.08.2011.

potrebné skonštatovať, že otáznik visí nie ani tak nad podstatou reformy⁴³ výberu verejných platieb plynúcich do štátneho rozpočtu, ako skôr nad spôsobom realizácie tohto cieľa a jeho správnym zorganizovaním.⁴⁴

Súčasný daňový zákonodarstvo má však stále množstvo neduhov. O jeho stabilite nemôže byť v našich podmienkach ani reči a rovnako tak je veľkým negatívom prílišná politizácia normotvorby a periodické zmeny koncepcií idúce ruka v ruku so zmenami po parlamentných voľbách. Ďalším negatívnym javom je často až chaotickosť právnej úpravy a jej zmien, kedy dochádza k nepremysleným ťahom, ktoré sa následne ukážu ako nesprávne, no proces ich zavedenia a následného zrušenia spôsobuje štátu (i daňovým subjektom) dodatočné a zbytočné administratívne náklady.⁴⁵

Ad 3. Pohľad za hranice štátu

Každý si uvedomuje, že už veľmi dlhé obdobie nie je štát ani v daňovej oblasti tak suverénny, ako tomu bolo kedysi – pred érou harmonizovania právnej úpravy z úrovne EÚ. Musíme teda vnímať nie len vnútroštátny rozmer daňového práva, ale aj ten úniový a medzinárodný. Globalizácia sa totiž prejavuje aj

⁴³ Podľa nášho názoru je cesta takéhoto zlúčenia správna, rovnako tak pozri napr. NECKAŘ, J. *Institucionální reforma daňové správy v České republice*. In *Europeanization of the national law, the Lisbon Treaty and some other legal issues* (CD ROM). 1. vydání. Brno : Tribun EU s.r.o., 2008. s. 491.

⁴⁴ Je totiž otázne, ako rýchlo sa jej pozitívny vplyv prejaví. Totiž v roku 2004 bola taktiež uskutočnená daňová reforma. Od roku 2001 do roku 2004 predstavoval pomer celkových administratívnych nákladov správy daní a príjmu štátneho rozpočtu za daňovú správu 1,43 – 1,26 %. V roku 2005, teda v období, keď sa prejavili zvýšené náklady na zreformovaný daňový systém SR, predstavoval tento pomer 2,43 %. Takéto prechodné zvýšenie by bolo normálne, keďže s nákladmi súvisiacimi so zmenou sa rátať, keby sa tento pomer postupne znižoval a ukazoval by tak zlepšenie efektivity. K tomu však nedošlo. Tento pomer sa od roku 2005 stále drží na rovnakej úrovni⁴⁴, pričom posledná hodnota – za rok 2009 je 2,45 %. Aj keď spomínaná reforma zaviedla naozaj mnohé pozitíva a celkovo sa aj pozitívne hodnotí, je na mieste poznamenať, že zvýšenie reálnej efektivity výberu daní rozhodne neprinesla. (Zdroje údajov: Výročná správa o činnosti daňových orgánov v roku 2009 a Tax administration in OECD and selected non-OECD countries: Comparative information series (2008).)

Bližšie pozri KICOVÁ, A. *Economic aspects of tax administration*. In *Dny práva - 2010 - Days of Law : zborník príspevků : 4.ročník mezinárodní konference : [10.- 11. november 2010]*, Brno. S. 376-390. Brno : Masarykova univerzita, 2010.

⁴⁵ Napríklad od 1.1.2009 došlo k zmene zákona o dani z pridanej hodnoty v oblasti limitu obratu, na ktorý sa viazal vznik registračnej povinnosti z pôvodných 1 500 000 Sk na 35 000 eur, čo spôsobilo, že väčší počet subjektov splňal tento znížený limit a musel splniť zákonom danú registračnú povinnosť. Keďže tento krok sa následne prehodnotil a s účinnosťou od 1.7.2009 sa limit vrátil na pôvodných 49 790 eur, boli vlastne činnosti spojené s registráciou spomenutej skupiny subjektov zbytočné.

potrebou medzinárodnej spolupráce pri predchádzaní daňových únikov a dvojitého zdanenia či vyrovnania sa s existenciou daňových rajov. Harmonizačná normotvorba a aj celková politika EÚ má zásadný vplyv na vnútroštátne daňové právo. Podobné daňové systémy totiž môžu skôr zabrániť tak daňovým únikom ako aj dvojitému zdaneniu, ako aj znížiť náklady podnikajúcich subjektov pri dosahovaní súladu s daňovými predpismi rôznych členských štátov.⁴⁶ K prioritám EÚ preto patrí spolupráca jednotlivých orgánov členských štátov, tých daňových nevynímajúc⁴⁷. Jeden zo zásadných cieľov EÚ je už splnený, a síce harmonizácia nepriamych daní, ako nevyhnutná podmienka efektívneho a reálneho fungovania vnútorného trhu⁴⁸ kde možno skonštatovať plnú harmonizáciu. V súčasnosti sa do centra pozornosti dostáva oblasť priamych daní, kde však zatiaľ snahy únie pomerne prudko narážajú na odpor niektorých členských štátov a potrebu súhlasu všetkých členských štátov, ktoré predovšetkým nemajú ochotu pristúpiť k ďalšej harmonizácii, keďže ju považujú za zásah do ich suverenity a vnútornej politiky vzhľadom na možnosť využívať predovšetkým dane právnických osôb ako nástroj tvorby hospodárskej politiky.⁴⁹ Samotní podnikatelia však tiež nie sú úplne presvedčení o pozitívach týchto krokov.⁵⁰

Nemenej dôležitou je v tejto súvislosti problematika daňovej konkurencie a práva štátu na voľbu vlastnej daňovej politiky. Otázka teda znie, do akej miery je táto zjednocujúca snaha EÚ skutočne dobrá a prospešná. Podľa Daniela J. Mitchella⁵¹ totiž daňová harmonizácia zameraná na zjednocovanie, resp. stanovenie minimálnych daňových sadzieb spôsobuje de facto ich umelé

⁴⁶ Biela kniha dokončenia vnútorného trhu z roku 1985 stanovila úlohu, „aby daňové systémy členských štátov zaistili podnikateľom prosperitu a výhody plynúce z členstva, podporovali vnútorné investície a zamestnanosť, zároveň však nemohli poskytovať priestor pre nelegálne daňové transakcie, vyhýbanie sa plateniu daní a daňovým podvodom.“

ŠIROKÝ, J. *Dane v Evropské unii*. 2. aktualizované a rozšírené vydání. Praha : Linde, 2007, s. 22.

⁴⁷ Bližšie pozri: KOČIŠ, M. *Pramene medzinárodnej výmeny informácií v oblasti priamych daní*. In QUAERE 2011 : recenzovaný zborník príspevků mezinárodní vědecké konference : 25.-29.apríl 2011, Hradec Králové. - Hradec Králové : MAGNANIMITAS, 2011. s. 292-300.

⁴⁸ ŠIROKÝ, J. *Dane v Evropské unii*. 2. aktualizované a rozšírené vydání. Praha : Linde, 2007, s. 22.

⁴⁹ HARUMOVÁ, A. *Vplyv daní na rozvoj podnikateľskej sféry*. Ekonomický časopis, č. 2, 2002, s. 281.

⁵⁰ Napr. podľa spoločnosti KPMG v roku 2007 podporovalo myšlienku CCCTB 78% veľkých európskych spoločností, avšak podľa spoločnosti PriceWaterhouseCoopers sa až 43% nadnárodných spoločností v EÚ obávalo, že spoločný daňový základ by mal negatívny vplyv a zvýšil by ich efektívne daňové zaťaženie.
<http://www.enterprise-europe-network.sk/articles.php?tid=249&lang=sk>
16.08.2011.

⁵¹ Expert Heritage Foundation, Washington, D. C. na daňovú politiku a daňové reformy.

zvyšovanie, ktoré potláča daňovú konkurenciu⁵² medzi jednotlivými štátmi. Štáty nie sú nútené hľadať lepšiu alebo vhodnejšiu formu daňovej politiky, pretože nemusia mať obavy z toho, že daňové subjekty by mohli využiť výhody lepšej daňovej politiky iného štátu, keďže daňové zaťaženie v takýchto štátoch je podobné. Nevytvára sa tak priestor pre to, aby sa znižovalo daňové zaťaženie, ktoré podľa ekonomických teoretikov aj reálnych zistení spôsobuje zvýšenie daňových príjmov štátu i zlepšenie stavu ekonomiky daného štátu.⁵³ Jedným z náznakov, že takýto postoj sa opiera o reálne základy bol aj prístup lídrov medzi štátmi únie (Francúzsko, Nemecko), ktorí sa čoraz viac prezentovali za harmonizáciu aj právnej úpravy priamych daní v súvislosti so vstupom nových členských krajín do EÚ v roku 2004. Vo viacerých novo prístupujúcich štátoch je totiž zdaňovanie právnických osôb podstatne nižšie⁵⁴, čo spôsobuje motiváciu podnikov v otázke zakladania svojich sídel smerom k takýmto krajinám, na úkor tých s vyšším daňovým zaťažením.⁵⁵

Záver

Sila daní a daňového zákonodarstva je nesmierna. Uvedomujú si to nie len laici a odborníci ale aj vedúci predstavitelia každého štátu. Práve tí majú v pozícii členov zákonodarného orgánu v rukách moc ovplyvňovať vývoj štátu a jeho ekonomiky. Na to, aby sa táto moc využila v prospech podpory podnikateľského prostredia a tým aj zabezpečenia prosperity štátu je však potrebné, aby tí jeho politickí predstavitelia, ktorí majú právo rozhodovať o využití potenciálu daňovej politiky, boli zároveň aj odborníkmi. Môžu totiž veľa napraviť, ale i pokaziť.

⁵² Podporujú ju napr. prívrženci ekonomickej školy "verejnej voľby", ktorej predstaviteľom je James Buchanan, laureát Nobelovej ceny za ekonómiu z roku 1986.

⁵³ Typickým príkladom je vývoj v Írskej republike, kde zníženie daní z príjmu fyzických a právnických osôb a z kapitálových príjmov enormne zvýšilo ekonomický rast a životnú úroveň krajiny. Rovnaký efekt malo zníženie daní vo Veľkej Británii (Margaret Thatcher) a Spojených štátoch amerických (Ronald Reagan) v osemdesiatych rokoch. „OECD odhadla, že ekonomiky rástli rýchlejšie o 0,5% po každom 10%-tnom znížení marginálnych daňových sadzieb.“

Pozri bližšie: <http://www.konzervativizmus.sk/article.php?711> 18.08.2011.

⁵⁴ Nominálne sadzby dane zo zisku právnických osôb podľa stavu k 31.12.2006: Bulharsko: 15 %, Česká republika 24 %, Estónsko 23 %, Litva 15 %, Lotyšsko 15 %, Maďarsko 16 %, Malta 35 %, Poľsko 19 %, Rumunsko 16 %, Slovensko 19 %.

ŠIROKÝ, J. *Dane v Evropské unii*. 2. aktualizované a rozšírené vydání. Praha : Linde, 2007. s. 43.

⁵⁵ ŠTRKOLEC, M. *Vybrané právne aspekty zdaňovania elektronického obchodu v právnom prostredí Slovenskej republiky*. In *Daně : odborný časopis pro daňové právo v praxi*. Roč. 13, č. 11 (2005), s. 8.

Zabezpečenie budúcich zmluvných povinností

JUDr. Alexander Brösl
advokát

Úvod

Nezriedkavou požiadavkou účastníkov právnych vzťahov je, aby si v budúcnosti, po uplynutí určitého času, mohli od iného subjektu nárokovať uzavretie dohodnutého záväzkového vzťahu alebo plnenie zmluvných povinností.

Právny poriadok pre naplnenie takejto potreby ponúka viacero právnych nástrojov – z nich naj dôvernejšie známou je, v domácom prostredí veľmi často využívaná, zmluva o budúcej zmluve.

Popri úvahách nad súčasnou právnou úpravou tohto zmluvného typu (osobitného zmluvného typu, nakoľko stojí „nad“ ostatnými zmluvnými typmi – budúcou zmluvou môže byť každá z pomenovaných ako aj nepomenovaných zmlúv) sa tento príspevok venuje aj ďalším alternatívam pre zabezpečenie plnenia budúcich zmluvných povinností; príspevok porovnáva spôsoby dosiahnutia tohto účelu pri jednotlivých modeloch a v závere formuluje námety *de lege ferenda*.

I. Zmluva o budúcej zmluve

Zmluva o budúcej zmluve je v našom právnom poriadku zakotvená v stručnom ustanovení § 50a Občianskeho zákonníka a v podrobnejšej podobe v §§ 289 – 292 Obchodného zákonníka. Kým pri niektorých zmluvných typoch je dualizmus právnej úpravy legitimizovaný osobitosťami obchodnoprávneho styku, v prípade zmluvy o budúcej zmluve jej konštrukcia, obsah, či všetky všeobecne predvídateľné okolnosti pri jej uzavieraní, skôr nedávajú dôvod pre dvojité právnou úpravu. Potvrďuje to aj rozsah a charakter odlišností v oboch zákonníkoch.

Prvým z rozdielov je spôsob vymedzenia budúcej zmluvy; podľa Občianskeho zákonníka musí zmluva o budúcej zmluve obsahovať podstatné náležitosti budúcej zmluvy, podľa obchodného kódexu musí byť predmet plnenia určený aspoň všeobecným spôsobom. Identifikácia podstatných náležitostí budúcej zmluvy spravidla nebude predstavovať náročnú úlohu vzhľadom na ustálený význam tohto pojmu. Nejasnosť môže vzniknúť pri inominálnych zmluvách, v prípade ktorých nemožno uvažovať o podstatných náležitostiach v pravom slova zmysle a požiadavka na obsah ktorých vyplýva len z § 51 Občianskeho zákonníka (súlad s obsahom resp. účelom Občianskeho zákonníka). Pomôc-

kou môže byť ustanovenie § 491 odsek 2 Občianskeho zákonníka, ktoré obsahuje aplikačné pravidlo v prípade nepomenovaných zmlúv – pri niektorých z nich tak bude možné špecifikáciu budúcej zmluvy aspoň podporne odvodzovať od podobného zmluvného typu, rozhodne každý inominátny kontrakt bude potrebné vymedziť dostatočne určito v zmysle všeobecných náležitostí právnych úkonov.

Obchodným zákonníkom požadovaný spôsob definovania budúcej zmluvy pri obchodnoprávných vzťahoch sa môže javiť ako neohraničený a môže viesť k otáznikom nad určitosťou zmluvy o budúcej zmluve. Obchodný zákonník na žiadnom inom mieste nepoužíva pojem „predmet plnenia, ktorý je určený aspoň všeobecným spôsobom“ - v tejto súvislosti môže napadnúť vymedzenie predmetu verejnej súťaže podľa § 282 Obchodného zákonníka, ktorý ustanovuje: *„Na vyhlásenie verejnej obchodnej súťaže sa vyžaduje, aby sa písomne všeobecným spôsobom vymedzil predmet požadovaného záväzku“* a vymedzenie obsahu inominátnych zmlúv podľa § 269 odsek 2 Obchodného zákonníka, ktorý ustanovuje: *„Účastníci môžu uzavrieť aj takú zmluvu, ktorá nie je upravená ako typ zmluvy. Ak však účastníci dostatočne neurčia predmet svojich záväzkov, zmluva nie je uzavretá“*. Z akého dôvodu bolo zvolené práve „určenie predmetu plnenia aspoň všeobecným spôsobom“ nie je z dostupných prameňov známe a nesúlad s náukou o náležitostiach právnych vzťahov (správnejšie by bolo použitie formulácie „určenie predmetu záväzkov“ – tak ako to je v prípade ustanovenia o verejnej obchodnej súťaži) je pravdepodobne len nedôslednosťou zákonodarcu (opačne by postačovalo, aby bola budúca zmluva vymedzená len nepriamym predmetom záväzkových vzťahov, čo je záver ktorý musí byť odmietnutý). Pri každej obchodnoprávnej zmluve preto platí, že najstručnejším možným spôsobom určená budúca zmluva musí mať predmet *záväzkov* definovaný dostatočne určito; vďaka použitiu slovného spojenia „aspoň všeobecným spôsobom“ bude možné budúcu zmluvu vymedziť o niečo menej konkrétne ako v občianskoprávných vzťahoch. V konečnom dôsledku pojem zvolený zákonodarcom nijako neprispieva k vnútornej konzistentnosti a zrozumiteľnosti Obchodného zákonníka, ale jeho negatívny dôsledok pre právnu prax je zanedbateľný.

Uvedený záver platí o to viac, že v obchodnoprávnej praxi sa zmluva o budúcej zmluve (ktorá má podľa obidvoch kódexov obligatórne písomnú formu, čo samo o sebe vedie zmluvné strany k zvýšenej obozretnosti pri vymedzení budúcej zmluvy) neraz používa pri veľkých transakciách (napr. prevody obchodných podielov). Jej obsahu je preto venovaná taká pozornosť, že minimálny rámec stanovený pre vymedzenie budúcej zmluvy je podstatne prekročený, či už v podobe precízneho určenia obsahu budúcej zmluvy (napr. cez celý rad položiek), až po zahrnutie celého jej znenia do textu alebo do prílohy zmluvy o budúcej zmluve. Takýto postup možno označiť za prezieravý, pretože v prípadnom konaní o určenie obsahu budúcej zmluvy resp. nahradenie prejavu vôle, vedie ku minimalizovaniu priestoru pre prípadné dotváranie obsahu zmluvy. Inokedy môže byť strohé vymedzenie budúcej zmluvy cieľené

– zmluvné strany môžu mať záujem len na určení minimálnych náležitostí a o ďalších zamýšľaných otázkach právneho vzťahu budú viesť rokovania.

Rozdiel medzi úpravami v oboch kódexoch spočíva aj v nárokoch, ktoré oprávnenej strane prináležia pri neuzavretí hlavnej zmluvy – Občiansky zákonník dotknutej strane priznáva nárok domáhať sa nahradenia prejavu vôle a súčasne aj náhrady škody, podľa Obchodného zákonníka jej patrí právo domáhať sa určenia obsahu zmluvy (a to súdom alebo dohodnutou osobou) *alebo* náhrady škody (s výnimkou neoprávneného odmietnutia rokovaní o budúcej zmluve, kedy je súbeh náhrady škody a súdneho určenia obsahu zmluvy možný).

Konanie o nahradenie prejavu vôle, ako aj o určenie obsahu budúcej zmluvy sú konaniami, ktoré nie sú v Občianskom súdnom poriadku nijako osobitne upravené (budú prebiehať ako klasické sporové konanie); z procesného predpisu preto nemožno dovodiť, či ide o rovnaký typ konaní¹. Opäť by sa mohlo jednať len o nedôslednosť zákonodarcu pri tvorbe legislatívneho textu čo, vzhľadom na opakované použitie tohto pojmu a na existenciu § 292 odsek 1 Obchodného zákonníka, nemožno pripustiť. Posledne uvádzané (svojím obsahom procesné) ustanovenie, ktoré definuje kritéria pri určovaní obsahu zmluvy by mohlo nasvedčovať iným oprávneniam súdu oproti konaniu o nahradenie prejavu vôle. Avšak aj tu musí byť výsledkom rozhodnutie, vedúce priamo k uzavretiu zmluvy rovnako ako rozsudok nahrádzajúci prejav vôle.

Z hľadiska koncepcie právnych úkonov a zmluvnej slobody je veľmi podstatnou otázkou miera vstupu súdneho orgánu do autonómie zmluvných strán a to obzvlášť tam, kde je budúca zmluva špecifikovaná minimalisticky. Zjednodušene možno konštatovať, že čím stručnejšie je budúca zmluva vymedzená, tým dlhšie konanie možno očakávať a to nielen pre prípadné zisťovanie vôle zmluvných strán súdom, ale aj pre prípadné námietky zmluvnej resp. procesnej protistrany o tom, že rozhodnutie súdu sa bude odchyľovať od vôle, ktorú chcela v budúcnosti prejavovať. Teoreticky možno pripustiť súdne rozhodnutie, ktorým by bol nahradený prejav vôle smerujúci k uzavretiu zmluvy, podľa ktorej „Predávajúci sa zaväzuje dodať kupujúcemu 1 ks čiernej stoličky typu ABC a kupujúci sa zaväzuje zaplatiť kúpnu cenu 30,- €“ (čo by zodpovedalo základným požiadavkám na vymedzenie budúcej zmluvy) – takéto rozhodnutie by paradoxne len vytvorilo priestor pre ďalšie nezhody medzi účastníkmi konania a preto by nemalo byť výsledkom súdneho konania. Naznačené procesné súvislosti dávajú dobrý dôvod na to, aby bolo do zmluvy o budúcej zmluve zahrnuté celé znenie budúcej zmluvy.

Zaujímavou možnosťou, ktorá by mohla mať vplyv minimálne na rýchlosť konania, je určenie obsahu budúcej zmluvy tretou osobou - Obchodný zákon-

¹ Ako uvádza Irena Pelikánová; k tomu bližšie: *Pelikánová I.: Komentár k Obchodnímu zákonníku. 3 díl. 2. upravené vydání. Linde Praha a.s., 1998, s. 152*

ník mlčí o akýchkoľvek základných procesných otázkach (t.j. napríklad pravidlá konania, či napríklad záväznosť rozhodnutia) a ani výslovne neodkazuje na predpis o rozhodcovskom konaní, ktorý pozná ad hoc rozhodcov, rozhodovanie ktorých je v tomto predpise upravené. Iný záver, ako postup podľa uvedeného zákona považujem za málo obhájitelný – inak by výsledkom mohlo byť rozhodnutie bez akejkoľvek právnej záväznosti, ktorému by mohlo predchádzať konanie bez zákonodarcom одобrených pravidiel.

Pre úplnosť je potrebné uviesť, že rozdiel medzi občianskoprávnou a obchodnoprávnou zmluvou o budúcej zmluve sa týka aj lehoty, v ktorej je potrebné obrátiť sa na súd s cieľom dosiahnuť uzavretie budúcej zmluvy – obidva kódexy ustanovujú základnú jednoročnú lehotu (Obchodný zákonník výslovne aj pre uplatnenie náhrady škody), pričom obchodnoprávna úprava pripúšťa dohodu o inej lehote (vrátane kratšej). Občiansky zákonník túto možnosť neposkytuje, dojednanie o inej lehote by sa však mohlo opierať o § 2 odsek 3 Občianskeho zákonníka, i keď sa skôr domnievam, že vzhľadom na celkovú koncepciu premlčacích a prekluzívnych lehôt v Občianskom zákonníku nemožno uvedenému ustanoveniu priznať dispozitívnosť. Rozdiel spočíva aj v charaktere jednoročnej lehoty – Obchodný zákonník výslovne definuje túto lehotu ako premlčaciu, v prípade Občianskeho zákonníka sa vedie polemika o jej povahe (prekluzívna verzus premlčacia). Obe právne úpravy spája zákonodarcov záujem na stanovení kratšej lehoty (v porovnaní so všeobecnou premlčacou lehotou) a to pravdepodobne s cieľom pôsobiť na zvýšenie prehladnosti a stability v právnych vzťahoch.

Pozornosť si, v rámci posudzovania rozdielných prístupov, vyžaduje vzťah náhrady škody a súdneho vynútenia uzavretia budúcej zmluvy. Ako prvá sa vynára otázka, v čom má spočívať škoda, ak hlavná zmluva nakoniec uzavretá, hoci v dôsledku súdneho rozhodnutia, bude – v takomto prípade bude účel zmluvy o budúcej zmluve naplnený a vznikne klasický záväzkový vzťah, ktorého porušovanie bude okrem iného zakladať aj nárok na náhradu škody. Ak hlavná zmluva bude aj splnená, uvažovať, ak vôbec, možno len o škode, ktorá vznikla v príčinnej súvislosti s neskorším uzavretím tejto zmluvy - z tohto pohľadu sa vylúčenie súbehu nároky na náhradu škody javí ako zodpovedajúce rozumnému usporiadaniu vecí. Ak zákonodarca nevidí dôvody pre vylúčenie takéhoto súbehu, tento by mal byť pri duálnej právnej úprave vyriešený v súlade s celkovou koncepciou príslušného kódexu – potom je potrebné si položiť otázku, či vylúčenie súbehu oboch nárokov zodpovedá prísnejšej koncepcii Obchodného zákonníka pri postihovaní neplnenia zmluvnej povinnosti.

Forma zmluvy o budúcej zmluve je, ako už bolo spomenuté, obligatórne písomná podľa oboch právnych úprav (§50a odsek 1 Občianskeho zákonníka, § 289 odsek 2 Obchodného zákonníka). V súvislosti s formou zmluvy o budúcej zmluve je diskutovaná otázka úradného overenia podpisov v prípade budúcich prevodov nehnuteľností; pravidelne sa možno stretnúť s požiadavkou, aby bol podpis budúceho prevodcu nehnuteľnosti úradne ove-

rený. O správnosti tohto záveru si dovoľím zapochybovať - overenie podpisu prevodu je zákonnou podmienkou spôsobilosti listín pre zápis z nich vyplývajúcich práv do katastra nehnuteľností a preto vo všeobecnosti nemôže byť podmienkou platnosti právneho úkonu. Rovnako je absurdné trvať na takejto požiadavke pri zmluve, na základe ktorej sa nevykonávajú zápisy do katastra nehnuteľností. Opačne tomu bude v prípadoch, kedy má overenie podpisu charakter podmienky platnosti zmluvy (napr. zmluva o prevode obchodného podielu podľa § 115 Obchodného zákonníka).

Nie celkom jednoznačne je v prípade zmluvy o budúcej zmluve zodpovedaná otázka jej jednostrannej záväznosti, t.j. takeého koncipovania zmluvy o budúcej zmluve, z ktorej bude v budúcnosti na uzavretie budúcej zmluvy povinná len jedna zmluvná strana, čím druhej zmluvnej strane vzniká úplná rozhodovacia sloboda v otázke vzniku budúceho zmluvného vzťahu. Otázka je aktuálna iba v prípade Občianskeho zákonníka - Obchodný zákonník (§ 289 odsek 1) výslovne pripúšťa, aby sa budúcu zmluvu zaviazala uzavrieť jedna zmluvná strana. Podľa môjho názoru však uzavretiu jednostranne záväznej zmluvy o budúcej zmluve podľa Občianskeho zákonníka nič nebráni - neprípustnosť takejto podoby zmluvy o budúcej zmluve nevyplýva z povahy jej definície či z povahy jej účelu.

Klasická súčasť zmluvy o budúcej zmluve, *clausula rebus sic stantibus* je upravená takmer totožne - Obchodný zákonník podmieňuje jej úspešné uplatnenie bezodkladným oznámením druhej zmluvnej strane. Existenciu tejto doložky, predstavujúcej sui generis spôsob zániku záväzku (a taktiež tradičnú súčasť zmluvy o budúcej zmluve) je pritom potrebné, v súvislostiach, ktoré budú vysvetlené ďalej, vnímať ako prínos a preto dispozitívnosť jej právnej úpravy v Obchodnom zákonníku nepovažujem za vhodnú.

Z hľadiska celkovej miery zabezpečenia budúcich zmluvných povinností je potrebné uviesť, že vynútenie uzavretia budúcej zmluvy môže byť veľmi zdĺhavé a nepraktické, pretože si vyžaduje zahájenie a absolvovanie nejednoduchého súdneho konania (ku ktorému môže dôjsť aj pri voľbe rozhodcu, nakoľko jeho rozhodnutie je, za určitých predpokladov, preskúmateľné súdom). Podľa mojich poznatkov ide v domácich podmienkach o veľmi zriedkavé konanie, ktorého priebeh môže byť, s výnimkou prípadov, kedy bol celý text budúcej zmluvy súčasťou zmluvy o budúcej zmluve, veľmi ťažké odhadnúť. Preto ak sa zmluvné strany rozhodnú pre zmluvu o budúcej zmluve, mali by v nej dohodnúť aj ďalšie mechanizmy (veľmi často je ním primeraná zmluvná pokuta) vytvárajúce na protistranu tlak, ktorý ju bude odrádzať od kalkulácii s dlhým súdnym konaním.

II. Odklad účinnosti právneho úkonu

S účinnosťou či neúčinnosťou právneho úkonu sa v súkromnom práve možno stretnúť vo viacerých kontextoch; pravdepodobne najviac sa spája s inštitú-

tom odporovateľnosti právneho úkonu. Posúdeniu prípadných viacerých významov pojmu účinnosť právneho úkonu a ich právnej úprave sa tento príspevok nevenuje - veľmi podnetne je táto téma spracovaná Robertom Šorlom, na ktorého článok si týmto dovoľujem odkázať². Predmetom tejto časti textu je preto najmä posúdenie odkladu účinkov právneho úkonu do presne vymedzeného časového bodu ako alternatívy ku zmluve o budúcej zmluve³.

Pojem „odklad účinnosti zmluvy (právneho úkonu)“ je jazykovou skratkou viazania účinkov právneho úkonu na uplynutie času (možno mať pochybnosti o správnosti jeho používania - vid' vyššie uvedený článok Róberta Šorla) a má pravdepodobne pôvod v právnej praxi, kde má z formulačného hľadiska veľmi jednoduchú podobu - zmluvný text je, spravidla v záverečných ustanoveniach, zavŕšený vetou v znení „Táto zmluva nadobúda účinnosť dňa....“ alebo ešte typickejšie „Táto zmluva nadobúda platnosť dňom jej podpisu zmluvnými stranami a účinnosť dňa.....“. Nesprávne zvolené pojmoslovie nemôže mať za následok neplatnosť právneho úkonu alebo iný negatívny následok, pretože z takéhoto ustanovenia možno, za použitia interpretačných pravidiel právnych úkonov, dovodiť len záujem zmluvných strán na neskoršom vzniku účinkov právneho vzťahu.

Motívy využitia odkladu účinnosti v právnej praxi sú zjavné; voľba odkladu účinnosti právneho úkonu na určitý termín je praktickým riešením, pretože uplynutím času vzniká plnohodnotný záväzkový vzťah. V prípade nesplnenia zo zmluvy vyplývajúcich povinností môže oprávnená osoba pristúpiť priamo k ich súdnemu vymáhaniu resp. k uplatneniu nárokov vznikajúcich z ich nesplnenia bez toho, aby najprv musela absolvovať proces vedúci k vzniku tejto zmluvy, čo dotknutú zmluvnú stranu ochraňuje od zložitého a dlhého súdneho konania (žiadalo by sa dodať, že môže zmluvnú stranu ochrániť od *prvého* zložitého súdneho konania, ako určitého medzikroku, nakoľko ak nebude povinná strana plniť svoje povinnosti zo vzniknutej zmluvy, jedinou alternatívou môže ostať súdne konanie).

Odklad účinnosti však bude možné využiť len vtedy, ak budú mať zmluvné strany ucelenú predstavu o obsahu zmluvného vzťahu a nebude postačovať len dohoda o podstatných náležitostiach, či všeobecné vymedzenie predmetu plnenia. Rovnako má, podľa môjho názoru, odklad účinnosti opodstatnenie len pri zmluvách, predmetom ktorých je záväzok k nepretržitej alebo opakovanej činnosti alebo záväzok zdržať sa určitej činnosti alebo strpieť určitú činnosť⁴.

² ŠORL, R.: Niekoľko úvah o pojme účinnosť zmluvy. In: Justičná revue. Roč. 53, č. 11(2001), s. 1176-1186

³ Pre úplnosť je potrebné spomenúť zrejmy terminologicko - technický rozdiel: pri viazaní účinkov právneho úkonu na určitý čas v budúcnosti, je zamýšľaný záväzkový vzťah založený už uzavretím zmluvy, na rozdiel od zmluvy o budúcej zmluve, pri ktorej sa dojednáva ešte len budúca kontraktačná povinnosť, tj. povinnosť v budúcnosti pristúpiť k procesu uzavierania zmluvy.

⁴ Definované podľa § 582 Občianskeho zákonníka; odklad účinnosti sa využije napríklad pri nájomnej zmluve, ktorá má byť uzavretá v budúcnosti.

Pri ostatných zmluvných typoch, ktoré majú jednorázový charakter, je účelnejším priamo uzavrieť zmluvu a dohodnúť sa len na odklade splatnosti plnení⁵ - odklad účinnosti možno využiť aj tu, zmluvné strany sa ale uvedeným spôsobom môžu vyhnúť ďalej uvedeným aplikačným nejasnostiam.

V Občianskom zákonníku je odklad účinnosti právneho úkonu upravený v §§ 36, 47 a 47a Občianskeho zákonníka. Prvé z citovaných ustanovení upravuje odkladáciu a rozvázováciu podmienku vo všeobecnosti, ďalšie dve zakotvujú účinnosť právneho úkonu vo väzbe na rozhodnutie štátneho orgánu resp. na publikovanie tzv. povinne zverejňovanej zmluvy. Odklad účinnosti právneho úkonu len v čase (teda bez väzby na akúkoľvek inú podmienku) nie je normatívne upravený ani v Občianskom ani Obchodnom zákonníku; domáca literatúra v komentároch ku § 36 Občianskeho zákonníka uvádza aj možnosť určenia lehoty, ktorá sa od podmienky odlišuje tým, že je viazaná na určitý časový bod, ktorý určite nastane (pri podmienke takáto istota neexistuje). Podobnosť odkladu účinnosti právneho úkonu v čase ku odkladacej podmienke je evidentná a preto zmienka o nej práve v komentároch ku podmienkam prirodzená. Avšak ani ku odkladacej podmienke (s následným použitím pri uložení času), podľa mojich vedomostí, v domácom prostredí neexistuje literatúra, prípadne súdne rozhodnutia, ktoré by skúmali charakter a obsah právneho vzťahu v období od uzavretia zmluvy do nadobudnutia jej účinnosti.

Ako príklad možno použiť nájomnú zmluvu, ktorú zmluvné strany uzavruť 1. septembra 2011 s tým, že podľa ich výslovnej dohody „zmluva nadobudne účinnosť 1. januára 2012“. Zmluvné strany tak vytvoria priestor pre štvormesačné obdobie, v ktorom už sú viazané svojimi prejavmi, v súlade s vôľou zmluvných strán však účinky právneho vzťahu v celom rozsahu nastanú až po jeho uplynutí. V takomto medziobdobí môžu vzniknúť situácie, na ktoré práva úprava nedáva odpoveď - nepochybne nemôže dôjsť k vzniku nárokov na plnenie (napr. domáhanie sa platenia nájomného, či prenechania prenajatej veci do užívania), môže sa však objaviť konanie, ktoré bude predstavovať ohrozenie vzniku nájomného vzťahu (napríklad prenajímateľ vec prenechá do užívania tretej osobe aj na dobu po 1. januári 2012). Ako sa bude môcť nájomca brániť? Bude neskoršia zmluva platná? Celkom bežne môže vzniknúť požiadavka na ukončenie zmluvného vzťahu resp. na to, aby nájomný vzťah od 1. januára 2012 vôbec nevznikol. Aké sú potom možnosti strany, ktorá chce nájomný vzťah v uvedenom medziobdobí ukončiť?

V prípade záujmu na ukončení zmluvy sa medzi zvažovanými možnosťami, celkom prirodzene, objaví výpoveď zmluvy – je ale výpoveď prípustná, keď ešte záväzkový vzťah nie je rozvinutý do „plnohodnotnej podoby“? Ak áno, možno uplatniť podmienky výpovede uvedené v zmluve, alebo len všeobecné

⁵ Pôjde napríklad o kúpnu zmluvu – ak majú účastníci záujem uzavrieť ju v budúcnosti, nie je dôvod odkladať účinnosť celej zmluvy, ale zmluvu možno uzavrieť s tým, že zmluvné strany sa dohodnú na odklade splatnosti jednotlivých plnení resp. na čase dodávky tovaru a čase zaplatenia kúpnej ceny

podmienky výpovede zakotvené v právnych predpisoch? Podľa môjho názoru jednoznačne neprichádza do úvahy výpoveď zmluvy podľa zmluvných podmienok, nakoľko ani v tejto časti zmluva nenadobudla účinnosť – záver, že odklad účinnosti sa vzťahuje len na niektoré časti zmluvy (nie však napríklad na podmienky ukončenia zmluvy) by síce vyriešil celý nastolený problém, pokiaľ však nie je z prejavov vôle zrejmé niečo iné, nemožno ho prijať. Rovnako sa nemôže uplatniť ani všeobecná úprava výpovede, nakoľko predpokladom je aj tu existencia už v plnej miere záväzného právneho vzťahu. Položenú otázku nevyrieši ani prístup z opačného konca – pokus o interpretáciu, podľa ktorej by zmluvný vzťah podpisom zmluvy ešte nevznikol (t.j. pred účinnosťou neexistuje žiadny právny vzťah) by bol absurdným, nakoľko by popieral akúkoľvek záväznosť uskutočnených prejavov vôle. Samozrejme, ani pri zmluve o budúcej zmluve nebude bez ďalšieho možné jej jednostranné ukončenie (pokiaľ nebudú osobitne dojednané dôvody jej ukončenia, prípadne bude existovať dôvod pre odstúpenie); nakoľko samotná zmluva o budúcej zmluve zakladá účinný záväzkový vzťah musia si byť tejto skutočností zmluvné strany pri jej uzavieraní vedomé. Navyše, zmluva s odkladom účinnosti bude zmluvné strany zaväzovať aj v prípade, ak dôjde k významnej zmene oproti pôvodným okolnostiam. Bude sa jednať o prípady, na ktoré sa pri zmluve o budúcej zmluve vzťahuje klauzula *rebus sic stantibus* – pri úprave odkladu účinnosti však obdobné ustanovenia, prípadne v tomto zmysle formulovaný právny názor v súdnych rozhodnutiach, neexistuje. Nemožno vylúčiť, že použitím niektorých výkladových pravidiel by bolo možné dospieť k aplikácii tejto klauzuly aj v prípadoch použitia odkladu účinnosti, no v domácich podmienkach by bol takýto súdny prístup veľmi novátorský.

Nejasnosť v právnej záväznosti zatiaľ neúčinnnej zmluvy vyvoláva podobné otázky aj pri druhom uvádzanom príklade (prenajímateľ vec prenajme tretej osobe pred účinnosťou zmluvy) – bol už prenajímateľ do tej miery viazaný svojim prejavom, aby sa nájomca mohol úspešne dovolať neplatnosti právneho úkonu, alebo mu ostane k dispozícii len nárok na náhradu škody? Ak áno, akú právnu povinnosť prenajímateľ porušil svojim konaním? Alebo možno uvažovať o tom, že nakoľko právny vzťah ešte nemal žiadne právne účinky nemohlo dôjsť k porušeniu právnej povinnosti? Žiada sa dodať, že obdobná situácia môže nastať aj pri zmluve o budúcej zmluve (budúci prenajímateľ pred dohodnutou lehotou na uzavretie budúcej zmluvy prenajme vec tretej osobe a to aj na obdobie, na ktoré sa už má vzťahovať budúca zmluva), pričom právne názory sa v riešeníach rozchádzajú (tendencia je priznávať len nárok na náhradu škody, nie neplatnosť skoršej nájomnej zmluvy). Opätovne môžem len uzavrieť, že pri odklade účinnosti nie je režim právneho vzťahu v medziobdobí nijako definovaný, pretože nie je sformulovaný východiskový bod o právnej záväznosti neúčinnnej, ale uzavretej zmluvy.

Uvádzané príklady slúžia len na ilustráciu právnych otázok, ktoré sa môžu objaviť v období od uzavretia zmluvy do jej účinnosti, pričom vôbec nevyklúčujem ich pomerne jednoduché zodpovedanie (v uvedenom príklade môže mať

nájomca voči prenajímateľovi nárok na náhradu škody za nesplnenie povinnosti umožniť užívanie veci od 1. januára 2012). Nejasnosť v právnom režime zmluvy do času nadobudnutia jej účinnosti, ktorá môže do právneho vzťahu v tomto období vnieť právnu neistotu, môže nasmerovať rozhodovanie o zvolenom právnom nástroji v prospech zmluvy o budúcej zmluve. Preto ak voľba padne na odklad účinnosti, možno pri uzavieraní takejto zmluvy (zvlášť v prípadoch, kedy obdobie od uzavretia zmluvy do nadobudnutia účinnosti predstavuje dlhšiu dobu - niekoľko mesiacov, prípadne aj viac ako rok) odporúčať, aby bola možnosť ukončenia zmluvy v tomto čase výslovne upravená, alebo aby bola táto požiadavka upravená prostredníctvom iného inštitútu (veľmi vhodne sa tu vytvára priestor pre odstúpné), alebo si dokonca dohodnúť „vlastnú“ klauzulu *rebus sic stantibus*. Mimo pozornosti by nemali ostať ani žiadne ďalšie otázky, ktoré by v konkrétnom právnom vzťahu do nadobudnutia účinnosti zmluvy mohli byť pre zmluvné strany osobitne podstatné.

III. Neodvolateľný návrh zmluvy

Podľa publikácie od nemeckých autorov H. Broxa a W. -D. Walkera ⁶ predstavuje zmluva o budúcej zmluve neefektívny nástroj a to práve z dôvodu potreby žalovať na uzavretie hlavnej zmluvy, ak nebude v dohodnutom čase uzavretá – ako alternatívne riešenie uvedení autori uvádzajú aj neodvolateľný návrh zmluvy.

Nakoľko ide o veľmi zaujímavú možnosť, pokúsim sa posúdiť jej prípustnosť z hľadiska našej právnej úpravy, ktorej jadro je obsiahnuté v ustanoveniach §§ 43a - 43c Občianskeho zákonníka (odchylnú úpravu niektorých otázok pre obchodné vzťahy obsahujú §§ 269 - 275 Obchodného zákonníka, tie sa ale netýkajú zabezpečenia budúcich povinností zo zmluvného vzťahu).

Podmienky vyplývajúce z uvedenej právnej úpravy definujú pre použitie neodvolateľného návrhu zmluvy na skúmané účely nasledovné požiadavky:

- a) neodvolateľnosť návrhu zmluvy v nej musí byť vyjadrená,
- b) v návrhu musí byť určená lehota na jeho prijatie (pre použitie neodvolateľného návrhu na účely zabezpečenia budúcej zmluvnej povinnosti je dôležité, že Občiansky zákonník neustanovuje žiadne limity dĺžky tejto lehoty),
- c) doručenie návrhu jeho adresátovi (inak by mohol navrhovateľ využiť postup podľa § 43a odsek 2 Občianskeho zákonníka, podľa ktorého „*Návrh aj keď je neodvolateľný, môže navrhovateľ zrušiť ak dôjde prejav o zrušení osobe, ktorej je určený, skôr alebo aspoň súčasne s týmto návrhom*“).

V praxi si možno predstaviť napríklad návrh kúpnej zmluvy, na konci ktorého bude jednoduchá doložka v znení „Osoba uvedená v záhlaví tejto zmluvy ako

⁶ Brox, H., Walker, W-D.: Allgemeines Schuldrecht. 30. vydanie. C.H.Beck, 2004, s. 56

predávajúci, predkladá osobe uvedenej v záhlaví zmluvy ako kupujúci tento návrh kúpnej zmluvy, ktorý je neodvolateľný. Lehota na prijatie tohto návrhu zmluvy je 60 dní od jeho doručenia. Osoba uvedená v záhlaví tejto zmluvy ako kupujúci svojim podpisom potvrdzuje, že jej tento návrh bol doručený dňa.....“. Pre uzavretie kúpnej zmluvy bude postačovať už len účinné prijatie návrhu zo strany kupujúceho.

Z povahy veci (adresát návrhu nie je vo svojom rozhodovaní o prijatí návrhu ničím viazaný) vyplýva, že použitie neodvolateľného návrhu môže viesť len k vytvoreniu rovnakého stavu ako pri jednostranne záväznej zmluve o budúcej zmluve – uzavretie navrhovanej zmluvy bude v celom rozsahu záväsiť od rozhodnutia príjemcu návrhu. Dominantné postavenie príjemcu zvyrazňuje aj to, že navrhovateľ sa nemá ako dovolať zmeny pomerov a riadne vzniknutú zmluvu bude musieť plniť za každých okolností.

Záver

Medzi ďalšie možnosti ako zabezpečiť splnenie budúcej zmluvnej povinnosti patrí dohoda o predkupnom práve a dohoda o práve spätnej kúpy resp. spätého predaja, ktoré majú podľa Občianskeho zákonníka povahu vedľajších dojednaní ku kúpnej zmluve. Rozdiel oproti vyššie uvádzaným nástrojom je v tom, že nemajú všeobecný charakter a možno ich použiť len vo vopred definovanom okruhu prípadov a len za účelom uzavretia určitých, rovnako vopred daných, zmluvných typov (najmä kúpna zmluva). V širšom ponímaní môžu k zabezpečeniu budúcich zmluvných povinností (ale taktiež len pri špecifických situáciách) viesť napríklad zmluva o kúpe prenajatej veci či verejná obchodná súťaž.

Všeobecne využiteľná zmluva o budúcej zmluve je, napriek uvádzaným „slabým stránkam“, v domácej právnej praxi veľmi častým a obľúbeným prostriedkom zabezpečenia budúcich zmluvných povinností. *De lege ferenda* je potrebné zhodnotiť duálnu právnu úpravu (čo je samozrejme otázkou celkovej koncepcie súkromného práva) – existujúce rozdiely sú, podľa môjho názoru, tak malého významu, že neopodstatňujú dvojitý režim. Navyiac, takáto úprava otvára niektoré aplikačné otázky aj pri zmluve o budúcej zmluve (napríklad vo vzťahu k § 261 odsek 6 Obchodného zákonníka⁷). K istote v právnych vzťahov by prispelo aj definovanie sankcie pre prípad uskutočnenia právneho úkonu, ktorý vedie k nemožnosti uzavrieť budúcu zmluvu a to najmä postihnutie takéhoto prejavu vôle neplatnosťou, čo by súčasne výrazne posilnilo možnosť dosiahnuť účel sledovaný zmluvou o budúcej zmluve. Ďalším prínosom pre naplnenie tohto účelu by bolo vytvorenie takého modelu súdneho vynútenia uzavretia budúcej zmluvy, ktorý by dokázal zabezpečiť čo najrýchlejšie rozhodovanie súdu.

⁷ K tomu napr. *Ovečková O. a kol.*: Obchodný zákonník, komentár 2, 1. vydanie, Iura Edition 2005, s. 55

Ak je do zmluvy o budúcej zmluve zahrnutý celý text budúcej zmluvy a zároveň sú šikovne využité ďalšie právne možnosti (napríklad vhodne zvolené zmluvné pokuty pre prípad neuzavretia budúcej zmluvy) môže byť zmluva o budúcej zmluve veľmi nápomocná aj pri súčasnej právnej úprave a preto nateraz nemožno očakávať jej ústup. Ten by mohla vyvolať precizácia inštitútu odkladu účinnosti právneho úkonu, či rozšírenie neodvolateľného návrhu zmluvy ako alternatívy k jednostranne záväzným zmluvám o budúcej zmluve (ktorých prípustnosť pri občianskoprávnej zmluve o budúcej zmluve môže byť sporná). Využívanie posledne uvedenej možnosti nevyžaduje zmenu právnej úpravy, skôr len novátorskú odvahu subjektov, ktoré potrebujú zabezpečenie budúcich zmluvných povinností.

Vplyv úpadku na regulačný systém ekonomiky

JUDr. Ing. Andrea Oreničová

Právnická fakulta Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Domnievam sa, že zmeny v spoločnosti sú hybným faktorom rozvoja obchodu, následného rozvoja ekonomiky a v neposlednom rade aj vývoja či zdokonaľovania zákonodarstva.¹ Pri riešení akéhokolvek hospodárskeho problému, napríklad aj úpadku² podnikateľských subjektov, je podľa môjho názoru potrebné okrem spoznania jeho právnej stránky, zaoberať sa vplyvom problému a následne aj jeho riešením na vnútropodnikové i vonkajšie prostredie podnikateľa. Keďže úpadok podnikateľa je vyjadrením dynamickosti podnikateľského prostredia, je možné povedať, že úpadok vplyva aj na ekonomiku.

Pri posudzovaní vplyvu úpadku na regulačný systém ekonomiky je v úvode potrebné v krátkosti sa zaoberať samotnou definíciou pojmu regulačný systém ekonomiky, tým, čo znamená, ako sa vytvára a za akým účelom. Pod pojmom **regulácia** rozumieme usmerňovanie hospodárskej činnosti súkromného sektora štátom.³ **Ekonomický systém** alebo **typ ekonomiky** podľa môjho názoru vytvára hospodárskou politikou štátu stanovený spôsob usporiadania hospodárskej činnosti. V podmienkach Slovenskej republiky ide o trhovú ekonomiku. **Hospodárska politika** je sústava nástrojov, metód, cieľov⁴, inštitúcií a opatrení, zameraná na zvyšovanie účinnosti trhového systému a na odstraňovanie negatív trhu.

Regulovanú ekonomiku teda považujem za následok stanovenia trhových a právnych nástrojov, ktorými sa ma dosiahnuť stav alebo vývoj ekonomiky požadovaný na základe cieľov a požiadaviek stanovených orgánmi riadenia

¹ K tomu pozri Eliáš, K.: Kurs obchodného práva. Praha : C.H.Beck, 2007, s. 56 „Dnes, rovnako ako aj v minulosti, sa ťažisko vývoja práva nenachádza v zákonodarstve, jurisprudencii alebo vo výklade práva, ale v spoločnosti samej.“

² Dlžník je v úpadku, ak je platobne neschopný alebo predĺžený

³ <http://sk.wikipedia.org/wiki/Regul%C3%A1cia>

⁴ Hospodárska politika sa snaží dosiahnuť nízku nezamestnanosť, cenovú stabilitu a nízku infláciu, rovnováhu platobnej bilancie, pravidelné rozdeľovanie dôchodkov a ekonomický rast. Nástroje štátneho regulovania nemajú narušovať pôsobenie trhových síl, preto by mal štát regulovať ekonomiku predovšetkým nástrojmi peňažnej a úverovej politiky. Štát by mal zabezpečiť dostatočný priestor samoregulujúcim silám v hospodárstve, voľnú tvorbu cien a ekonomickú rovnováhu pre podnikateľské subjekty. Existujú aj názory, predstavitelom ktorých je ekonóm Adam Smith, ktorý vo svojom diele Pojednanie o podstate a pôvode bohatstva národov vyjadruje myšlienku, že trh je ovládaný neviditeľnou rukou trhu a nepripúšťa prínos štátnej či mocenskej regulácie trhu.

štátu. K regulovaniu ekonomiky dochádza z dôvodu, že trhový mechanizmus je nedokonalý. Ekonomiku reguluje činnosť rôznych subjektov, pričom regulácia zákonodarnou mocou je podľa môjho názoru kľúčová, keďže prostredníctvom zákonov by štát mal stanoviť presné, jasné a efektívne pravidlá pre správanie sa subjektov (napríklad podnikateľov, úpadcu, atď), ktorými sa dosiahnu štátom stanovené ciele. Zákonodarca v právnych predpisoch stanovuje pravidlá, ktoré výrazne regulujú proces úpadku, ako napríklad pravidlá pre uspokojovanie pohľadávok a to či už stanovením tried pohľadávok, spôsobu ich zisťovania alebo aj napríklad formálnych požiadaviek pre prihlásenie pohľadávky veriteľa do konkurzu. V súčasnosti sa pozornosť Európskej únie upriamuje na proces inteligentnej regulácie.⁵ Rovnako sa politika Európskej únie usiluje aj o podporu úpadcu, keďže Komisia predĺžila platnosť existujúcich usmernení o štátnej pomoci na záchranu a reštrukturalizáciu firiem v ťažkostiach do októbra 2012.⁶

Oblasť konkurzného práva⁷ podlieha regulácii z dôvodu, že jedným z cieľov hospodárskej politiky štátu je aj izolovanie podnikateľsky neúspešných subjektov od ekonomicky „zdravých“ subjektov a obmedzenie prelievania podnikateľského rizika na iné subjekty. „Toto riziko znamená, že podnikateľ sám znáša prípadnú stratu, ktorá je výsledkom jeho neúspešného podnikania.“⁸ Riziko podnikania sa spája s úpadkom podnikateľa, prípadne sekundárne úpadkom obchodných partnerov pôvodného úpadcu či v neposlednom rade úpadkom fyzických osôb (napríklad zamestnancov). Rovnako oblasť konkurzného práva je aktuálna a dôležitá najmä pre podnikateľov, keďže ide o jednu z prirodzených možností skončenia ich podnikateľskej činnosti⁹. Dôvodom

⁵ Podľa Stanoviska Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru dostupného elektronicky na http://eurlex.europa.eu/Result.do?arg0=regul%C3%A1cia&arg1=&arg2=&titre=titre&chlang=sk&RechType=RECH_mot&Submit=Vyh%C4%BEadajte pod pojmom "inteligentná regulácia" je potrebné chápať reguláciu, ktorá zahŕňa celý cyklus tvorby politiky – od navrhnutia právneho predpisu až po jeho transpozíciu, aplikáciu, hodnotenie a revíziu. Rovnako naďalej je regulácia spoločnou zodpovednosťou členských štátov a európskych inštitúcií, v ktorej kľúčovú úlohu zohráva názor strán, ktorých sa daný právny predpis týka najviac, pričom sa posilní zapojenie občanov a zainteresovaných strán.

⁶ bližšie pozri:

http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2009/sk.pdf

⁷ Konkurz pritom chápem ako spôsobom ukončenia životného cyklu podniku, ktorý je časovo obmedzený a reštrukturalizáciu ako možnosť odvrátiť nepriaznivý vývoj určením nových vhodných opatrení a vybudovaním novej stratégie podniku.

⁸ KUBÍČEK, P. Zákon o konkurze a vyrovnaní v hospodárskej praxi. Bratislava : REPRO PRINT, 1993, s.62.

⁹ Bankrotky tvoria približne 15 % z prípadov zániku obchodných spoločností. Každoročne sa bankrot týka okolo 700 000 malých a stredných podnikov, čo ročne predstavuje asi 2,8 milióna pracovných miest v celej Európe. Vidina neúspechu v Európskej únii stále pretrváva , pričom sa podceňuje obchodný potenciál nového začiatku v podnikaní. Dnes by 47 % Európanov váhalo zadať objednávky spoločnos-

úpadku môžu byť faktory z vnútorného ale aj vonkajšieho prostredia podnikateľa, ktoré podnikateľom ovplyviteľného alebo neovplyviteľného charakteru. Domnievam sa, že podnikateľ by v rámci prevencie svojho úpadku pri výkone podnikateľskej činnosti mal pozorovať a vyhodnocovať signály nastupujúceho úpadku¹⁰. Aj napriek uvedenému som názoru, že úpadok však nie je potrebné chápať iba ako negatívny následok neúspešného podnikania. Dnes rastúca konkurencia medzi podnikateľmi núti podnikateľské subjekty rýchlejšie a flexibilnejšie reagovať, a to aj napríklad skončením podnikania a začatím nového. Bankrot teda môže viesť k opätovnému začiatku podnikania. Je potrebné podľa môjho názoru podporovať najmä proces reštrukturalizácie majetku úpadcu¹¹, pretože pri reštrukturalizácii má úpadca nádej zabrániť zániku podniku, zachovať si ekonomickú a právnu samostatnosť a zvýšiť efektívnosť v podniku. Medzi ďalšie výhody patrí aj zabezpečenie väčšej miery uspokojenia veriteľov úpadcu ako v konkurznom konaní či zachovanie si doterajších zákazníkov a obchodných partnerov. Reštrukturalizáciou majetku sa ukazovatele rastu ekonomiky zvyšujú viac ako pri likvidačnom konkurze. Pri reštrukturalizácii je potrebné zamerať sa na komplexné riešenie problému, pričom dôraz je podľa môjho názoru potrebné venovať najmä procesu začatia reštrukturalizačného konania, v ktorom sa rozpoznáva stav v podniku. Reštrukturalizácia by nemala prebiehať neprímerane dlhú dobu.

Dôležité je podľa mňa aj zameranie sa na „veľké konkurzy“, ako konkurzy napríklad väčších obchodných spoločností, prípadne spoločností s viacerými veriteľmi či veriteľmi pohľadávok vysokej hodnoty. Vo veľkých konkurzoch

ti, ktorá bola predtým v úpadku. Priemerný čas konkurzného konania sa v Európskej únii pohybuje rôzne, od štyroch mesiacov do deviatich rokov. Bližšie pozri [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:sk:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:sk:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:sk:PDF)

¹⁰ K tomu pozri metódy rozhodovania v podmienkach neistoty a rizika, Szabo, L.: Manažment rizika, 2005, s. 52 a nasl. K vonkajším signálom úpadku v podniku zaradíme napríklad stratu pravidelných zákazníkov, klesajúci predaj či podiel na trhu, hromadiace sa sťažnosti zákazníkov. K vnútorným signálom krízy v podniku môžu patriť napríklad: nekoordinovaný štýl riadenia, nezáujem zamestnancov a ich nedostatočný pracovný výkon, či nedostatok financií pre investovanie a vývoj a iné.

¹¹ Podnikateľ v úpadku môže v procese svojej záchrany použiť napríklad pružné formy organizácie pracovného času ako napríklad použitie kratšieho pracovného času ako jednej z možností ako môžu zamestnávateľia môžu reagovať na pokles objednávok vnútornou reorganizáciou, odstupného za skorší odchod do dôchodku. Ďalej pozri http://www.google.sk/#scient=psyab&hl=sk&rlz=1R2GPEA_en&source=hp&q=hospod%3%A1rska+kr%3%ADza+a+re%5%A1trukturaliz%3%A1cia+podniku&rlz=1R2GPEA_en&pbx=1&oq=hospod%3%A1rska+kr%3%ADza+a+re%5%A1truktura-liz%3%A1cia+podniku&aq=f&aqi=&aql=&gs_sm=s&gs_upl=1496912456310126141124122101010171143819031121.56.2.311210&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.&fp=f1ce0c43aab872a9&biw=1280&bih=575 alebo [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC1001\(01\):sk:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC1001(01):sk:HTML)

prebieha väčšie množstvo procesov medzi viacerými subjektami, ktoré majú medzi sebou vzťahy, vyznačujúce sa svojou početnosťou a často aj zložitou, pričom zodpovednosť správcu za výkon činnosti je v takomto prípade väčšia a väčší je aj s tým spojený dopad na systém ekonomiky. Je snahou Európskej únie sledovať najmä finančnú stabilitu jej štátov, a to najmä v oblasti bankového sektora zavedením bankového dohľadu. Ministri financií Európskej únie napríklad v tejto súvislosti požadujú vytvorenie novej inštitúcie, ktorá by mala za úlohu monitorovanie finančnej stability. To by mal byť prvý krok k reorganizácii regulačného systému EÚ.¹² Podľa názoru prijatého na rokovaní G 20 úsilie o reguláciu trhu sa má opierať o vieru v princípy voľného trhu, otvorený obchod bez bariér a otvorený investičný režim, reguláciu finančných trhov, ktorá má podporovať dynamiku, inovácie a podnikanie, ktoré sú nevyhnutné pre hospodársky rast, tvorbu pracovných miest a znižovanie chudoby vo svete¹³. Rovnako podľa názoru Európskej únie by členské štáty mali vytvárať pravidlá podľa zásady „najskôr myslieť v malom“ a zjednodušiť existujúce regulačné prostredie¹⁴.

Je zrejmé, že štáty majú možnosť určením hospodárskej politiky alebo legislatívnym procesom regulovať úpadok. Z názvu tohto príspevku však vyplýva záver, že úpadok vplyva na vytváranie systému ekonomiky a hospodárskej politiky štátu. Keďže ekonomiku štátu vytvárajú jej subjekty, pôsobiace na trhu, reálne vykonávajúce podnikateľskú činnosť, platí, že hospodárenie podnikateľov (napríklad ak prevažujú podnikateľské subjekty v úpadku) sa odráža v samotnej ekonomike štátu. S konkurzným konaním sa spája ako negatívum ukončenie podnikateľskej činnosti úpadcu, ktorý stráca kontrolu nad svojim podnikaním, rozpredáva sa jeho majetok a pohľadávky mnohých veriteľov ostanú neuspokojené. Takáto situácia neprináša ekonomike štátu prospech, preto sa v súčasnosti preferuje reštrukturalizačné konanie, v ktorom sa aspoň sčasti odstránia uvedené nedostatky.

Záver

Domnievam sa, že úpadok podnikateľa je dôležitou problematikou, a to nielen pre samotného dlžníka a jeho veriteľov, ale má aj široké celospoločenské dôsledky ovplyvňujúce zamestnancov úpadcu, ich kúpyschopnosť, obchodných partnerov úpadcu a pod.. Prostredníctvom konkurzu na majetok podnikateľa

¹² <http://ekonomika.sme.sk/c/4379240/brusel-chce-reorganizovat-svoj-regulacny-system.html#ixzz1VII0G8CC>

¹³ viac pozri

[http://www.mzv.sk/App/wcm/media.nsf/vw_ByID/ID_E95B3161B369CDF2C12576670052D701_SK/\\$File/Hodnotenie_summitu_G20_Washington.pdf](http://www.mzv.sk/App/wcm/media.nsf/vw_ByID/ID_E95B3161B369CDF2C12576670052D701_SK/$File/Hodnotenie_summitu_G20_Washington.pdf)

¹⁴ uvedené vyplýva z Oznámenia komisie Európskemu parlamentu, Rade, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov „Najskôr myslieť v malom“, Iniciatíva „Small Business Act“ pre Európu, dostupné na internete: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:sk:PDF>

je možné regulovať systém ekonomiky a nezáväzovať ekonomické straty (napríklad uzatváraním ďalších zmlúv úpadcu s obchodnými partnermi), určiť pravidlá pre rýchle a efektívne speňaženie majetku a zabezpečiť pomerné uspokojenie pohľadávok veriteľov. Na druhej strane aj reštrukturalizačné konanie reguluje ekonomiku, pretože tým, že odvracia úpadok podnikateľa či jeho hrozbu, zabezpečuje ešte väčšie uspokojenie pohľadávok veriteľov ako v prípade konkurzného konania. Pri reštrukturalizácii podnikateľ pokračuje v činnosti, ktorá je prevádzkovaná s cieľom dosiahnuť zisk a tým prispieva k trvalo udržateľnému rastu ekonomiky. Úpadok je v očiach spoločnosti vnímaný negatívne, avšak úpadok poskytuje možnosť ukončiť staré stratové podnikanie a začať s novým. Podľa môjho názoru, aj napriek tomu, že regulácia trhu je potrebná, a to najmä v období po hospodárskej kríze, samotná regulácia neprináša konečné riešenie problémov, preto je potrebné dôkladne zvážiť všetky dopady. Okrem toho, že reguláciou sa vytvárajú dodatočné náklady.

Zodpovednosť za škodu a jej funkcie¹

Mgr. Dušan Marják

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

1. Úvod - zodpovednosť za škodu v kontexte modernej spoločenskej situácie

V poslednej dobe sú právne poriadky vo väčšine moderného sveta konfrontované s výzvami a javmi, na ktoré nedokážu odpovedať. Súvisí to s dynamikou spoločenských vzťahov, ktoré v súčasnosti prežívajú enormné premeny. Digitalizácia spoločnosti, zvyšujúci sa objem transakcií, globalizácia obchodu, ale aj ďalšie faktory prispeli k tomu, že aplikačná prax sa musí vysporiadať s otázkami, ktoré sú normatívne len ťažko riešiteľné.² Najmä v takýchto situáciách dochádza ku aktivizácii a prehodnocovaniu základných funkcií jednotlivých právnych inštitútov. To platí aj pre zodpovednosť za škodu a jej náhradu, ako jedny z nosných kategórií súkromného práva.

Profesor George L. Priest vo svojej stati „*Modern Tort Law and Its Reform*“ konštatuje, že moderné deliktne právo bolo transformované zo zdržanlivej skupiny pravidiel zameraných hlavne na riešenie sporov na „výkonný stroj“ spoločenskej reformy s dvoma ambíciami – redukovat' početnosť nehôd prostredníctvom dobre nastavenej kontroly všetkých korporáčnych operácií a zabezpečiť systém kompenzácie škodlivých činností. Dnes však začíname pozorovať, že predpoklady, na ktorých bola táto koncepčná revolúcia postavená sú chybné, a že táto transformácia práva nepriaznivo ovplyvnila bohatstvo občanov.³ Napriek tomu, že vyslovené tvrdenia vychádzajú zo spoločenskej situácie americkej právnej oblasti, sú aplikovateľné aj na prostredie kontinentálnej Európy. Súčasné európske deliktne právo vznikalo na troskách dožívajúceho feudálneho zriadenia, v období veľkých spoločenských zmien spôsobených priemyselnou revolúciou a v zárodkoch budovania novodobých ekonomických postojov. Je preto evidentné, že takto vzniknuté doktríny sa museli postupom času, aj vzhľadom na čoraz dynamickejšie spoločenské zmeny, modifikovať. Tieto spoločenskou situáciou vyvolané zmeny sa však nediali

¹ Príspevok vznikol v rámci riešenia projektu APVV-0263-10 „Efektívnosť právnych inštitútov a ekonomicko-finančných nástrojov v období krízových javov a situácií v podnikaní“.

² K tomu pozri Suchoža, J. Niektoré teoretické a historicko – vývojové aspekty inštitútu právnej zodpovednosti za škodu. In: In: Kol. autorov. Vybrané otázky zodpovednosti za škodu spôsobenú nesprávnym profesijným postupom. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2010, s. 10.

³ Priest, G. L. *Modern Tort Law and Its Reform*. Valparaiso University Law Review, 1987, Vol. 22, No. 1, s. 1.

koncepčne, ale prostredníctvom útržkovitých reforiem realizovaných buď to zákonodarcom alebo prostredníctvom interpretácie právnej vedy, resp. aplikáčnej praxe. Toto „prispôsobovanie“ práva potrebám modernej doby sa mnohokrát dialo v rozpore so základnými postulátmi deliktneho práva.⁴ Práve na funkciách zodpovednosti za škodu sa pokúsime ukázať (vo veľmi zjednodušenom prehľade), ako právo prechádza neustálym vývojom a ako reaguje na meniace sa požiadavky spoločnosti.

2. Základné funkcie zodpovednosti za škodu

Medzi základné funkcie zodpovednosti za škodu v kontinentálnom právnom prostredí zaradujeme:

- A. reparačnú (náhradovú) funkciu;
- B. preventívnu funkciu;
- C. funkciu prenosu a rozptýlenia škody;
- D. funkciu vyhýbania sa ekonomicky neefektívnemu správaniu.⁵

V rámci zodpovednosti za škodu môžeme identifikovať aj ďalšie spoločensky žiaduce funkcie, ako napríklad zabraňovanie neoprávnenému prospechu na strane škodcu, t.j. realizáciu zásady *nemo turpitudinem suam allegare potest* (nikto nemôže mať prospech zo svojho nepoctivého správania), poskytovanie varovných podnetov pre podobne postavených škodcov na zabránenie vzniku škody na zdraví alebo na majetku prostredníctvom obozretnosti a predvídavosti (najmä za situácie, kedy dodávateľ a spotrebiteľ nemajú rovnaké informácie o rizikivosti dodávaného produktu)⁶, exemplifikácia morálnych princípov spoločnosti, potvrdzovanie súčasných ideí spravodlivosti neustálym skúmaním škodcových motívov, správania a stavu mysle.^{7 8} Pri výpočte jednotlivých funkcií náhrady škody nemôžeme opomenúť ani také názory,

⁴ K tomu porovnaj Csach, K. Aktuálne trendy hmotnoprávnej úpravy zodpovednosti za škodu. In: Kol. autorov. Vybrané otázky zodpovednosti za škodu spôsobenú nesprávnym profesijným postupom. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2010, s. 35. Podobne Suchoža, J. Niekoľko úvah k problematike obchodnoprávnej zodpovednosti. In: Obchodné právo a jeho širšie kontexty. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2010, s. 160.

⁵ Gerven, W. – Larouche, P. – Lever, J. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law Oxford: Hart Publishing, 2000, s. 18.

⁶ K tomu porovnaj Keeton, W. – Dobbs, D. – Keeton, R. – Owens, D. Prosser and Keeton on the Law of Torts. 1984, s. 25.

⁷ Tamtiež s. 21.

⁸ K výpočtu funkcií zodpovednosti za škodu porovnaj Blomquist, F. R. Goals, Means and Problems for Modern Tort Law: A Reply to Professor Priest. Valparaiso University Law Review, 1987, Vol. 22, No. 3. Rovnako White, G. Tort Law in America: An Intellectual History, 1980. Taktiež Shapo, M. Toward a Jurisprudence of Injury, ABA, 1986.

podľa ktorých by sa mala početnosť funkcií zodpovednosti za škodu zredukovať, a to z toho dôvodu, že ak bude deliktne právo sledovať mnoho rozmanitých cieľov, bude to v konečnom dôsledku viesť k deštrukcii záujmov spotrebiteľov, resp. záujmov spoločnosti ako celku. Mnohorakosť funkcií je totiž prekážkou skutočnej reformy deliktneho práva, nakoľko nereflektuje skutočné problémy súdov, ktorým čelia pri implementovaní deliktných pravidiel.^{9 10}

A. Reparačná (náhradová funkcia)

Náhrada škody spôsobenej poškodenému sa všeobecne javí ako nosná funkcia zodpovednosti za škodu. Jej hlavným cieľom je reštitúcia alebo kompenzácia poškodeného (obete) za ujmu, ktorá mu bola spôsobená.^{11 12} Pri náhradovej funkcii je potrebné rozlišovať stav, kedy poškodenému bola spôsobená škoda, t.j. došlo ku zmene stavu na majetku poškodeného a prostredníctvom práva má byť tento stav obnovený, a to či už uvedením do predošlého stavu (*restitutio in integrum*) alebo prostredníctvom relutárnej náhrady. Poškodenému sa teda má dať ekvivalent za to, čo bolo stratené, čo ušlo na jeho majetku. Základnou myšlienkou je navodenie *status quo*. Po druhé môžeme uvažovať o situácii, kedy bola poškodenému spôsobená ujma, ktorá neumožňuje obnovenie predošlého stavu. Keďže *status quo* nemôže byť nastolený, poškodenému sa poskytuje kompenzácia ako akési odškodnenie za neprijemnosti, resp. ako odškodnenie, prostredníctvom ktorého si má zabezpečiť „radosť“ ako náhradu za to, čo už nemôže zažiť.¹³

Dôvodom vzniku povinnosti nahradit' škodu je porušenie povinnosti vyplývajúcej buď to zo zákona, alebo zo záväzkového vzťahu. Pri deliktnej zodpovednosti pôsobí náhradová funkcia do minulosti, pričom jej účelom je dostať poškodeného do takej pozície, v akej by bol, ak by ku škode vôbec nedošlo, t. j. obnoviť *status quo* poškodeného.¹⁴ Na druhej strane náhrada škody

⁹ Priest, G. L. Satisfying the Multiple Goals of Tort Law. Faculty Scholarship Series. Paper 609. s. 646.

¹⁰ Nachádzame však aj opačné postoje, napr. Blomquist, F. R. Goals, Means and Problems for Modern Tort Law: A Reply to Professor Priest. Valparaiso University Law Review, 1987, Vol. 22, No. 3.

¹¹ Tým sa zodpovednosť v civilnom práve líši od trestnoprávnej zodpovednosti, ktorej zásadným cieľom nie je odškodnenie obete ale potrestanie škodcu. Mechanizmy trestného práva sa aktivizujú aj v tom prípade, ak žiadna škoda resp. ujma nebola spôsobená. Vyplýva to najmä z povahy trestného práva, ktoré v prvom rade smeruje k ochrane záujmov spoločnosti.

¹² K tomu pozri Dufalová, L. Funkcie zodpovednosti za škodu. In: HISTORIA ET THEORIA IURIS. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislava. 2010, roč. 4, č. 2, s. 94.

¹³ Tu by však bolo lepšie hovoriť o satisfakčnej funkcii zodpovednosti za škodu.

¹⁴ K tomu pozri rozhodnutie *Livingston v. Ravyards Coal Company* z anglo - americkej právnej oblasti, ktoré je bezpochyby aplikovateľné aj na tunajšie právne prostredie. Zo samotného rozhodnutia: „*Suma peňazí, ktorá uvedie poškodenú stranu do rovnakej*

z kontraktu pôsobí do budúcnosti a jej smerodajným kritériom sú očakávania poškodeného vyplývajúce z kontraktu. Náhrada škody v tomto prípade nastoľuje stav, aký poškodený očakával v prípade riadneho splnenia kontraktu.¹⁵ Takto koncipovaná náhrada škody zo zmluvy vychádza z chápania zmluvy ako sľubu alebo záruky. Podľa Charlesa Frieda existuje dohoda (zvyklosť), ktorá definuje samotné sľubovanie a jeho následky. Táto dohoda umožňuje u určitej osoby vyvolať očakávanie v ostatných. Je preto nesprávne vyvolať takúto dohodu s cieľom urobiť sľub (dať záruku) a potom ju porušiť.¹⁶

Reparačná funkcia vychádza zo zásady úplnej náhrady škody, ktorej výška nie je podmienená formou, či stupňom zavinenia škodcu, ani nezávisí od iných faktorov, ako od výšky samotnej škody, ktorá bola poškodenému spôsobená.¹⁷ Škodca teda hradí poškodenému skutočne vzniknutú škodu (*damnum emergens*) a ušlý zisk (*lucrum cessans*). Podľa doposiaľ vcelku konštantnej judikatúry sa skutočnou škodu rozumie ujma spočívajúca v zmenšení majetkového stavu poškodeného a reprezentujúca majetkové hodnoty, ktoré by bolo nutné vynaložiť, aby došlo k uvedeniu veci do predošlého stavu.¹⁸ Pod ušlým ziskom sa rozumie absencia takého rozmnoženia majetku, akého by sa docielilo, ak by sa nebola vyskytla škodná udalosť ako prekážka, a ktoré bolo dôvodné očakávať so zreteľom k obvyklému behu udalostí.¹⁹

V rámci prehodnocovania reparačnej funkcie zodpovednosti za škodu skúsme uvažovať o nasledujúcej situácii. Predpokladajme, že škodca s podvodným úmyslom podal poškodenému nepravdivú informáciu, že auto, ktoré mu predáva, je nové, bez akejkoľvek nehody. V takomto prípade by hodnota auta predstavovala 15 000 €. Kúpna cena, za ktorú škodca auto predá poškodenému je 10 000 €. Poškodený v takomto prípade očakáva v prípade ďalšieho predaja auta zisk 5 000 €. Nakoľko tvrdenia škodcu nie sú pravdivé (auto je po nehode), aktuálna hodnota auta sa pohybuje v rozmedzí 9 000 € - 10 000 € (pričom 10 000 € je maximálna trhovú hodnotu vozidla). Zistením, že auto nie je nové, dochádza k zmareniu očakávaní poškodeného a k „strate“ očakávaného zisku 5 000 €. Môže poškodený za takejto situácie žalovať škodcu o náhradu diferenčnej škody vo výške rozdielu medzi aktuálnou hodnotou vo-

pozície, v akej by bola, ak by nedošlo k porušeniu práva, pre ktoré teraz žiada kompenzáciu.

¹⁵ Táto zásada bola formulovaná napr. vo veci *Robinson v. Harman*: „*Pravidlom v common law je, že ak strana utrpí škodu v dôsledku porušenia zmluvy, má byť, do takej miery, do akej to peniaze dokážu uskutočniť, uvedená do rovnakej pozície, s prihliadnutím na náhradu škody, v akej by bola ak by sa zmluva plnila.*“

¹⁶ Fried, Ch. *Contract as a Promise*. Harvard University Press. 1981, s. 62.

¹⁷ K tomu porovnaj Eliáš, K. a kol. *Občanský zákoník. Velký akademický komentář*. 1. svazek. Praha: Linde Praha, a. s. 2008, s. 967. Z citovaného diela: „*Pre náhradu škody v súkromnom práve má kľúčový význam pojem škody, kým miera zavinenia má byť relevantná pre právo trestné.*“

¹⁸ Eliáš, K. a kol. *Občanský zákoník. Velký akademický komentář*. 1. svazek. Praha: Linde Praha, a. s. 2008, s. 971.

¹⁹ Tamtiež, s. 973.

zidla a jeho deklarovanou hodnotou? Podľa aktuálneho prístupu k vymedzeniu pojmu škoda a ušlý zisk, ako aj vzhľadom na kompenzačnú funkciu náhrady škody nemôže. Prvým dôvodom je, že kúpou vozidla za trhovú cenu nedošlo k zmenšeniu majetkového stavu poškodeného, t. j. ku skutočnej škode. Z majetku poškodeného totiž ubudlo 10 000 €, avšak do jeho majetku sa dostala vec majúca rovnakú trhovú hodnotu. Majetkový stav poškodeného pred uzavretím kúpnej zmluvy je rovnaký ako majetkový stav po jej uzavretí. Na druhej strane, nepravdivé tvrdenia škodcu minimalizovali jeho transakčné náklady (spočívajúce napr. v hľadaní záujemcu, ktorý ponúkne čo najvyššiu cenu, vyjednávanie priaznivých zmluvných podmienok, atď.), umožnili škodcovi rýchly predaj vozidla (čím nedošlo k zníženiu jeho hodnoty, nakoľko ak by sa škodcovi nepodarilo auto predat' okamžite, jeho cena by plynutím času klesala) a škodca zároveň za auto získal najvyššiu možnú trhovú cenu. Eventuálnu diferenčnú škodu nebude podľa nášho názoru možné podradiť ani pod kategóriu ušlého zisku. Ako sme vyššie uviedli, ušlý zisk predstavuje absencia takého rozmnoženia majetku, akého by sa docielilo, ak by sa nebola vyskytla škodná udalosť ako prekážka, a ktoré bolo dôvodné očakávať so zreteľom k obvyklému behu udalostí. Následný predaj auta za sumu 15 000 € síce u poškodeného vyvolával očakávania zisku vo výške 5 000 €, avšak neexistovala žiadna pravdepodobnosť, že by zisk, nebyť škodnej udalosti, bol dosiahnutý.

V zahraničnej literatúre z anglo – americkej právnej oblasti nachádzame dva prístupu k rozoberanej problematike. Podľa prvého, v súčasnosti prevažujúceho prístupu, súdy priznávajú poškodeným náhradu škody (ako tzv. *compensatory damages*, t. j. realizujúc náhradovú funkciu zodpovednosti za škodu) s odôvodnením, že poškodený utrpel škodu v dôsledku straty možnosti realizovať predpokladanú transakciu (*benefit-of-the-bargain*).²⁰ Na takúto náhradu škody však má poškodený právo iba v tom prípade, ak škodca konal s podvodným úmyslom. V opačnom prípade sa uplatní pravidlo *no-out-of-pocket losses*, podľa ktorého nemá poškodený nárok na náhradu škody v prípade, ak nebol ukrátený na svojom majetku. Podľa druhého prístupu sa vždy uplatní vyššie spomínané pravidlo *no-out-of-pocket losses* a poškodenému nebude náhrady škody priznaná ani v prípade podvodného úmyslu škodcu. Na predmetnej anglo – americkej doktríne priznávajúcej náhradu škody poškodenému v prípade podvodného úmyslu škodcu je zaujímavé jej podradenie pod tzv. *compensatory damages*. Priznaním náhrady škody sa, ako sme vyššie uviedli, má realizovať kompenzačná funkcia náhrady škody. Je tomu ale naozaj tak? Možno náhradu škody, ktorá závisí od iných okolností ako výška samotnej škody (nakoľko touto okolnosťou je podvodný úmysel škodcu) považovať za kompenzačnú? V prípade kladnej odpovede by sme popreli základné východiská kompenzačnej funkcie náhrady škody, ktorá v prípade deliktu má uviesť poškodeného do takej pozície, v akej by bol, ak by

²⁰ S týmto prístupom nesúhlasí napr. Lens, J. W. *Honest Confusion: The Purpose of Compensatory Damages in Tort and Fraudulent Misrepresentation*.

ku škodnej udalosti nedošlo (obnoviť jeho ekonomickú pozíciu, t. j. *make the aggrieved party whole*).²¹ Ak teda pri výške náhrady škody zohľadňujeme ako smerodajné kritérium podvodný úmysel škodcu (bez toho, aby došlo k zmenšeniu majetku poškodeného), nemožno priznanú náhradu škody považovať za inú, ako sankčnú (*punitive damages*).²² Týmto sa dostávame k otázke, ktorá v poslednej dobe nabera čoraz viac na aktuálnosti.²³ Je ňou sankčná funkcia náhrady škody, ktorej cieľom je „uložiť škodcovi tzv. súkromnoprávnu sankciu“ za škodu spôsobenú určitým kvalifikovaným spôsobom.

Kontinentálny právny systém doposiaľ zastával jednoznačné stanovisko, že účelom civilného deliktneho práva je poskytovanie náhrady poškodenému (snaha o znovuoobnovenie economickej pozície a integrity poškodeného) a nie trestanie škodcu.²⁴ Aj konceptuálne vymedzeniu pojmu náhrada škody nám jednoznačne evokuje jej marginálny cieľ – odstránenie následkov škodnej udalosti prostredníctvom poskytnutia náhrady. Ako uvádza Koziol: „Sankčná náhrada škody vyvoláva spomienky na dávne časy, kedy právne systémy nečinili výrazný rozdiel medzi sankciou a kompenzáciou.“²⁵ Takto prezentované ponímanie náhrady škody vychádzalo z potrieb vtedajšej doby, kedy samotná kompenzácia spôsobenej škody nedokázala dostatočne regulovať spoločenské vzťahy.²⁶ V súčasnosti však bádame, že deliktne právo pomaly stráca na efektívite, a rovnako ako v minulých časoch, samotná kompenzačná funkcia nedo-

²¹ Ako môžeme vidieť, ani v zahraničí sa stierajú rozdiely medzi kompenzačnou a sankčnou funkciou náhrady škody.

²² K tomu porovnaj s týmto prístupom nesúhlasí napr. Lens, J. W. *Honest Confusion: The Purpose of Compensatory Damages in Tort and Fraudulent Misrepresentation*.

²³ K tomu pozri Kúhn, Z. Má mít náhrada škody v soukromém právu sankční funkci? Alebo Vlasák, M. Vybrané otázky sankční náhrady škody. COFOLA 2010: the Conference Proceedings. 1. vydanie. Brno: Masarykova Univerzita, 2010. Prípadne tiež porovnaj pôvodný návrh českého občianskeho zákonníka v znení ku dňu 3. jún 2007, konkrétne § 2644, podľa ktorého: „Kromě náhrady, k níž je škůdce jinak povinen, vznikne poškozením právo na její přiměřené zvýšení, byla-li újma způsobena úmyslně, zvláště s použitím lsti, pohrůžky, zneužitím závislosti poškozeného na škůdci nebo autority škůdce, diskriminací poškozeného z důvodu pohlaví, zdravotního stavu, etnického původu, víry nebo obdobných závažných důvodů.“

²⁴ Rovnako sa k otázke sankčnej náhrady škody stavia „európska akademická obec“ podieľajúca sa na europeizácii súkromného práva v európskom právnom priestore. Ustanovenia o sankčnej náhrade škody nenachádzame ani v Princípoch európskeho deliktneho práva (PETL), ani v Návrhu spoločného referenčného rámca (DCFR). Napriek tomu sa prvé náznaky sankčných aspektov náhrady škody objavujú v návrhu novelizácie francúzskeho Code civil (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*), konkrétne v § 1371 predmetného návrhu.

²⁵ Koziol, H. *Punitive Damages – A European Perspective*. Louisiana Law Review, 2008, No. 68, p. 741. Citované podľa Vlasák, M. Vybrané otázky sankční náhrady škody. COFOLA 2010: the Conference Proceedings. 1. vydanie. Brno: Masarykova Univerzita, 2010.

²⁶ K vývoju zodpovednosti za škodu v starovekom práve pozri Parisi, F. *The Genesis of Liability in Ancient Law*. American Law and Economics Review, 2001, Vol. 3, No. 1.

káže dostatočne usmerňovať správanie škodcov. Často totiž dochádza ku situáciám, kedy si škodca dopredu spočíta, že ekonomický prospech získaný z jeho škodlivej činnosti bude vyšší ako prípadná povinnosť k náhrade škody.²⁷ Na takto vzniknuté situácie nedokáže deliktne právo prostredníctvom svojich mechanizmov reagovať. Výsledkom je, že škodca získa na úkor poškodeného neoprávnený prospech, ktorý mu nemožno odňať.²⁸ Preto je podľa nášho názoru potrebné prehodnotiť, či aspoň v niektorých prípadoch neustúpi reparačná funkcia náhrady škody do úzadia, a to na úkor sankčného súkromnoprávneho trestania.

B. Funkcia prenosu a rozptýlenia škody

Ďalšou z funkcií zodpovednosti za škodu je prenos (transfer) škody z poškodeného subjektu na iný subjekt, spravidla na škodcu²⁹. Základnou zásadou v tomto ohľade je, že škoda leží tam, kde dopadla. Zostáva tak na práve, aby definovalo kritériá, za ktorých bude škoda prenesená na subjekt odlišný od poškodeného. Ako zásadné všeobecné kritérium je uznávané zavinenie, v dôsledku ktorého dochádza k transferu ujmy na škodcu. Tak ako v prípade ostatných funkcií, aj transfer škody zaznamenal v modernej spoločenskej situácii svoju obrodu. Môžeme ju nazvať ako prechod od zásady prenosu škody k zásade rozptýlenia škody³⁰. Deje sa tak najmä v dôsledku rozrastania systémov poistenia a sociálneho zabezpečenia. Schopnosť súkromného poistenia, systému sociálneho zabezpečenia a trhu preniesť a rozptýliť škodu z jedného subjektu na iný, sa vníma ako obrovský prínos deliktneho práva³¹. Prostredníctvom týchto systémov dochádza ku alokácii rizika a realizácii tzv. distribatívnej spravodlivosti. Škodu totiž neznáša len samotný škodca, ale prostredníctvom poisťovateľa, resp. systému sociálneho zabezpečenia dochádza ku rozptýleniu škody medzi všetkých poistených (v prípade poistného systému), resp. medzi celú spoločnosť (v prípade systému sociálneho zabezpečenia). V dnešnej dobe systémy poistenia a sociálneho zabezpečenia pokrývajú väčšinu škodných udalostí. Na druhej strane môžeme bádať aj nevýhody týchto systémov spočívajúce napr. v znižovaní ostražitosti poistených subjektov. Môžeme si to ilustrovať na príklade povinného zmluvného poistenia motorových vozidiel. Vodič, ktorý je povinne zmluvne poistený v dôsledku pred-

²⁷ V nami uvedenom prípade predaja auta s podvodným úmyslom škodca (v prípade ak obmedzíme zodpovednosť za škodu výlučne na reparáciu) zostane bez akejkoľvek povinnosti k náhrade škody.

²⁸ Čím prakticky dochádza k získavaniu prospechu z vlastného protiprávneho správania a negovaniu zásady *nemo turpitudinem suam allegare potest*.

²⁹ Tzv. loss shifting.

³⁰ Tzv. loss spreading.

³¹ Gerven, W. - Larouche, P. - Lever, J. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law Oxford: Hart Publishing, 2000, s. 22. Ako je v tejto publikácii uvedené, pre súd je jednoduchšie vyvodit' zodpovednosť voči subjektu, ktorý je poistený, resp. ktorý je schopný vzniknutú škodu reálne uhradiť.

metného poistenia a vedomia, že eventuálna škoda bude (až na výnimky) hrazená poisťovateľom, nezachováva takú mieru starostlivosti a opatrnosti, akú by zachovával v prípade, ak by bol povinný škodnú udalosť znášať takpovediac z vlastného vrečka³². Na druhej strane najmä systém súkromného poistenia umožňuje subjektom realizovať tzv. rizikové aktivity, ku ktorým by sa ako nepoistené subjekty nikdy neodhodlali. Ak teda subjekt realizujúci rizikové aktivity zachová povinnú mieru starostlivosti, bude prípadná škoda krytá práve zo systému súkromného poistenia. Dôjde teda k rozptýleniu škody. Súkromné poistenie sa tak v istom zmysle stáva hybnou silou ekonomického rozvoja a výskumu. V zmysle uvedeného začína reparačná funkcia zodpovednosti za škodu ustupovať do úzadia, a to najmä v dôsledku pôsobenia spomínaných alternatívnych kompenzačných systémov a do popredia sa dostávajú spôsoby alokácie rizika a škody.³³

C. Preventívna funkcia

Ak tvrdíme, že základnou funkciou zodpovednosti za škodu je reparácia, tak jedným dychom musíme dodať, že najžiadanejšou (z ekonomického aj celospoločenského hľadiska) je prevencia.³⁴ Normatívna úprava zodpovednosti za škodu má za cieľ poskytovať potenciálnym škodcom a poškodeným vhodné podnety na predchádzanie škodám prostredníctvom internalizácie externality vyplývajúcej z ich aktivít. Prostredníctvom zodpovednosti za škodu potenciálny škodca internalizuje príjmy plynúce z prijatého opatrenia spočívajúce v redukcii očakávanej zodpovednosti. Právna úprava zodpovednosti za škodu by mala byť, zohľadňujúc uvedené kritéria, navrhnutá tak, aby motivovala strany internalizovať externé náklady ich aktivít a prijímať opatrenia na optimálnej úrovni.³⁵ So zreteľom na fenomén rizika, systém zodpovednosti za škodu by mal zlepšiť optimálnu alokáciu rizika a transakčných nákladov medzi škodcom a poškodeného. Ak by sme uvažovali o takom nastavení pravidiel zodpovednosti za škodu, pri aplikácii ktorých by hodnota opatrenia prijatého

³² It is thus the insurer, rather than the driver or the keeper of the vehicle, who truly owes the duty of compensation. Porovnaj Gerven, W. - Larouche, P. - Lever, J. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law Oxford: Hart Publishing, 2000, s. 24.

³³ Na druhej strane profesor George L. Priest vo svojej práci *Modern Tort Law and Its Reform* zavrhuje systém poistenia, keď uvádza: „Nadišiel čas odmietnúť „poisťovaciu“ funkciu deliktneho práva a zamerať pozornosť práva na dôležitý cieľ redukcie nehôd.“

³⁴ Dôležitosť predchádzania škodám je odôvodniteľná ako ekonomickými (ochrana hodnotných surovín v ľudskom kapitále), tak aj morálnymi (neexistuje žiadny koherentný systém vo svete, ktorý by ospravedlňoval spôsobenie škody) dôvodmi. K tomu pozri Priest, G. L. *Satisfying the Multiple Goals of Tort Law*. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1988, s. 648.

³⁵ K tomu pozri: Mattiacci, G. D. – Parisi, F. *The Economics of Tort Law: A Précis*. George Mason University Law and Economics Research Paper Series. Rovnako Coase, R. H. *The Problem of Social Costs*. *Journal of Law and Economics*, 1960.

zo strany potenciálneho škodcu bola vyššia ako očakávaná povinnosť k náhrade škody, pre škodcu by bolo z hľadiska ekonomickej efektívnosti lepšie neprijímať žiadne opatrenia a v prípade vyvodenia zodpovednosti znášať následky svojho škodlivého konania.³⁶ Systém zodpovednosti za škodu tak môže plniť svoju preventívnu funkciu len vtedy, ak pre škodcu bude neefektívne spôsobiť škodu.³⁷ Okrem osoby škodcu dopadá prevenčná povinnosť aj na samotného poškodeného. Aj ten je povinný predchádzať eventuálnym škodám a za tým účelom prijímať adekvátne opatrenia. V našom právnom poriadku môžeme túto povinnosť vysledovať v celej rade zákonných ustanovení, ako napr. v § 415 OZ, 417 OZ, 441 OZ, ďalej v § 382 OBZ, 384 OBZ, 385 OBZ a ďalších. Vzhľadom na široko koncipované prevenčné ustanovenia dopadajúce na poškodeného je potrebné slovenskú právnu úpravu považovať za veľmi prísnu, uvalujúcu na poškodeného vysoké náklady na prevenciu.

Pri dobovom prehodnocovaní preventívnej funkcie zodpovednosti za škodu vyvstávajú otázky, či by nebolo lepšie prenechať, resp. preniesť väčšiu váhu preventívnej funkcie na administratívne, prípadne trestné právo, kde je sankcia spojená so spoločensky zavrhnutiahodným správaním a nie s výškou ujmy, tak ako je to v oblasti súkromnoprávnej náhrady škody. Táto otázka úzko súvisí s možnosťou súkromnoprávneho trestania v rámci civilného systému súdnictva (sankčná náhrada škody) a sme presvedčení, že v blízkej budúcnosti bude jednou z ústredných tém deliktneho práva.

D. Funkcia vyhýbania sa ekonomicky nevýhodnému správaniu

Základnou ideou v tomto prípade je, že správanie je spoločensky škodlivé, ak nevedie k optimálnej alokácii zdrojov. V zmysle toho je právne pravidlo spravidlivé len vtedy, ak je ekonomický efektívne a vedie k maximalizácii spoločenského blahobytu.

³⁶ Pravidlo obdobného znenia bolo formulované v roku 1947 sudcom *Learneh Hand* v prípade *United States v. Carroll Towing Co.* Podľa tohto pravidla, ktoré je však aplikovateľné len v prípade spôsobenia škody z nedbanlivosti, sa zohľadňujú tri premenné: a) pravdepodobnosť vzniku škody; b) závažnosť škody; c) hodnota protioopatrenia. Podľa uvedeného pravidla bude škodca zodpovedný v prípade, ak $c < a * b$, teda ak hodnota protioopatrenia bude nižšia, ako súčin závažnosti (výšky) škody a pravdepodobnosti jej vzniku. Toto pravidlo sa však vo viacerých situáciách ukázalo ako neefektívne. Jednalo sa napríklad o prípady ťažko predvídateľných prekážok. Zároveň toto pravidlo zvyšovalo administratívne náklady, nakoľko sudca musel v každom prípade osobitne porovnávať úroveň prijatého opatrenia so všeobecne očakávanou úrovňou opatrenia.

³⁷ Táto situácia je však v reálnom ekonomickom živote častokrát nepredstaviteľná, nakoľko správanie škodcu je ovplyvnené celou škálou externých podnetov a subjektívnych pohnútok (napr. spôsobenie škody z pomsty, pravdepodobnosť odhalenia škodcu). Systém common law na takéto situácie zareagoval priznávaním tzv. sankčnej náhrady škody (*punitive damages, exemplary damages*).

čenského bohatstva.³⁸ Základnou funkciou zodpovednostného práva, je v zmysle tejto teórie, redukcia nákladov škodlivých udalostí, ako aj nákladov potrebných na predchádzanie týmto udalostiam. V tomto smere je potrebné zredukovať jednak množstvo a závažnosť škodlivých udalostí, sociálne, ako aj administratívne náklady. Táto funkcia je prízvukovaná najmä v oblasti ekonomickej analýzy práva, v rámci ktorej zodpovednostné právne vzťahy majú primárne smerovať k znižovaniu nákladov a k rozvoju trhových vzťahov.³⁹

3. Záver

Tento príspevok nemal za cieľ ponúknuť jednoznačné a presvedčivé odpovede na páľčivé otázky, s ktorými sa potýka súčasné zodpovednostné právo. Zámerom bolo skôr zjednodušené zhrnutie jednotlivých funkcií zodpovednosti za škodu, ich premeny a prispôsobovania dobovej situácii. Nám notoricky známe funkcie ako reparačná, či prevenčná získavajú v dnešných časoch novú podobu (prehodnocuje sa ako ich obsah, tak aj intenzita pôsobenia na spoločenské vzťahy a motiváciu škodcov a poškodených). Mnoho príslušníkov akademickej obce si dnes oprávnenne kladie otázku, či aktuálna úprava náhrady škody je ešte stále efektívnym nástrojom regulácie spoločenských vzťahov. Aj preto v zahraničí badáme upúšťanie od doktrinálnych východísk deliktneho práva, ich prehodnocovaniu a zaoberaniu do potrieb modernej spoločenskej situácie (napr. Avant projekt vo Francúzsku – pokus o zavedenie sankčnej náhrady škody; prípadne európske kodifikačné tendencie, ktoré majú za cieľ vypracovanie flexibilnej úpravy zodpovednosti za škodu, ktorá bude schopná reagovať na rýchlo meniace sa potreby spoločnosti). Ako uvádza docent Csach vo svojej stati⁴⁰, deliktne právo ešte len čaká na zásadnú reformu. A my k tomu dodávame, že len budúcnosť ukáže, či deliktne právo nastúpi cestu efektivity a ekonomickej racionality alebo zostane strnulým systémom naviazaným na buržoáziou vybudované doktríny.

³⁸ Gerven, W. - Larouche, P. - Lever, J. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law Oxford: Hart Publishing, 2000, s. 27.

³⁹ Mattiacci, G. D. – Parisi, F. The Economics of Tort Law: A Précis. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.

⁴⁰ Pozri poznámku pod č. 3.

Zodpovednosť za vady diela – aktuálne problémy¹

JUDr. Darina Ostrožovičová

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Úvod

Inštitút zmluvy o dielo sa v podnikateľskom prostredí používa každodenne. Ide o dôležitý zmluvný typ, ktorý patrí do skupiny konsenzuálnych kontraktov, zakladajúci synalagmatický záväzok, pre ktorý nie je predpísaná písomná forma. K podstatným náležitostiam zmluvy patrí určenie zmluvných strán, určenie záväzku objednávateľa zaplatiť cenu za vykonané dielo a predovšetkým určenie diela. Dielom sa rozumie zhotovenie určitej veci, pokiaľ nespadá pod kúpnu zmluvu, montáž určitej veci, jej údržba, vykonanie dohodnutej opravy alebo úpravy určitej veci alebo hmotne zachytený výsledok inej činnosti. Dielom sa rozumie vždy zhotovenie, montáž, údržba, oprava alebo úprava stavby alebo jej časti. Je preto prirodzené, že nie všetky diela budú bez väd.

Kritériom pre odlišenie zmluvy o dielo od iných inominátnych zmlúv obsahnutých v Obchodnom a Občianskom zákonníku je samostatné vykonávanie činnosti (diela), ktoré smeruje k dosiahnutiu konkrétneho výsledku, a to hmotne zachytiteľného. Tento výsledok, ktorý sa *de lege lata* označuje ako „predmet diela“, môže byť predovšetkým vec², ale aj iný hmotne zachytený výsledok tejto činnosti.³

Na začiatok tejto problematiky je potrebné definovať pojem vady, následne aké dojednania si musia zmluvné strany dojednať v zmluve, aby takýmto vadám predchádzali, ako aj otázkam nárokom z väd a zodpovednosti za vady diela, teda kto bude v danom prípade zodpovedný za vzniknuté vady.

Dielo má vady, ak zhotoviteľ nesplnil povinnosť vykonať dielo riadne a včas. Rozlišovanie medzi vadami a nedorobkami v zmysle nedokončenia diela je z pohľadu podmienok zodpovednosti za vady bez právneho významu. Na druhej strane je tento rozdiel teoreticky akceptovaný, keď dielo môže mať faktické vady kvantitatívne (ak sa množstvo udané zhotoviteľom pri plnení alebo

¹ Príspevok bol vypracovaný v súvislosti s riešením grantového projektu VEGA č. 1/0746/10.

² Veci sú hnutel'né alebo nehnuteľné. Nehnuteľnosťami sú pozemky a stavby spojené so zemou pevným základom.

³ Porov.: PATAKYOVÁ, M. a kol. : Obchodný zákonník – komentár. Praha: C.H. Beck, 2010, ISBN – 978-80-7400-314-1, s. 821.

uvedené v pôvodných dokladoch nezhoduje s množstvom skutočným) alebo kvalitatívne (vlastnosti predmetu plnenia nezodpovedajú obsahu záväzku).⁴

I. Vady diela

Pojem vada môžeme definovať ako – *poruchu plnenia* a v širšom chápaní – *ide o plnenie v záväzkovo-právnych vzťahoch*.⁵ Vada plnenia sa prejavuje v tom, že predmet plnenia neobsahuje dohodnuté alebo inak ustanovené vlastnosti a predpoklady. Vzhľadom k tomu, že pod pojmom dielo môžeme chápať rôznorodé plnenia, formuluje Obchodný zákonník pre účely zmluvy o dielo vadné plnenie veľmi všeobecne, kde podľa § 560 má dielo vady, ak vykonanie diela nezodpovedá výsledku určenému v zmluve. Súčasne, ale pre prípad, že dielo spočíva v zhotovení veci, odkazuje na obdobné použitie § 420 až § 422 a § 426 OBZ, t.j. na právnu úpravu vadného plnenia z kúpnej zmluvy.⁶ Pri skúmaní, či má dielo vady, je nutné zistiť aký bol dohodnutý výsledok diela v zmluve, preto je potrebné, aby zmluvné strany výsledok dobre precizovali a porovnali skutočné dielo s dohodou o tomto výsledku diela. Ustanovenie § 560 ods. 1 OBZ⁷ je možné pre konkrétnu zmluvu o dielo vylúčiť. Ak sa zmluvné strany dohodnú na výslovnom vylúčení §560 ods. 1OBZ, je nutné ho nahradiť iným ustanovením, ktoré upraví, za akých podmienok má dielo vady.⁸ Ak by sa strany nedohodli za akých podmienok má dielo vady, je možné dôjsť k záveru, že takéto vylúčenie § 560 ods. 1 OBZ je neplatné. Obdobne by sme postupovalo aj v situácii, ak by strany síce vylúčili použitie § 560 ods.1 OBZ, ale nadefinovali by vady diela nesprávne. Pretože právny úkon nezrozumiteľný a neurčitý je neplatný.

Zodpovednosť za vady diela je jednou z kľúčových otázok zmluvy o dielo a vo vzťahu vzniknutom na základe zmluvy o dielo je nutné vždy zistiť, čo sú vady diela, vždy ich vedieť definovať.⁹

Vadami diela sú teda tieto prípady :

- vykonanie diela kvalitatívne nezodpovedá výsledku určenému v zmluve
- dielo sa nehodí na účel určený v zmluve (ak ide o zhotovenie diela)

⁴ PELIKÁNOVÁ, I. : Komentár k obchodnímu zákoníku, 4. díl. Praha : Linde Praha, a.s., 1997, s. 582.

⁵ Porov. : OVEČKOVÁ, O a kol. : Slovník obchodného práva, Bratislava: IURA EDITION : 1994, ISBN 80-887-15-11-3, s. 281.

⁶ Porov. : ŠTENGLOVÁ, I. : Smlouva o dílo. 1. Vydání. Praha : C.h: Beck, 2010, ISBN 978-80-7400-311-0, s. 99.

⁷ Dielo má vady, ak vykonanie diela nezodpovedá výsledku určenému v zmluve.

⁸ Porov. : PRAŽÁK, Z. : Smlouva o dílo podle obchodního zákoníku. 3. Přepřacované vydání. Praha: Leges, 2010, ISBN 978-80-87212-61-5, s. 140.

⁹ PRAŽÁK, Z. : Smlouva o dílo podle obchodního zákoníku. 3. Přepřacované vydání. Praha : Leges, 2010, ISBN 978-80-87212-61-5, s. 141.

- dielo sa nehodí na účel, ku ktorému sa zhotovená vec spravidla používa, ak účel nie je určený v zmluve
- vykonanie diela v inom rozsahu, aký je stanovený v zmluve
- nedorobky
- práce navyše, ak neboli zmluvne premietnuté do zmeny predmetu diela
- nesplnenie termínu zhotovenia diela
- neodovzdanie dokumentácie k dielu, ak je tak ustanovené (zákonom alebo zmluvou)
- právne vady diela

Pri vadách diela zákon rozlišuje medzi tzv. faktickými vadami, niekedy označované aj ako fyzické a právnymi vadami. Vymedzenie pojmu *vady veci* je podľa Obchodného zákonníka konštruované inak, ako v prípade Občianskeho zákonníka. Tento právny inštitút podľa OBZ zahŕňa tak faktickú vadu jednej konkrétnej veci, ktorá je tovarom, ako aj vady celého súboru vecí, ktoré sú tovarom, a to bez ohľadu na to, či ide o rovnaké, alebo rôzne veci- tovary a zároveň bez ohľadu na to, či ide o rovnaké, alebo rôzne faktické vady.¹⁰

Pri faktických vadách rozlišujeme :

-vady kvality, ide predovšetkým o vady akosti a vykonania diela. Ak zmluva neurčuje akosť alebo vykonanie diela, budeme vychádzať z použitia § 420 ods. 2 OBZ¹¹. Pre určenie akosti a vykonania diela sa uplatní tiež § 759 OBZ, podľa ktorého, ak v zmluve, ktorej stranami sú osoby majúce sídlo alebo miesto podnikania, prípadne bydlisko na území Slovenskej republiky, alebo ktoré majú na tomto území podnik alebo jeho organizačnú zložku, je určená akosť diela v rozpore s ustanoveniami právnych predpisov Slovenskej republiky, platia pre určenie akosti ustanovenia týchto predpisov o akosti prípustnej na užívanie. To neplatí, pokiaľ zo zmluvy alebo z vyhlásenia strany, ktorá má dielo nadobudnúť, alebo z predmetu jej podnikania vyplýva, že dielo sa má vyviezť. V tomto ustanovení nám zákon ustanovuje metódu právnej fikcie minimálnej hranice akostných parametrov diela, tieto pravidlá sa použijú len vtedy, ak je v zmluve obsiahnutá dohoda o akosti diela, alebo vtedy, ak takáto dohoda o akosti diela chýba a tieto dohody sú v rozpore s právnymi predpis-

¹⁰ MURIŇ, P.: Niekoľko otázok k právnej problematike nebezpečných výrobkov, výrobkov, ktoré majú vady a k zodpovednosti za vadné výrobky, Obchodné právo č. 7-8/2003, s. 86.

¹¹ Ak zmluva neurčuje akosť alebo vyhotovenie tovaru, je predávajúci povinný dodať tovar v akosti a vyhotovení, ktoré sa hodí na účel určený v zmluve, alebo ak tento účel nie je v zmluve určený, na účel, na ktorý sa taký tovar spravidla používa.

mi.¹²Všeobecným právnym predpisom, ktorý upravuje akosť výrobkov je zákon č. 264/1999 Z. z. o technických požiadavkách na výrobky a o posudzovaní zhody a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

M. Tomsa k rozporu zmluvy s právnymi predpismi, ktoré upravujú akosť tovaru a teda aj zhotovovanej veci uzaviera takto: pokiaľ by zmluvné určenie akosti týmto predpisom nezodpovedalo a dohoda strán by bola v rozpore, nebola by síce zmluva neplatná, ale zo zákona by platilo ustanovenie príslušných predpisov o akosti, ktoré sú prípustné na užívanie.¹³

- vady kvantity, to znamená, že dielo nebolo doručené v takom množstve, aké je dojednané v zmluve. Obchodný zákonník nám ustanovuje určité odchýlky, a to v prípade, ak je množstvo určené len približne, zhotoviteľ je potom oprávnený určiť presné množstvo zhotovovanej veci, ak takéto právo zmluva nepriznáva objednávateľovi. Ak nie je v zmluve dohodnuté niečo iné, nesmie odchýlka presiahnuť 5% množstva uvedeného v zmluve. Ak teda zhotoviteľ zhotoví vec v množstve menšom, ako je ustanovené v zmluve, ale v rámci prípustnej 5% tolerancie, nebude sa takéto plnenie považovať za vadné.

-vady balenia a vady v dokladoch. V tomto prípade sa bude postupovať ako pri vadách kvality. Ak zhotoviteľ poruší povinnosť vec zabaliť a vybaviť na prepravu spôsobom dojednaným v zmluve, úprava zodpovednosti za vady sa neuplatní v celom rozsahu, pretože to nebude mať v tomto prípade právny význam, napr. ak dôjde k poškodeniu tovaru pri jeho preprave, nebude mať už význam požadovať jeho riadne zabalenie, ale v tomto prípade je potrebné uplatniť zodpovednosť za škodu spôsobenú porušením povinnosti zhotoviteľa prepravovanú vec riadne zabaliť. To, ale neplatí bezvýnimčne, pretože v praxi môžu nastať situácie, kde bude objednávateľ požadovať nové bezvadné zabalenie veci. Čo sa týka vád v dokladoch potrebných na užívanie veci, ide o doklady, ktoré je zhotoviteľ povinný dodať podľa zmluvy, pôjde hlavne o návody k obsluhu veci.

Obchodný zákonník považuje za vadu aj dodanie inej veci, ako tej, ktorá je určená v zmluve- dodávka aliud. Bez súhlasu veriteľa nemožno plniť niečo iné, než sa dlhuje – *aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*¹⁴ Pri dodávke aliud treba zásadne rozlišovať medzi dodaním podobnej veci, ako tej, ktorá je určená v zmluve a dodaním celkom inej veci.

Dodávka aliud sa vo väčšine právnych poriadkov posudzuje rôzne. Niekde sa považuje za vadu plnenia, inde zase za nesplnenie záväzku a podľa toho budeme aplikovať ustanovenia, buď o zodpovednosti za vadu tovaru, alebo

¹² Porov. : SUCHOŽAJ, J. a kol. : Obchodný zákonník. Bratislava : EUROUNION spol.s.r.o., 2007, ISBN- 978-80-88984-98-6, s. 956.

¹³ Citácia prevzatá z diela : ŠTENGLOVÁ, I. : Smlouva o dílo. 1. Vydání. Praha : C.h: Beck,2010, ISBN 978-80-7400-311-0, s.101.

¹⁴ OVEČKOVÁ, O. a kol.: Obchodný zákonník – komentár. IURA EDITION 2008, ISBN – 978-80-8078-205-4, s. 301.

o zodpovednosti za nesplnenie záväzku. Náš zákon plnenie aliud chápe ako vadu plnenia a nie ako nesplnenie zmluvy.¹⁵

Obchodný zákonník v rámci úpravy zmluvy o dielo neodkazuje na primerané použitie § 433 OBZ, napriek tomu bude nevyhnutné z tohto ustanovenia vychádzať pri definovaní právnych väd diela, pretože úprava zmluvy o dielo takúto definíciu neobsahuje. Pod pojmom právne vady rozumieme to, že vec je zaťažaná právom tretej osoby napr. právami z priemyselného vlastníctva alebo duševného vlastníctva. O právnu vadu veci nejde v prípade, ak objednávateľ s takýmto obmedzením prejavil súhlas. Z tohto ustanovenia, ale platí výnimka podmienená akceptáciou teritoriálneho princípu a tá sa uplatní vtedy, ak tieto priemyselné práva alebo práva z duševného vlastníctva:

- nepoužívajú právnu ochranu podľa miesta, kde má zhotoviteľ sídlo alebo miesto podnikania

- alebo ak zhotoviteľ v čase uzavretia zmluvy nevedel a ani nemohol vedieť, že toto právo používa právnu ochranu podľa miesta, kde objednávateľ sídli alebo podniká, alebo miesta, kam tovar mal byť ďalej predaný, poprípade kde mal byť používaný.¹⁶

Na to, aby sme mohli hovoriť o zodpovednosti za vady, nemusia vady spočívať až v nedostatkoch výsledku činnosti zhotoviteľa diela, ale vada sa môže prejavovať už v chybnom vyhotovení diela, teda v samotnej činnosti zhotoviteľa. Preto Obchodný zákonník ráta aj s takouto situáciou a to § 550 OBZ, podľa ktorého je objednávateľ oprávnený kontrolovať vykonávanie diela na určitom stupni.

Zmluvné strany si musia v zmluve presne určiť predmet a účel zmluvy, podľa potrieb objednávateľa a možností zhotoviteľa, to znamená, že by mali upraviť aj spôsob riešenia situácií na ktoré sa nepamätalo. Za vadu diela sa považuje akýkoľvek rozpor výsledku diela, skutočného vyhotovenia diela, s tým, čo bolo určené v zmluve, to znamená akákoľvek drobnosť a z hľadiska výsledného užívania diela objednávateľom, aj celkom nepodstatná vec, pokiaľ je zahrnutá v zmluve do výsledku diela. Takáto potreba presného určenia predmetu a účelu zmluvy má význam hlavne pri bagatel'ných vadách, pretože aj z týchto väd vznikajú objednávateľovi nároky z väd diela. Často dochádza k sporom, ktorých predmetom je to, či dielo zodpovedá, alebo nezodpovedá výsledku určenému v zmluve, teda tomu, čo je uvedené v zmluve. Strany si túto situáciu komplikujú ešte aj tým, že stačí len nepatrný, bagatel'ný a pre objednávateľa celkom nepodstatný rozdiel medzi výsledkom a tým, čo je uvedené v zmluve a už sa jedná o dielo vykazujúce vady. Na tomto mieste si treba

¹⁵ SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. a kol.: Obchodné právo. IURA EDITION 2009, ISBN- 978-80-8078-290-0, s. 788.

¹⁶ Porov.:Bejček, J., Eliáš, K., Raban P. a kol.: Kurs obchodního práva- obchodní závazky, 5.vydání. Praha : C.H.Beck, 2010, ISBN- 978-80-7400-337-0, s. 275.

uvedomiť, že zhotoviteľ nemá právo meniť zadanie diela, aj keď sa jedná o zmeny, ktoré nemajú vplyv na funkčnosť, teda na jeho užívanie.

V praxi môže nastať situácia, že dielo sa nevykoná v súlade so zmluvou, ale aj napriek tomu, bude objednávateľ s takýmto dielom spokojný. V tejto situácii by bolo potrebné, aby zmluvné strany uzatvorili dodatok k zmluve o dielo, ktorým by deklarovali svoju spokojnosť s vykonaním diela. Pretože dielo, ktoré je vadné, nie je možné považovať za dielo prevedené, a to ani vtedy, ak ho objednávateľ prevezme. Pokiaľ medzi účastníkmi nebolo zjednané inak, zhotoviteľovi v takomto prípade nevznikne právo na zaplatenie ceny diela.¹⁷

Dojednaním dodatku sa objednávateľ nepripravuje o žiadne záruky a práva na reklamáciu, ale naopak, ak je samozrejme s vykonaným dielom spokojný. Toto riešenie nie je praktické, ak sa objednávateľ obáva toho, že do diela bol zahrnutý prvok, ktorý by sa následne mohol prejavovať ako prvok poškodzujúci požadované dielo. Podpísaním takejto doložky objednávateľ schvaľuje prevedenie celého diela, všetkých jeho súčasti. Pokiaľ sa však objednávateľ nemohol presvedčiť o tom, že všetky súčasti sú samé o sebe bezvadné, podpísaním dodatku by schválil aj tieto vadné súčasti diela. Aj tejto situácii sa dá predísť, ak objednávateľ pred podpísaním dodatku dielo poriadne prehliadne.

Podľa rozsudku Vrchného soudu v Praze, ak si strany v zmluve dojednali, že „ prípadné vady a nedorobky, ktoré nebránia užívaniu hotového diela, nemôžu byť dôvodom pre odmietnutie a prevzatie“ a objednávateľ dielo prevzal, potom pokiaľ pri prevzatí dielo vykazovalo len vady a nedorobky, ktoré nebránia užívaniu, tieto vady nijak neovplyvňujú právo na zaplatenie ceny diela.

Pokiaľ však objednávateľ neskôr písomne oznámi zhotoviteľovi vady diela a uplatní nárok na ich odstránenie, nie je objednávateľ podľa § 439 ods. 4 OBZ (ktorý podľa § 564 OBZ platí primerane pri vadách diela) povinný platiť časť ceny diela, ktorá by zodpovedala jeho nárokom na zľavu a to až do doby ich odstránenia, ak by vady vôbec odstránené neboli.¹⁸

Iná situácia zase nastane pri prácach vykonaných navyše, ktoré sa realizujú pri zmenách diela. Nastávajú tu problémy s cenou za prácu vykonanú navyše, ktorá nebude nikdy zodpovedať výsledku určenému v zmluve. Takéto dielo sa bude vždy považovať za vadné, pretože nebude vykonané v súlade so zmluvou. Riešenie tohto problému môžeme nájsť jednak v § 263 ods.1 OBZ a to vo forme dohody o tom, že na vykonané práce sa nebude vzťahovať ustanovenie § 560 ods. 1 OBZ a pre tento prípad sa jeho použitie vylúči. Alternatívnym

¹⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 12.3.2002, sp.zn. 29 Odo 11/2001, judikát dostupný na: http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/5AEE3374A167CFE3C12575EF00389BDC?openDocument

¹⁸ Rozsudek Vrchného soudu v Praze sp.zn. 2 Cmo 99/99, judikát prevzatý z diela: ŠTENGLOVÁ, I. : Smlouva o dílo. 1. Vydání. Praha : C.h: Beck,2010, ISBN 978-80-7400-311-0, s. 165, 166.

riešením by mohlo byť uzatvorenie novej zmluvy o dielo na tieto práce, ktoré nie sú zahrnuté do skoršej zmluvy o dielo, poprípade by sa zmenil pôvodný predmet zmluvy o dielo podľa potrebných prác.¹⁹

Na záver ešte pár slov k problematike dôkazu prevzatia diela. Podľa rozsudku Vrchného soudu v Praze sa správanie objednávateľa pri subdodávke, ktorý dielo riadne dokončené a bez väd odovzdal svojmu ďalšiemu objednávateľovi a ktorý tiež bez námietok následne prevzal od zhotoviteľa aj faktúru, ktorej vystavenie sa podľa zmluvy viazalo na dokončenie diela, je preukázané, že k prevzatiu diela objednávateľom došlo.

Pokiaľ objednávateľ sám opravil vady, bez toho, aby ich oznámil zhotoviteľovi, nemôže dôvodne odmietat zaplataenie ceny diela s tým, že dielo nebolo vykonané riadne (§ 548 ods. 1, v nadväznosti na § 554 ods. 1OBZ). Skutočnosti, pre ktoré objednávateľ nemohol zhotoviteľovi vady oznámit, sú z tohto hľadiska právne bezvýznamné.²⁰

II. Zodpovednosť zhotoviteľa za vady

Vada diela sa považuje za právnu skutočnosť, ktorá spôsobuje vznik nových práv a povinností na oboch zmluvných stranách, to znamená, že dochádza k modifikácii celého vzťahu založeného zmluvou o dielo. Tento následok je následkom vadnosti, ktorý nie je možné vylúčiť, pretože nastáva priamo zo zákona.

Zhotoviteľ v znení § 560 ods. 2OBZ zodpovedá za vady, ktoré ma dielo v čase jeho odovzdania, ak však nebezpečenstvo škody na zhotovenej veci prechádza na objednávateľa neskôr, je rozhodujúci čas tohto prechodu.

Zodpovednosť za vady, ktoré vznikli pred odovzdaním, respektíve pred prechodom nebezpečenstva škody na veci, má objektívny charakter. Naproti tomu zodpovednosť za vady vzniknutá na základe ustanovenia §560 odst.3OBZ²¹ nie je objektívna. V tomto prípade musí objednávateľ preukázať, že vada vznikla v dôsledku porušenia povinnosti, ktoré zhotoviteľovi stanovovala zmluva alebo právny predpis. Pokiaľ to nepreukáže, zhotoviteľ nie je zodpovedný. Príkladom vady, ktorá vznikla ako dôsledok nesplnenia povinnosti zo strany zhotoviteľa, môže byť napr. vada spôsobená nesprávnym balením predmetu diela alebo zlým návodom k obsluhu.

¹⁹ Porov.: MAJDIŠ, M. : K vadám diela pri zmluve o dielo, Justičná revue, 2010, s. 1101.

²⁰ Rozsudek Vrchného soudu v Praze ze dne 11.1.2000, sp.zn. 2 Cmo 242/99, judikát prevzatý z diela: ŠTENGLOVÁ, I. : Smlouva o dílo. 1. Vydání. Praha : C.h: Beck, 2010, ISBN 978-80-7400-311-0, s. 167,168.

²¹ Zhotoviteľ zodpovedá za vady diela vzniknuté po prechode nebezpečenstva škody na zhotovovanej veci, ak boli spôsobené porušením jeho povinností.

Podľa rozsudku Nejvyššího soudu ustanovenie § 562 ods. 10BZ²² a ustanovenie § 562 ods. 2 písm. b) a c) OBZ²³ viažu výslovne povinnosť prehliadky predmetu diela a začiatok lehoty pre oznámenie väd na odovzdanie predmetu diela. Nie je preto logicky dôvod stanoviť začiatok tejto lehoty inak v prípadoch, kde zákon ukladá objednávateľovi povinnosť oznámiť vady diela bez zbytočného odkladu potom, ako ich zistil. Pri stavbách nám lehota pre oznámenie väd diela začína plynúť od odovzdania stavby ako predmetu diela a nie od kolaudácie tejto stavby.²⁴

Za vady diela, ktoré vznikli až po jeho odovzdaní, poprípade po prechode nebezpečenstva škody, zodpovedá zhotoviteľ, len ak vady boli spôsobené porušením jeho povinností, ide napríklad o situáciu, ak vada vznikla v dôsledku vady niektorej súčiastky zhotovovanej veci. Podľa časového okamihu vzniku vady rozlišujeme vady skryté a vady zjavné. Za zjavné vady sa obvykle považujú také vady diela, ktoré môže každý zistiť pri obvyklej pozornosti, ktoré možno od neho spravodlivo požadovať, resp. pri stanovenom spôsobe preverovania. V ostatných prípadoch pôjde o vady skryté.²⁵

Pri zmluve o dielo hovoríme o vade skrytej, ak má dielo vadu v okamihu odovzdania, aj keď sa takáto vada prejaví až neskôr, je potrebné súčasne dokázať aj to, že sa jedná o vadu, ktorú malo dielo v čase odovzdania. Takýto dôkaz sa vo väčšine prípadov obstaráva znaleckým posudkom. Dielo, ktoré nemalo v čase odovzdania vady, nie je vadné a naopak, dielo je vadné, aj keď sa vada prejaví neskôr. To je podstatné jednak pre dôkazné bremeno a jednak pre zodpovednosť. Pokiaľ objednávateľ tvrdí, že dielo, ktoré mu bolo odovzdané má vadu, musí preukázať nie len existenciu tvrdenej vady, ale aj skutočnosť, že vadu malo dielo už pri jeho odovzdaní, treba si však uvedomiť, že v tomto prípade nejde o záruku za akosť.

Prevzatie diela neznamená, že by objednávateľ súčasne uznával, že dielo nemá žiadne vady. objednávateľ to proste v okamihu prevzatia nevie a ani objektív-

²² Objednávateľ je povinný predmet diela prezrieť alebo zariadiť jeho prehliadku podľa možnosti čo najskôr po odovzdaní predmetu diela.

²³ Súd neprizná objednávateľovi právo z väd diela, ak objednávateľ neoznámí vady diela.

b) bez zbytočného odkladu po tom, čo ich mal zistiť pri vynaložení odbornej starostlivosti pri prehliadke uskutočnenej podľa odseku 1,

c) bez zbytočného odkladu po tom, čo mohli byť zistené neskôr pri vynaložení odbornej starostlivosti, najneskôr však do dvoch rokov a pri stavbách do piatich rokov od odovzdania predmetu diela. Pri vadách, na ktoré sa vzťahuje záruka, platí namiesť tejto lehoty záručná doba.

²⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31.7.2000, sp.zn. 29 Cdo 51/2000, judikát dostupný na:

http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/C07E70B83720585DC12575EF00389604?openDocument

²⁵ VOJČÍK, P. : Občianske právo hmotné II. Košice: Univerzita P.J. Šafárika v Košiciach, 2006, ISBN 80-7097-631-4, s. 60.

ne nemôže vedieť. Zhotoviteľ môže dielo odovzdať a objednávateľ prevziať aj s existujúcimi vadami. Ak by vada vznikla neskôr, až po prevzatí diela, tak za ňu zodpovedá zhotoviteľ len vtedy, ak bola spôsobená porušením jeho povinnosti, aj v tomto prípade však nejde o záruku za akosť.

III. Záruka za akosť

Na úvod by som chcela podotknúť, že záruka nesúvisí priamo s vadami diela. Vadou je niečo záporné, nežiaduce a ktorá existovala pri odovzdaní a prevzatí, bez ohľadu na to, či sa na tieto vady vzťahuje záručná doba alebo nie. Na druhej strane záruka je niečo kladné, prospešné, užitočné. Pri záruke nebudeme skúmať, či dielo malo vady pri odovzdaní a prevzatí, ale budeme sa sústrediť na tie, ktoré sa objavili až v záručnej dobe a tým, že sa prejavili, bol porušený sľub zhotoviteľa, že dielo bude mať určité vlastnosti.²⁶

To znamená, že vady záručné môžu byť vadami diela, ale nemusí tomu tak byť. Môže ísť o vady, za ktoré by inak zhotoviteľ nezodpovedal. A naopak- vady diela, ktoré nie sú vadami záručnými je možné reklamovať, pokiaľ je tu ešte lehota na ich reklamovanie, aj keď už zanikla záruka. V záručnom vyhlásení môže zhotoviteľ obmedziť svoju zodpovednosť len na niektoré druhy vád. Z titulu záruky zhotoviteľ zodpovedá za vady, ktoré sa objavia v budúcnosti, alebo ktoré sa objavili až po odovzdaní, pokiaľ budú reklamované v dobe, keď trvá záručná doba. Zhotoviteľ zodpovedá za vady úplne rovnako, ako keby sa jednalo o vady diela. To znamená, že aj pre záručnú dobu platí to isté ako pri vadách diela.

Obchodný zákonník neupravuje zákonnú záruku za akosť, umožňuje však, aby zhotoviteľ poskytol zmluvnú záruku a to, už v zmluve o dielo, alebo formou jednostranného právneho úkonu, hlavne vo forme záručného listu, pre ktorý zákon predpisuje písomnú formu.

V literatúre sa stretávame s názor, že jednostranné alebo obojstranné záručné vyhlásenie je možné uskutočniť len do okamžiku uzavretia zmluvy. Pokiaľ by sme tak uskutočnili neskôr, išlo by už o návrh na uzavretie zmluvy. Mlčanie objednávateľa k takémuto návrhu, nie je možné vykladať ako súhlas. Je tu možné namietat, že záväzok prevziať záruku je nový záväzok, síce akcesorický, ktorý nemôže vzniknúť bez uzatvorenia zmluvy o dielo, ale vznikajúci nezávisle na jej pôvodnom znení. Pokiaľ je záručné vyhlásenie zahrnuté do textu zmluvy, je to len technický stav (pretože objednávateľ nemusí zmluvu o dielo uzatvoriť, ak mu nie je poskytnutá záruka, podľa jeho predstáv).²⁷

²⁶ Porov. : PRAŽÁK, Z. :Smlouva o dílo podle obchodního zákoníku. 3. Přepřacované vydání. Praha :Leges, 2010, ISBN 978-80-87212-61-5, s. 185.

²⁷ Porov. : Bejček, J., Eliáš, K., Raban P. a kol.: Kurs obchodního práva- obchodní závazky, 5.vydání. Praha : C.H.Beck, 2010, ISBN- 978-80-7400-337-0, s.280,281.

Účinky prevzatia záruky má aj vyznačenie záručnej doby, doby trvanlivosti alebo použiteľnosti zhotovených vecí na ich obale. V § 563 OBZ môže nájsť len zmienku o začatí plynutia záručnej doby, ktorá sa počíta od odovzdania diela, ide však o dispozitívne ustanovenie, ktoré je možné zmeniť dohodou zmluvných strán. Obchodný zákonník ďalej len odkazuje na primerané použitie § 429 až § 431 OBZ pri kúpnej zmluve. Z odkazu na primerané použitie §430 OBZ vyplýva odchýlka pre začiatok plynutia záručnej doby v prípade, ak je zhotoviteľ povinný vec odoslať. Záručná doba nám potom beží odo dňa dôjde-
nia veci do miesta určenia.

Koniec záručnej doby je potrebné odlišiť od zániku práv zo zodpovednosti za vady: právo objednávateľa reklamovať nezaniká jeho neuplatnením v lehote, len sa oslabuje a neskôr premlčuje, rovnako aj právo na voľbu nároku a na odstránenie väd zhotoviteľom. Môže napr. dôjsť k tomu, že záručná doba už uplynula, ale zhotoviteľ je aj napriek tomu povinný vadu odstrániť, pretože objednávateľ uplatnil reklamáciu včas. Aj práva vzniknuté zo záruky sa premlčujú, vo všeobecnej štvorročnej lehote, len právo na odstúpenie od zmluvy uplynutím záručnej doby zaniká.

Čo sa týka dĺžky záručnej doby, Obchodný zákonník neobsahuje žiadne ustanovenia o jej trvaní, takže to znamená, že sa určuje dohodou medzi predávajúcim a kupujúcim. Podľa Obchodného zákonníka na porovnanie s Občianskym zákonníkom, nevzniká záruka za akosť automaticky, ale len vtedy, ak ju predávajúci poskytne.²⁸A teda môže nastať situácia, že predávajúci neposkytne kupujúcemu žiadnu záručnú dobu. V tomto prípade už závisí na kupujúcom, či zakúpi tovar bez záručnej doby. Obchodný zákonník neobsahuje žiadne ustanovenia o minimálnej dĺžke záručnej doby. V Občianskom zákonníku je minimálnu dĺžku záručnej doby 6 mesiacov a maximálna záručná doba na uplatnenie reklamácie je 2 roky, ktorá začína plynúť odo dňa dodania tovaru resp. jeho doručenia do miesta určeného v zmluve.

Na záver, si treba ešte uvedomiť, že záručná doba má prednosť pred objektívnou reklamačnou lehotou. To znamená, že ak bola poskytnutá kratšia doba, než aká platí v prípade zodpovednosti za vady zo zákona, nie je možné využiť zákonné dvojročné, alebo päťročné lehoty.

IV. Postup pri vadách diela

Zmena obsahu záväzku zmluvy o dielo je závislá na tom, či vada znamená podstatné²⁹, alebo nepodstatné³⁰ porušenie zmluvy, prakticky však ide len

²⁸ KOPÁČ, L.: Obchodní kontrakty 2. díl. Praha: Prospektrum 1994, ISBN – 80-7175-020-4, s. 411.

²⁹ Za podstatné porušenie zmluvy považujeme to, ak porušujúca strana vedela v čase uzavretia zmluvy alebo v tomto čase bolo rozumné predvídať s prihliadnutím na účel zmluvy, ktorý vyplýval z jej obsahu alebo z okolností prípadu, za ktorých bola uzav-

o to, že zákon pri podstatnom porušení zmluvy umožňuje objednávateľovi od zmluvy odstúpiť a pri nepodstatnom porušení nie. Takéto tvrdenie nie je celkom presné, pretože aj pri nepodstatnom porušení zmluvy môže objednávateľ za splnenia podmienok ustanovených v zákone od zmluvy odstúpiť. Ide o prípady, keď zhotoviteľ neodstráni vady v primeranej lehote poskytnutej objednávateľom a na takúto možnosť zániku záväzku bol upozornený. Ak však strana, ktorá je v omeškaní, vyhlási, že svoj záväzok nesplní, môže druhá strana od zmluvy odstúpiť aj bez poskytnutia tejto dodatočnej primeranej lehoty na plnenie alebo pred jej uplynutím. Zmluvné strany sa môžu v konkrétnom prípade dohodnúť priamo v zmluve, čo bude znamenať podstatné porušenie zmluvy.

Odstúpenie od zmluvy nemá v obchodných vzťahoch spätné účinky, ako je tomu vo vzťahoch podľa Občianskeho zákonníka, ale vždy najprv ku dňu, keď bol úkon odstúpenia od zmluvy doručený druhej strane.³¹

Strany si môžu podstatné porušenie zmluvy nadefinovať aj inak, ako ustanovuje zákon. Môžu pritom výslovne vylúčiť použitie podporného ustanovenie § 345 ods. 2 OBZ³², alebo môžu jeho všeobecnú definíciu ponechať, spresniť, skonkretizovať, alebo určiť iné dôvody, pri ktorých bude porušenie zmluvy považované za podstatné. Uplatnenie nároku z väd diela nemusí v celom rozsahu vyporiadať majetkovú ujmu objednávateľa, ktorá mu vznikla v dôsledku dodania vadného diela. Popri nároku z väd diela je preto objednávateľovi zachovaný nárok na náhradu škody spôsobenej vadným plnením a nárok na zmluvnú pokutu. Pokiaľ bola dojednaná pre prípad porušenia povinnosti zo strany zhotoviteľa.³³

Pri podstatnom porušení zmluvy môžu nastať medzi zmluvnými stranami rôzne situácie:

Prvá situácia nastane, ak objednávateľ tvrdí, že došlo k podstatnému porušeniu zmluvy a zhotoviteľ to akceptuje. Objednávateľ riadne odstúpi od zmluvy, teda uskutoční jednostranný právny úkon. Záväzok zhotoviteľa odstúpením

retá, že druhá zmluvná strana nebude mať záujem na plnení povinnosti, ak dôjde k takému porušeniu zmluvy.

³⁰ Ak nie sú splnené kritéria podstatného porušenia zmluvy, tak hovoríme o nepodstatnom porušení zmluvy. V pochybnostiach sa predpokladá, že porušenie zmluvy nie je podstatné.

³¹ Porov. : PRAŽÁK, Z. : Smlouva o dílo podle obchodního zákoníku. 3. Preracované vydání. Praha: Leges, 2010, s. 165.

³² Na účely tohto zákona je porušenie zmluvy podstatné, ak strana porušujúca zmluvu vedela v čase uzavretia zmluvy alebo v tomto čase bolo rozumné predvídať s prihliadnutím na účel zmluvy, ktorý vyplynul z jej obsahu alebo z okolností, za ktorých bola zmluva uzavretá, že druhá strana nebude mať záujem na plnení povinností pri takom porušení zmluvy. Pri pochybnostiach sa predpokladá, že porušenie zmluvy nie je podstatné.

³³ PATAKYOVÁ, M. a kol. : Obchodný zákonník – komentár. Praha: C.H. Beck, 2010, ISBN – 978-80-7400-314-1, s. 932.

od zmluvy zaniká. Pokiaľ by časť diela, už patrila zhotoviteľovi, má právo si túto časť odnieť, ak by sa tak nestalo, spôsobil by objednávateľovi škodu a to tým, že zhotovená časť objednávateľovi prekáža. Následne tu dochádza k vzniku zmluvy o skladovaní, ohľadne tejto časti diela.

Druhá situácia nastane, ak objednávateľ síce tvrdí, že došlo k podstatnému porušeniu zmluvy, ale zhotoviteľ neuzná takéto podstatné porušenie zmluvy, ale len vadu diela. Objednávateľ sa teda musí rozhodnúť, či odstúpi od zmluvy a bude tým v eventuálnom spore riskovať, že odstúpenie od zmluvy nebude platné.

Tretia situácia nastane, ak objednávateľ bude tvrdiť, že došlo k podstatnému porušeniu zmluvy, ale zhotoviteľ vady vôbec neuzná. Túto situáciu je možné riešiť odstúpením od zmluvy a to s rizikom spomínaným vyššie, ak by ale takéto riziko bolo pre objednávateľa príliš vysoké, je potrebné odporučiť vecný kompromis, to znamená, že každá zo strán čiastočne ustúpi a pokúsi sa vyhovieť požiadavkám druhej strane. Pri hľadaní kompromisu je najpodstatnejší ekonomický dopad kompromisu na obe strany. Je potrebné v peniazoch vyčíslieť tie ujmy, ktoré by postihli, tak zhotoviteľa, ako aj objednávateľa v prípade, ak by obe strany zanechali dielo v stave, v akom sa nachádza, teda už by sa s ním nič nerobilo. Je potrebné finančnú ujmu zmluvných strán vzájomne vyrovnáť, teda dohodnúť sa tak, aby zmluvné strany mali ujmu takmer rovnakú.

V. Náhrada škody

Popri nároku zo zodpovednosti za vady má objednávateľ aj nárok na náhradu škody vzniknutej v dôsledku vadného plnenia. Pritom škodou sa pre tento účel rozumie tzv. následná škoda.

Ujmu spôsobenú vadným plnením môžeme rozdeliť do dvoch skupín :

Ujma spočívajúca vo vadnom prevedení diela. Ide o ujmu, ktorá je nahraditeľná, odškodniteľná len vrámci zodpovednosti zhotoviteľa za vady, t.j. za nedokončenie vlastného predmetu plnenia. To znamená uvedením veci do stavu bez väd, oprava atď.

Potom je to ujma, ktorá vznikla v dôsledku vady. Ide o ujmu nahraditeľnú a odškodniteľnú len vrámci náhrady škody. To sú teda následky väd diela - ide o pokuty, penále, poškodenie dobrého mena atď.

Takéto zásadné rozlíšenie vyplýva z ustanovení § 440 ods.2 OBZ. Uspokojenie, ktoré je možné dosiahnuť uplatnením niektorého z nárokov z väd diela, nie je možné dosiahnuť uplatnením nároku z iného právneho dôvodu, to znamená, že objednávateľ, ktorý má nejaké nároky z titulu väd diela, musí tieto nároky ako nároky z väd diela uplatniť. Nemôže neuplatniť tieto nároky a požadovať len náhradu škody. Ak by teda objednávateľ neuplatnil nároky zo zodpovednosti za vady diela, nemôže sa domáhať nároku na náhradu škody vzniknutej z tohto vadného plnenia zhotoviteľa v rozsahu, v akom sa mohol domáhať

uspokojenia uplatnením práv zo zodpovednosti za vady. Takýto postup výslovne vylučuje § 440 ods. 2 OBZ. Objednávateľ by sa mohol domáhať len náhrady následnej škody, ktorá mu vznikla v dôsledku vadného plnenia zhotoviteľa. Treba, ale podotknúť, že práv zo zodpovednosti za vady sa môže objednávať domáhať len vtedy, ak došlo k platnému uzatvoreniu zmluvy o dielo.

Touto problematikou sa zaoberal aj Nejvyšší soud, podľa ktorého sa objednávatel' nemôže domôcť nahradenia ujmy vzniknutej z vadného plnenia napr. cestou bezdôvodného obohatenia, pokiaľ medzi stranami nebola v zmluve o dielo vylúčená, poprípade inak modifikovaná aplikácia ustanovenia § 440 ods. 2 OBZ. V opačnom prípade by objednávatel' zanedbával svoje povinnosti súvisiace s prehliadkou diela, notifikáciu väd a uplatňovaním reklamačných nárokov.³⁴

Názory na túto problematiku sa v literatúre rôznia. Väčšina autorov- napr. Kopáč alebo Bejček- tvrdí, že nárok na náhradu škody, poprípade na vydanie bezdôvodného obohatenia je za danej situácie vylúčený. Objavili sa však aj iné stanoviská s výkladom, že možnosť uplatnenia takýchto nárokov je vylúčená len za existencii nárokov zo zodpovednosti za vady. Na tomto mieste sa nám vynára otázka, či takýto postup zodpovedá princípom spravodlivosti, ak bude objednávatel' zbavený možnosti domôcť sa cestou náhrady škody vyrovnania ujmy, ktorú mu zhotoviteľ spôsobil, len preto, že v podstate mohol to isté uplatniť z titulu zodpovednosti za vady a zmeškal reklamačnú lehotu³⁵

A ako je to v prípade dokončenia diela na vlastné náklady? Ak teda nastane situácia, že zhotoviteľ nedokončil dielo a následne medzi stranami nedošlo k žiadnej dohode, ani zmene zmluvy a zhotoviteľ nereaguje na výzvy objednávateľa. Objednávateľ nemôže nárok na náhradu škody uplatniť v súdnom konaní, pretože čiastočným plnením zo strany zhotoviteľa došlo k vadnému plneniu. Objednávateľ môže v tomto prípade požadovať len dokončenie diela, alebo uplatniť zľavu z ceny diela, poprípade môže od zmluvy odstúpiť. Ak by teda objednávatel' požadoval náhradu nákladov vynaložených na dokončenie diela, neboli by mu v súdnom konaní priznané, pretože podľa § 440 ods.2 OBZ uspokojenie, ktoré je možné dosiahnuť uplatnením niektorého z nárokov väd diela podľa § 436 a 437 OBZ, nie je možné dosiahnuť uplatnením nároku z iného právneho dôvodu.

Ak by teda objednávatel' pri vade diela neuplatnil právo na primeranú zľavu z ceny diela u zhotoviteľa a následne by si vady diela nechal opraviť treťou osobou, zaniklo by mu právo zadržať si určitú časť ceny diela (tzv. zádržné) v zmysle § 564 a § 439 ods. 4 OBZ. V tomto prípade by nedošlo k nezapočíta-

³⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3.4.2001, sp. zn 29 Cdo 1180/2000, judikát dostupný na:

http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/F602C015BA8555D6C12575EF00388CB6?openDocument

³⁵ Porov. : BEJČEK, J., ELIÁŠ, K., RABAN P. a kol.: Kurs obchodního práva- obchodní závazky, 5.vydání. Praha : C.H.Beck, 2010, ISBN- 978-80-7400-337-0, s. 282,283.

niu pohľadávky zo strany objednávateľa zo zníženia ceny diela a preto je povinný zaplatiť celú sumu diela, poprípade aj úroky z omeškania.³⁶

VI. Hra o čas

Ak nie je dohodnuté niečo iné, je objednávateľ povinný podľa § 562 OBZ predmet diela prehliadnúť alebo zariadiť jeho prehliadku podľa možností čo najskôr po jeho odovzdaní. Zákon nám, ale bližšie nešpecifikujeme pojem „čo najskôr“, túto špecifikáciu je možné vyvodiť až z okolností konkrétneho prípadu. V niektorom prípade sa môže jednáť o deň a v inom napr. o mesiac. V tejto lehote je objednávateľ povinný dielo prehliadnúť.

Pri uplatnení zodpovednosti za vady diela je potrebné včasné uplatnenie nárokov z toho vyplývajúcich, zákon nám hovorí o oznámení väd bez zbytočného odkladu po ich zistení. V tomto prípade sa jedná o subjektívnu lehotu. Ak teda objednávateľ neoznámí vady bez zbytočného odkladu po ich zistení, dochádza k ich premlčaniu. Zákon nám v tomto prípade hovorí o dvoch lehotách- prvá lehota pre objednávateľa plynie pri zistení vady, kde je objednávateľ povinný na jej oznámenie bez zbytočného odkladu a po tomto oznámení je zase povinný bez zbytočného odkladu oznámiť aj voľbu následku z titulu vadnosti diela. Ak dôjde k premlčaniu práv, objednávateľ má už len možnosť požadovať splnenie zmluvy, pretože dielo má vady, to znamená, že zmluva nebola splnená. Nemôže od zmluvy odstúpiť, ani nárokovať si zľavu z ceny diela. Medzi stranami však môže dôjsť k akejkoľvek inej dohode.

Zákon nám ustanovuje aj objektívnu lehotu a tá je 2 roky, resp. u stavieb 5 rokov od odovzdania predmetu zmluvy. U väd, na ktoré sa vzťahuje záruka za akosť, zodpovedá táto objektívna lehota záručnej dobe.

Podľa rozsudku Nejvyššího soudu ak sú vady diela dôsledkom skutočností, o ktorých zhotoviteľ vedel alebo musel vedieť v čase odovzdania diela, nebráni k priznaniu práv zo zodpovednosti za vady diela v súdnom konaní uplynutie objektívnej lehoty stanovenej v § 562 ods. 2 OBZ pre podanie správy zhotoviteľovi o vadách diela.³⁷

Pri vadách, na ktoré sa vzťahuje záruka, platí namiesto lehoty uvedenej v § 562 ods. 2 OBZ záručná doba. Aj ustanovenie § 562 ods. 2 OBZ je možné

³⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 5.6.2006, sp. zn. 32 Odo 558/2005, judikát dostupný na:
http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/D74AE19AFD8FBFAAC12575EF0039202E?openDocument

³⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 10.12.2008, sp. zn. 32 Odo 1604/2006, judikát dostupný na:
http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/463246C8B518A084C12575EF003917E0?openDocument

v konkrétnom prípade vylúčiť a nahradiť iným ustanovením, ak by táto úprava v konkrétnom prípade dávala zmysel.

Pokiaľ ide o voľbu nárokov, nemôže objednávateľ podľa podporných ustanovení zákona jednostranne meniť svoje nároky zo zodpovednosti za vady diela. V zmluve si však strany môžu dohodnúť aj niečo iné, ako ustanovuje zákon. Napr. aj to, že objednávateľ môže voľbu nároku dodatočne meniť. Takýto prípad je však potrebné vecne vysvetliť, inak by sa na prvý pohľad zdalo, že tieto dojednania nedávajú zmysel. Pretože podľa § 37 ods. 1 OZ právny úkon sa musí urobiť slobodne a vážne, určite a zrozumiteľne; inak je neplatný. O výnimku zo zásady, že raz zvolený nárok, nie je možné meniť sa jedná aj v prípade, ak objednávateľ pôvodne požadoval opravu diela, ale vady sú neopraviteľné, alebo ak s ich opravou by boli spojené neprimerané náklady. V tomto prípade môže objednávateľ požadovať dodanie náhradného diela.

Na záver tejto problematiky je potrebné podotknúť, že problematika vád diela je taká rozsiahla, že celé spektrum problémov, ktoré s ňou súvisia, nie je možné obsiahnuť v tomto príspevku. Na to, aby zmluvné strany predišli eventuálnym sporom, je potrebné presné zmluvné určenie predmetu a účelu zmluvy, ktoré má význam hlavne pri bagatel'ných vadách, pretože aj z takýchto vád vznikajú objednávateľovi nároky.

Zmena spoločenskej zmluvy spoločnosti s ručením obmedzeným: Vybrané problémy a rekodifikačné tendencie

*JUDr. Lukáš Michal'ov
advokátsky koncipient*

Jednou z najrozšírenejších foriem obchodnej spoločnosti je spoločnosť s ručením obmedzeným. Spoločnosť s ručením obmedzeným prináša veľa výhod pre spoločníkov, a preto je možné konštatovať, že ide o formu najobľúbenejšiu. Na druhej strane z pohľadu ochrany veriteľ'ov sa v praxi často stáva, že veritelia sa nemôžu domôcť svojich práv, t.j. plnenia zo strany spoločnosti v dôsledku obmedzeného, resp. žiadneho ručenia spoločníkov. Podľa môjho názoru za to môže nie príliš dôsledná úprava v Obchodnom zákonníku, ale aj vypočítavosť spoločníkov, ktorí sú si vedomí svojho „krytia zo strany zákona“ napriek tomu, že sa dopustia protiprávneho konania.

Spoločnosť s ručením obmedzeným je základným pilierom podnikateľského diania a to nielen v Slovenskej republike. Rovnako ako dom, ktorý je pevný, ako sú pevné jeho základy, tak aj legislatívne „dolaďovanie“ našej obchodno-právnej úpravy by malo byť prioritne zamerané na príslušné ustanovenia tohto subjektu.¹ Právna forma spoločnosti s ručením obmedzeným je ideálna pre podnikanie malých a stredných podnikateľ'ov a praktická je hlavne tam, kde by neobmedzené ručenie spoločníkov pre nich vyvolalo neúmerne riziko a tam, kde nie je potrebná náročná vnútorná organizácia typická pre akciové spoločnosti.² Tento typ kolektívneho podnikania je však i ľahko zneužitelný, k čomu prispieva miestami aj nedokonalá právna úprava, čo potvrdzujú aj skúsenosti z praxe.

I. Spoločenská zmluva a jej zmena

Spoločenská zmluva spoločnosti s ručením obmedzeným upravuje vnútorné pomery spoločnosti a vzájomné vzťahy spoločníkov súvisiace s ich účasťou v spoločnosti. Práva a povinnosti z nej vznikajú predovšetkým spoločníkom. Jej obsah je prejavom súhlasnej vôle všetkých zakladajúcich spoločníkov (neskôr prípadne modifikovaný vôľou spoločníkov, ktorí spôsobom predpokladaným zákonom a spoločenskou zmluvou dosiahli jej zmenu).

¹ Mamojka, ml., M., Ekvivalencia práv a povinností spoločníka v spoločnosti s ručením obmedzeným, VEDA, vydavateľstvo SAV 2008, str. 17

² Eliáš, K., Kurs obchodného práva – Právnické osoby jako podnikatelé – 1.vydání, Praha, C.H. Beck 1995, str. 96

V tomto príspevku sa pokúsim načrtnúť vybrané problémy, ktoré v súvislosti s existenciou spoločností s ručením obmedzeným v aplikačnej praxi vznikajú. Medzi takéto problémy môžeme radiť najmä tie, ktoré súvisia so zmenou spoločenskej zmluvy, nakoľko táto je základným dokumentom, pilierom, na ktorom je spoločnosť s ručením obmedzeným vybudovaná, a ktorá významne ovplyvňuje chod spoločnosti ako takej. Sú v nej totiž deklarované základné práva a povinnosti spoločníkov, základné zásady organizácie spoločnosti, ako aj ďalšie pre chod spoločnosti dôležité skutočnosti. Svoju pozornosť upriamim na zánik účasti spoločníka spoločnosti s ručením obmedzeným zmenou spoločenskej zmluvy, na aplikačné problémy súvisiace s prechodom na menu euro ako aj na zmenu spoločenskej zmluvy spôsobom, ktorý nie je spoločenskou zmluvou dovolený.

II. Zánik účasti spoločníka v spoločnosti zmenou spoločenskej zmluvy³

V odbornej literatúre sa často vedú spory o tom, či účasť spoločníka v spoločnosti môže zaniknúť zmenou spoločenskej zmluvy na základe dohody všetkých spoločníkov, alebo nie. Na jednej strane sa táto možnosť všeobecne pripúšťa, i keď to zákon výslovne neuvádza, t.j. že spoločník môže ukončiť účasť dohodou s ostatnými spoločníkmi, a to zmenou spoločenskej zmluvy formou uzavretia dodatku.⁴ V oblasti súkromného práva je dovolené všetko, čo nie je zákonom zakázané. Pokiaľ spoločná vôľa zakladateľov spoločnosti vyjadrená v právnom úkone (v spoločenskej zmluve) môže založiť účasť osoby v spoločnosti, potom táto spoločná vôľa môže na druhej strane zmeniť vnútorné pomery v spoločnosti. Spoločníci pritom musia rešpektovať zásadu, že svojím právnym úkonom nesmú porušiť zákon ani zásadu dobrých mravov, a najmä nesmú zneužívajúcim spôsobom znevýhodniť „vystupujúceho spoločníka“.⁵

Na druhej strane sa vyskytuje aj opačný názor, že zrušenie účasti spoločníka na základe dohody nie je možné, a to vzhľadom na vzťah ustanovenia § 141 Obchodného zákonníka, ktoré upravuje možnosť zmeny spoločenskej zmluvy dohodou spoločníkov a ktoré je všeobecnej povahy, pričom úprava § 148 a 149 upravujúca zánik spoločníka v spoločnosti je špeciálnou úpravou osobitne vo vzťahu ku zániku účasti spoločníka. Ani jedno z týchto osobitných ustanovení neumožňuje upraviť v spoločenskej zmluve zánik účasti dohodou

³ O zániku účasti spoločníka bližšie pozri GOLMICOVÁ (TREŠČÁKOVÁ), D.: Vylúčenie spoločníka zo spoločnosti s ručením obmedzeným ako jeden zo spôsobov zániku účasti spoločníka v tejto spoločnosti. In: Obchodné spoločnosti : aktuálne otázky a problémy. - Plzeň: Vydavateľstvá a nakladateľstvá Aleš Čeněk, 2008. - ISBN 9788073801571. - S. 54-61.

⁴ Suchoža, J., Obchodný zákonník a súvisiace predpisy komentár, Eurounion 2003, str. 328

⁵ Fekete, I., Obchodná spoločnosť s ručením obmedzeným – 17. časť: Zánik účasti spoločníka v spoločnosti in Obchodné právo 6/2006, str. 15

vzhľadom k tomu, že obidve ustanovenia § 148 a 149 sú kogentnej povahy.⁶ K tomuto názoru sa prikláňa aj rozhodnutie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky podľa ktorého: „Navyše bez platnej zmluvy o prevode obchodného podielu nemohla zaniknúť účasť žalobcu ako spoločníka v predmetnej spoločnosti na základe rozhodnutia valného zhromaždenia, pretože ustanovenia spoločenskej zmluvy, ktoré takýto postup umožňujú, sú neplatné pre rozpor so zákonom. S výnimkou možnosti vylúčenia spoločníka podľa ustanovenia § 113 ods. 4, účasť spoločníka v spoločnosti (okrem zmluvného prevodu obchodného podielu) môže zaniknúť iba zrušením jeho účasti súdom alebo vylúčením súdom, pričom ide o ustanovenie kogentné ako už aj uviedol súd prvého stupňa v odôvodnení svojho rozhodnutia.“⁷

Na rozdiel od medzery v slovenskom Obchodnom zákonníku, české obchodné právo je o krôčik pred nami. Český obchodný zákonník možnosť zániku účasti spoločníka zmenou spoločenskej zmluvy výslovne upravuje vo svojom ustanovení § 149a Obchodného zákonníka. Podľa tohto ustanovenia, *účasť spoločníka ve společnosti může skončit i dohodou všech společníků. Dohoda musí mít písemnou formu a podpisy musí být úředně ověřeny.*

Táto úprava jednoznačne vyžaduje písomnú formu a overené podpisy. Ustanovenie § 149a českého obchodného zákonníka zakotvilo pravidlo, ktoré by z hľadiska svojej podstaty malo platiť i bez jeho výslovnej formulácie. Zmluvná podstata spoločnosti s ručením obmedzeným neumožňuje odmietnuť tento spôsob zmeny spoločenskej zmluvy.⁸ Na druhej strane sa však českí autori domnievajú, že je potrebné domyslieť aj ďalšie otázky s tým spojené. Rozhodnutie o dohode o zrušení účasti spoločníka v spoločnosti bude súčasne znamenať aj zníženie základného imania. Je preto nutné dodržať postup upravený v § 147 Obchodného zákonníka. Podľa § 125 ods. 1 pís. e a tiež podľa § 146 Obchodného zákonníka spadá rozhodovanie o znížení základného imania do pôsobnosti valného zhromaždenia. V tomto smere sú ustanovenia § 125 a 146 Obchodného zákonníka vzhľadom k § 149a kontradiktórne. To tiež odôvodňuje neodôvodnená konštrukcia dvojitého spôsobu rozhodovania spoločníkov – valným zhromaždením a zmenou spoločenskej zmluvy (dohodou) - prináša zbytočné a nedoriešené problémy.⁹ Prof. Pelikánová sa preto domnieva, že zakotvenie ustanovenia § 149a do Obchodného zákonníka by rozpory nielen neodstránilo, ale aj prehĺbilo.

⁶ Patakyová, M. a kol. Obchodný zákonník. Komentár. 2. aktualizované vydanie. Praha: C.H. Beck, 2008, str. 418-419

⁷ Rozhodnutie Najvyššieho súdu SR sp.zn. 2 Obo 102/2001 in Patakyová, M. a kol. Obchodný zákonník. Komentár. 2. aktualizované vydanie. Praha: C.H. Beck, 2008, str. 418-419

⁸ Pelikánová, I., Komentář k obchodnímu zákonníku, 2.díl, LINDE PRAHA a.s. 1998, str. 578

⁹ Pelikánová, I., Komentář k obchodnímu zákonníku, 2.díl, LINDE PRAHA a.s. 1998, str. 579

Osobne sa skôr prikláňam k názorom právnych teoretikov, ktorí možnosť zániku účasti spoločníka zmenou spoločenskej zmluvy v slovenskom právnom poriadku pripúšťajú. Zákon jednoznačne zakazuje len jednostranné vystúpenie spoločníka zo spoločnosti. Zákonodarca sa vôbec nezaoberal otázkou zmluvného vystúpenia, ale v dôsledku aplikácie súkromnoprávnej zásady „čo nie je zákonom zakázané, je dovolené“ sa domnievam, že takýto spôsob zániku účasti nie je v rozpore so zákonom. V tomto kontexte je namieste zamyslieť sa aj nad vyššie odcitovanou právnou vetou rozhodnutia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, ktoré absolútne popiera jednu z najzákladnejších súkromnoprávných zásad, a to zásadu zmluvnej voľnosti. Navyše tento spôsob so sebou prináša aj isté výhody spočívajúce v tom, že spoločníci môžu s obchodným podielom vystupujúceho spoločníka naložiť ľubovoľne podľa dohody, ktorú zakomponujú do spoločenskej zmluvy. Tento spôsob odstraňuje niekedy zbytočný formalizmus pri zmene spoločníka v spoločnosti s ručením obmedzeným. Som toho názoru, že do budúcnosti by bolo potrebné výslovne zakomponovať tento spôsob ukončenia účasti spoločníka v spoločnosti s ručením obmedzeným do Obchodného zákonníka, napríklad spôsobom aký je obsiahnutý v českom obchodnom zákonníku spolu s odstránením vyššie uvedených kontradikcií.

Bolo by veľmi zaujímavé ako by sa s takýmto prípadom vysporiadal príslušný registrový súd. Je bežné, že registrové súdy často pri svojom rozhodovaní uprednostňujú bezprecedentný formalizmus. Súčasná právna úprava je vyskladaná ako je a pokiaľ ideme striktne podľa ustanovení Obchodného zákonníka, takúto možnosť nenájdeme, nakoľko spôsob ukončenia účasti spoločníka v spoločnosti dohodou absentuje. Musíme však pripustiť, že tento spôsob je legálny. Napriek tomu si myslím, žeby takýto návrh bol odmietnutý.

III. Prechod na menu euro a problémy s tým vznikajúce

V súvislosti so vstupom Slovenskej republiky do eurozóny a zavedením jednotnej meny euro, bolo potrebné zmeniť aj menovitou hodnotu základných imaní spoločností ako aj jednotlivých vkladov spoločníkov spoločností s ručením obmedzeným. V súlade s generálnym predpisom, t.j. zákonom č. 659/2007 Z.z. o zavedení meny euro v Slovenskej republike a o zmene a doplnení niektorých zákonov bol novelizovaný aj zákon č. 530/2003 Z.z. o obchodnom registri, zakotvením § 12a - Osobitné ustanovenia k zavedeniu meny euro v Slovenskej republike.

V zásade platná právna úprava umožňuje dva spôsoby zmeny menovitých hodnôt. V prvom rade ide o možnosť premeny so zaokrúhlením. To znamená, že základné imanie obchodných spoločností sa zaokrúhli smerom nahor na celé číslo k najbližšiemu euru, pričom tento rozdiel bude hrazený z peňažných prostriedkov z nerozdeleného zisku predchádzajúcich účtovných období alebo z iných vlastných zdrojov, napr. z rezervného fondu.

Zákon o obchodnom registri však v spomínanom ust. § 12a a umožňuje podnikateľovi využiť premenu s vyslovením súhlasu podnikateľa s metódou prepočtu na eurá. Tento spôsob vykonania premeny spočíva vo vyslovení písomného súhlasu povinnej osoby s informatívnym prepočtom, teda s metódou tohto prepočtu, pričom takýto súhlas sa považuje za vykonanie premeny. Podľa ust. § 12a Zákona o obchodnom registri, *menovité hodnoty uvedené vo výpise z obchodného registra v eurách sú výsledkom prepočtu menovitých hodnôt vkladov do imania v slovenských korunách podľa konverzného kurzu so zaokrúhlením nahor na šesť desatinných miest. Základné imanie sa získa následným súčtom menovitých hodnôt vkladov do imania v eurách.* Výsledkom tohto prepočtu je vklad zaokrúhlený na šesť desatinných miest. Mnoho podnikateľov, nielen tých, ktorí pri zmenách spoločenských zmlúv nevyužívajú pomoc právnych zástupcov z radov advokátov, využilo tento spôsob prepočtu. V zásade pôsobí jednoducho a nie je nákladný. Avšak tento spôsob prepočtu základných imaní, a tým aj vkladov nebol zákonodarcom domyselný. Vezmime si jednoduchú situáciu. Spoločník spoločnosti s ručením obmedzeným sa rozhodne svoj obchodný podiel previesť na spoločníka, či už tretiu osobu. V takom prípade uzatvorí zmluvu o prevode obchodného podielu, tento prevod pokiaľ to spoločenská zmluva vyžaduje bude schválený valným zhromaždením a bude podaný aj návrh na zápis zmien na predpísanom tlačíve. Avšak registrový súd takúto zmenu odmietne vykonať s odvolaním sa na ust. § 109 ods. 2 Obchodného zákonníka, podľa ktorého, *na založení spoločnosti sa môže každý spoločník zúčastniť iba jedným vkladom. Výška vkladu sa môže pre jednotlivých spoločníkov určiť rozdielne, musí však byť vyjadrená kladným celým číslom, ak osobitný zákon neustanovuje inak. Celková hodnota vkladov musí súhlasiť s hodnotou základného imania spoločnosti.* Práve s poukazom na toto ustanovenie Obchodného zákonníka registrové súdy odmietajú zmeny zapisáť, nakoľko vklad nie je určený celým kladným číslom, ale je zaokrúhlený na šesť desatinných miest. Domnievam sa, že tento postup registrových súdov nie je správny, pretože v citovanom ustanovení § 109 ods. 2 Obchodného zákonníka sa pojednáva o postupe pri založení spoločnosti, nie o jej následných zmenách. Dôležité je však poukázať na tú skutočnosť, že rozhodovanie registrových súdov sa úplne míňa účinku a účelu § 12a Zákona o obchodnom registri ako aj Generálneho zákona o zavedení meny euro v Slovenskej republike.

Jedinou možnosťou spoločníka spoločnosti s ručením obmedzeným je teda opäť zvýšiť alebo znížiť základné imanie spoločnosti a tým aj vklady na celé eurá a až následne previesť obchodný podiel, ktorý predstavuje už zaokrúhlený vklad. V tomto sa opäť prejavuje ničím neodôvodnený formalizmus, ktorý nie je žiaduci. V súvislosti s týmto je nutné poukázať aj na zákon č. 431/2002 Z.z. o účtovníctve. Tým, že sa základné imanie zvýši o sumu predstavujúcu nulu alebo jedno euro a euro centy zaokrúhlené na šesť desatinných miest sa musí následne aj odraziť v účtovníctve podnikateľského subjektu.

Som tohto názoru, že celkovo spôsob prepočtu menovitých hodnôt vkladov nebol zákonodarcom domyslený a spôsobuje v aplikačnej praxi nemalé problémy.

IV. Zmena spoločenskej zmluvy spôsobom, ktorý nie je spoločenskou zmluvou dovolený

Hoci názov state príspevku môže sprvoti vyznievať vtipne, má svoje opodstatnenie. Obchodný zákonník vo svojom ustanovení § 141 ods. 1 deklaruje možnosť spoločníkov spoločnosti s ručením obmedzeným rozhodnúť o dôležitých otázkach zmenou spoločenskej zmluvy jednohlasným rozhodnutím. Jednoznačne správna voľba zákonodarcu v zakotvení tejto možnosti však niekedy môže naraziť aj na svoje úskalia, najmä v spojitosti s ďalšími otázkami. Ako príkladom môže poslúžiť rozhodnutie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp.zn. Obdo V 79/2003.¹⁰ V tomto konaní súdy rozhodovali o platnosti prevodu obchodných podielov, ktoré boli prevedené všetkými spoločníkmi spoločnosti na tretiu osobu, hoci spoločenská zmluva takýto prevod výslovne nepripúšťala.

Všetci spoločníci tejto obchodnej spoločnosti uzavreli s tretou osobou zmluvu o prevode svojich obchodných podielov, v dôsledku čoho sa jediným spoločníkom tejto spoločnosti stala tretia osoba. Zmluva bola uzavretá napriek tomu, že spoločenská zmluva takýto prevod výslovne nepripúšťala. Následne sa nový spoločník, ktorý nadobudol obchodné podiely pôvodných spoločníkov, obrátil na príslušný súd so žalobou o neplatnosť zmluvy o prevode obchodných podielov pre jej rozpor s ustanovením § 115 os. 2 Obchodného zákonníka.

Súd prvého stupňa rozsudkom žalobe vyhovel žalobe a určil, že zmluva o prevode obchodného podielu uzavretá medzi žalobcom a žalovanými, je neplatná. Rozhodol tak s odôvodnením, že spoločenská zmluva spoločnosti v čase prevodu obchodných podielov žalovaných na žalobcu neobsahovala, ani neobsahuje ustanovenie, ktoré by umožňovalo prevod obchodného podielu na tretiu osobu. Navyše aj podpis žalobcu, teda nadobúdateľa obchodných podielov na zmluve nebol úradne overený (táto skutočnosť však nie je z hľadiska príspevku podstatná).¹¹ Zmluva bola preto prvostupňovým súdom pre rozpor so zákonom vyhlásená za neplatnú. Proti rozsudku podali žalovaní odvolanie v časti, ktorou súd vyhovel žalobe. Najvyšší súd Slovenskej republiky, ktorý rozhodoval o odvolaní, rozsudok súdu prvého stupňa zmenil a žalobu zamietol. Rozhodol tak s odôvodnením, že o prevode obchodných podielov sa dohodli všetci spoločníci „na mimoriadnom valnom zhromaždení spoločnosti“. Zmluvu o prevode obchodných podielov tak uzavreli so súhlasom valného zhromaždenia, do kompetencie ktorého udeľovanie súhlasu podľa spoločens-

¹⁰ pozri aj Zo súdnej praxe 28/2006

¹¹ pozn. autora

skej zmluvy patrí. Žalobca vyhlásil, že pristupuje k spoločenskej zmluve a stal sa jediným spoločníkom spoločnosti. Jeho podpis na zmluve bol riadne notárom overený, z čoho vyplýva, že žiaden z úkonov neurobil v omyle. Proti rozsudku podal dovolanie žalobca. Žiadal rozhodnutie odvolacieho súdu zrušiť a vec mu vrátiť na ďalšie konanie. Namietal, že zákon umožňuje prevod obchodného podielu na tretiu osobu, len ak to spoločenská zmluva výslovne pripúšťa. Spoločenská zmluva však prevod obchodného podielu neupravuje, čo znamená, že prevod nie je možný. Keďže uvedené zákonné ustanovenie je kogentné, nestačí ani rozhodnutie valného zhromaždenia, ani prejav zúčastnených osôb.

O celej kauze rozhodol ako dovolací súd Najvyšší súd Slovenskej republiky, ktorý dospel v otázke platnosti prevodu k rovnakému záveru, ako odvolací súd. Spoločenská zmluva spoločnosti s ručením obmedzeným upravuje vnútorné pomery spoločnosti a vzájomné vzťahy spoločníkov súvisiace s ich účasťou v spoločnosti. Práva a povinnosti z nej vznikajú predovšetkým spoločníkom. Jej obsah je prejavom súhlasnej vôle všetkých zakladajúcich spoločníkov (neskôr prípadne modifikovaný vôľou spoločníkov, ktorí spôsobom predpokladaným zákonom a spoločenskou zmluvou dosiahli jej zmenu). Bez ohľadu na to, ako spoločenská zmluva upravuje možnosť jej zmeny rozhodnutím valného zhromaždenia, vždy je možné spoločenskú zmluvu zmeniť dohodou všetkých spoločníkov.

Pred sporným prevodom obchodného podielu mala spoločnosť troch spoločníkov - žalovaných, ktorým patrili všetky hlasy. Na mimoriadnom valnom zhromaždení všetci spoločníci zhodne prejavili vôľu spoločne previesť svoje obchodné podiely na žalobcu. Ide teda o vyjadrenie súhlasnej vôle všetkých spoločníkov, ktorí boli oprávnení aj zmeniť spoločenskú zmluvu. Vnútorné usporiadanie spoločnosti, ktoré neumožňuje prevod obchodného podielu na tretie osoby, má chrániť záujmy spoločníkov v tom, aby bez súhlasu všetkých spoločníkov nemohlo dôjsť k zmene okruhu spoločníkov (s výnimkou prevodu podielov medzi spoločníkmi). Ak sa takáto zmena uskutočňuje so súhlasom všetkých spoločníkov, nemôže byť prevod obchodného podielu na tretiu osobu neplatný len z dôvodu, že to spoločenská zmluva neumožňuje. Považovať prevod za neplatný z uvedeného dôvodu by znamenalo nerešpektovať skutočnosť, že spoločenská zmluva je prejavom spoločnej vôle spoločníkov a všetci spoločníci spoločne majú právo zmeniť ju aj tak, že v konkrétnej záležitosti budú postupovať odchyľne od jej úpravy. Vyžadovať, aby v takom prípade spoločníci najprv formálne zmenili spoločenskú zmluvu a potom ju vzápätí po uskutočnení svojho zámeru vrátili do pôvodného stavu, alebo aby dvaja spoločníci najprv previedli svoj podiel na tretieho a ten ho už ako jediný spoločník previedol na tretiu osobu, by bolo prejavom nemiestneho formalizmu.

Teda dovolací súd skonštatoval, *že spoločník môže previesť svoj obchodný podiel na inú osobu, ak to spoločenská zmluva pripúšťa. Ak spoločenská zmluva neupravovala možnosť prevodu obchodného podielu na tretiu osobu, ale k prevodu došlo so súhlasom všetkých spoločníkov, nemôže byť takýto prevod neplat-*

ný iba z dôvodu, že to spoločenská zmluva neumožňuje. Spoločenská zmluva je prejavom spoločnej vôle spoločníkov a všetci spoločníci spoločne majú právo zmeniť ju aj tak, že v konkrétnej záležitosti budú postupovať odchyľne od jej úpravy.¹²

Toto rozhodnutie Najvyššieho súdu však má aj svojich odporcov, ktorí so závermi, ktoré sú prezentované vyššie nesúhlasia, najmä z dôvodu zabezpečenia publicity, ochrany tretích osôb a skutočnosti, či týmto úkonom bola spoločenská zmluva zmenená do budúca, či len ad hoc pri konkrétnom prípade.

Som názoru, že v danom prípade došlo k platnému prevodu obchodných podielov, pretože všetci spoločníci zhodne prejavili vôľu spoločne previesť svoje obchodné podiely na tretiu osobu, čím došlo k vyjadreniu súhlasnej vôle všetkých spoločníkov, ktorí boli oprávnení aj k zmene spoločenskej zmluvy. Takýto spôsob zmeny spoločenskej zmluvy je možný, napriek skutočnosti, že zákon to neumožňuje. Aj toto konštatovanie môže vyznieť vtipne, avšak som presvedčený, že vo svojej podstate ide o riešenie logické a dovolené. Bolo by nemiestnym formalizmom (čo je pri rozhodovaní registrových súdov bežná prax), ak by sme pred samotným prevodom obchodného podielu žiadali uznesením valného zhromaždenia zmeniť spoločenskú zmluvu. Do úvahy by to prichádzalo v prípade, ak by svoje podiely neprevádzali súčasne všetci spoločníci. Spoločenská zmluva je totiž prejavom vôle, prejavom vôle zakladateľov spoločnosti a stáva sa aj prejavom vôle spoločníkov. Nie je žiaduce, aby spoločníci boli podrobovaní prísne formálnemu procesu zmeny tohto prejavu, keď je možné ju pre konkrétny prípad zmeniť aj zjednodušeným postupom, či konkludentným činom.

Na záver

Záverom by bolo vhodné opätovne podotknúť, že v praxi v súvislosti s aplikáciou príslušných ustanovení obchodnoprávných predpisov vznikajú nemalé problémy, a to aj napriek skutočnosti, že zákon pôsobí pomerne jasne. Je logické, že právna úprava nie je ani nikdy nebude vyskladaná tak, aby vždy ideálnym spôsobom riešila každý konkrétny prípad. Zákonodarca by však mal prijať takú právnu úpravu, ktorá je postavená na základných právnych princípoch, neodporuje logike veci a je ňou možné riešiť čo najviac podobných prípadov. V tomto príspevku som sa snažil načrtnúť problémy, ktoré v aplikačnej praxi vznikajú z dôvodu, že právna úprava nie je dôsledná, resp. úprava niektorých dôležitých právnych otázok absentuje. Je jasné, že naznačené problémy súvisiace s prechodom na menu euro už zákonodarca riešiť nebude. V takomto prípade by iniciatívu mohli prevziať registrové súdy, ktoré môžu zákon vykladať extenzívnejšie, čím by ich rozhodovanie nebolo tak striktné formalistické, v niektorých prípadoch až nemiestne. Či už úvaha týkajúca sa zakotvenia možnosti ukončiť účasť spoločníka spoločnosti s ručením

¹² Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp.zn. Obdo V 79/2003

s obmedzeným dohodou alebo iné podnety môžu byť návodom pre zmenu právnej úpravy. Právna teória často poukazuje na potrebu zmien, ktoré sprecíznia súčasnú právnu úpravu, no je nutné konštatovať, že táto zodpovednosť v konečnom dôsledku leží na pleciach zákonodarcu. Snáď na to bude pamätať rekodifikačná komisia pri zostavovaní nového súkromnoprávneho kódexu.¹³

¹³ K tomu pozri Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka prístupný na <http://www.justice.gov.sk/h.aspx?pg=l59&htm=http://www.justice.gov.sk/pi/2009/legzamObZ.pdf>

Odplatnosť zmluvy o predaji podniku¹

Mgr. Marián Rušin

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Úvod do problematiky

Zmluva o predaji podniku² predstavuje v porovnaní s právnou úpravou iných zmlúv, a to nielen v slovenskom práve určitý unikát. Zmluvou o predaji podniku sa prevádza podnik ako celok, konkrétne vlastnícke právo k súboru vecí, pričom predmetom prevodu sú aj iné práva a iné majetkové hodnoty, ktoré slúžia na prevádzkovanie predávaného podniku, prípadne aj prevod vlastníckeho práva k nehnuteľnostiam, a to tak, aby nadobúdateľ mohol pokračovať v podnikateľskej činnosti predchodcu. Od iných nominálnych zmlúv upravených v Obchodnom zákonníku sa zmluva o predaji podniku líši najmä predmetom dispozície, ktorý je veľmi široko definovaný a postihuje aj statky, o ktorých prevádzajúci možno ani netušil, a preto ich ani nemohol pokryť svojou vôľou.³ Z dôvodu netradične definovaného predmetu dispozície sa zmluva o predaji podniku líši od iných nominálnych zmlúv upravených v Obchodnom zákonníku aj úpravou odplatnosti.

*Podľa § 476 ods. 1 ObZ, zmluvou o predaji podniku sa predávajúci zaväzuje previesť na kupujúceho vlastnícke právo k veciam, iné práva a iné majetkové hodnoty, ktoré slúžia prevádzkovaniu podniku, a **kupujúci sa zaväzuje prevziať záväzky predávajúceho súvisiace s podnikom a zaplatiť kúpnu cenu.***

Z ustanovenia § 476 ods. 1 Obchodného zákonníka vyplýva, že za podstatnú náležitosť zmluvy o predaji podniku sa považuje okrem iných náležitostí aj záväzok kupujúceho zaplatiť za predmet prevodu kúpnu cenu. Samotné určenie kúpnej ceny či spôsobu jej určenia sa za podstatnú náležitosť nepovažuje. Podľa niektorých predstaviteľov právnej vedy, pokiaľ zmluva o predaji podniku neobsahuje výšku kúpnej ceny, ani spôsob jej určenia, zmluva o predaji podniku bude neplatná pre neurčitosť.⁴ Zákon totiž nepripúšťa žiadny ná-

¹ Príspevok bol vypracovaný v súvislosti s riešením grantového projektu VEGA č. 1/1041/11.

² Pozri § 476 a nasl. zákona č. 513/1991 Zb. Obchodného zákonníka (ďalej ako „Obchodný zákonník“)

³ CSACH,K.: Collateral damage - vedľajšie účinky transpozície smerníc na (obchodné) zmluvné právo. In: *Obchodné spoločnosti : aktuálne otázky a problémy*. - Plzeň : Vydavateľství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, str. 231

⁴ Pozri napríklad RABAN, P. In: BEJČEK, J., ELIÁŠ, K., RABAN, P. a kol.: *Kurs obchodního práva, Obchodní závazky*, 4. vydání. Praha: C .H. BECK, 2007, str. 286; DĚDIČ, J.: K některým problémům ze smluv o prodeji podniku. In: *PRÁVNÍ PRAXE*, 2/1993, str. 105 a iní

hradný spôsob jej určenia⁵ tak, ako to je napríklad v prípade kúpnej zmluvy podľa Obchodného zákonníka.⁶

Nakoľko zmluvou o predaji podniku prechádzajú na nadobúdateľa aj záväzky súvisiace s prevádzaným podnikom, vyznieva v právnej praxi otázka, či si môžu zmluvné strany dojednať ustanovenie, podľa ktorého sa za určenie kúpnej ceny bude považovať samotná výška záväzkov, ktoré súvisia s prevádzaným podnikom. Posúdenie takejto zmluvy ako zmluvy o predaji podniku môže byť pritom dôležité napríklad z dôvodu uplatňovania vád podniku. V predkladanom príspevku preto budeme skúmať niektoré aspekty súvisiace s odplatnosťou zmluvy o predaji podniku, najmä sa budeme zaoberať otázkou, či zmluva o prevode podniku, v ktorej si strany dohodnú, že za kúpnu cenu sa bude považovať výška prevzatých záväzkov a prevzatím týchto záväzkov bude zaplatená kúpna cena, je zmluvou o predaji podniku podľa § 476 a násl. Obchodného zákonníka.

I. Určenie kúpnej ceny ako prevzatie záväzkov, ktoré súvisia s prevádzaným podnikom

Zmluva o predaji podniku je synallagmatickým záväzkom. Podľa *Čížkovskej* synallagmatický záväzok je záväzkom, pri ktorom si strany poskytujú hospodársky prospech navzájom, a pri ktorých sú obe strany navzájom dlžníkmi a veriteľmi.⁷ Právna teória pri výklade problematiky synallagmatických záväzkov používa prípad kúpnej zmluvy, ktorá je jeho typickým príkladom. Už rímske právo pritom chávalo kúpnu zmluvu (*emptio venditio*) ako synallagmatický záväzok, ktorého podstata je v zmene veci za peniaze.⁸ Hospodárskym prospechom predávajúceho je nadobudnutie kúpnej ceny (odplaty), hospodárskym prospechom kupujúceho je nadobudnutie vlastníckeho práva ku konkrétnej veci.

Aj keď môžeme zmluvu o predaji podniku považovať za akýsi špeciálny typ kúpnej zmluvy, líšia sa navzájom v mnohých znakoch. Predstavme si zmluvu o prevode podniku, v ktorej si zmluvné strany určia presne podnik, predávajúci sa zaviazá previesť na kupujúceho vlastnícke právo k veciam, iné práva a iné majetkové hodnoty, ktoré slúžia na prevádzkovanie predávaného podniku a kupujúci sa zaviazá prevziať záväzky predávajúceho súvisiace s podnikom. Zmluvné strany sa dohodnú, že výška kúpnej ceny sa bude rovnať výške zá-

⁵ DEDIČ, J.: *Komentár k obchodnému zákonníku*. Praha: Polygon, 2002, str. 3475

⁶ Podľa § 409 ods. 2 Obchodného zákonníka, v zmluve musí byť kúpna cena dohodnutá alebo musí v nej byť aspoň určený spôsob jej dodatočného určenia, ibaže strany v zmluve prejavia vôľu ju uzavrieť aj bez určenia kúpnej ceny. V tomto prípade je kupujúci povinný zaplatiť kúpnu cenu ustanovenú podľa § 448.

⁷ ČÍŽKOVSKÁ, V. In: KNAPP, V., LUBY, Š. a kol.: *Československé občianske právo*, 1 zväzok. Bratislava: Obzor, 1973, str. 328.

⁸ RABAN, P. In: RABAN, P. In: BEJČEK, J., ELIÁŠ, K., RABAN, P. a kol.: *Kurs obchodného práva, Obchodní závazky*, c. d. v pozn. č. 3, str. 455.

väzkov, ktoré súvisia s prevádzaným podnikom v čase účinnosti zmluvy o predaji podniku. Samotným prevzatím väzkov, súvisiacich s podnikom dôjde k zaplateniu kúpnej ceny.

Z formálneho hľadiska vyššie uvedená zmluva neobsahuje kúpnu cenu, nakoľko si zmluvné strany neposkytli navzájom hospodársky prospech. Prevod podniku by tak bol bezodplatný. Otázne je či takáto premisa je správna. Ako už bolo uvedené vyššie, na nadobúdateľa neprechádza len podnik ako celok, ale aj väzky súvisiace s prevádzaným podnikom. Prestavme si situáciu ak predmetom prevodu je podnik, ktorého pasíva sú vyššie ako aktíva, a to v takom rozsahu, že podnik by jednoducho nemal nikto záujem kúpiť. Ak kúpna cena je ekonomickým ekvivalentom, ktorý predstavuje hospodársky prospech pre predávajúceho, v prípade uvedeného predaja podniku by hospodársky prospech získal predávajúci už prevzatím väzkov ktoré súvisia s prevádzaným podnikom. Zmluvné strany si tak navzájom poskytnú hospodársky prospech už uzavretím zmluvy o predaji podniku. Podľa nášho názoru je preto možné považovať zmluvu o predaji podniku, v ktorej si zmluvné strany určia, že za kúpnu cenu sa považuje prevzatie väzkov a že prevzatím väzkov dôjde k zaplateniu kúpnej ceny za zmluvu o predaji podniku podľa § 476 a násl. Obchodného zákonníka.

II. Bezodplatný prevod podniku

Predstavme si situáciu, že prevádzajúci prevedie na nadobúdateľa podnik s tým, že v zmluve o prevode podniku bude uvedené, že prevádzajúci prevádza na nadobúdateľa podnik bezodplatne. Bude takáto zmluva o prevode podniku zmluvou o predaji podniku podľa § 476 a násl. Obchodného zákonníka a ak nie, bude sa na takúto zmluvu aplikovať ustanovenia § 476 a násl. Obchodného zákonníka *pre analogiam*?

Podľa Najvyššieho súdu ČR, v *ustanovení § 476 ods. 1 Obchodného zákonníka je stanovený typ zmluvy o predaji podniku a sú v ňom uvedené všetky podstatné časti tejto zmluvy, ktoré musí zmluva obsahovať aby išlo o tento zmluvný typ a vzťahovali sa na ňu príslušné ustanovenia, ktoré ju upravujú (§ 269 ods. 1 Obchodného zákonníka)*.⁹ Z citovaného rozhodnutia Najvyššieho súdu ČR vyplýva, že vyššie uvedená zmluva sa nemôže považovať za zmluvu o predaji podniku podľa § 467 a násl. Obchodného zákonníka, nakoľko v nej chýba jedná z podstatných náležitostí tejto zmluvy, konkrétne väzok zaplatiť za predmet prevodu kúpnu cenu.

Právny poriadok Slovenskej republiky ale umožňuje uzavrieť zmluvným stranám v zásade akúkoľvek zmluvu, ktorá neodporuje zákonom alebo neobchádza dobré mravy. Táto možnosť vyplýva zo zásady zmluvnej voľnosti, ktorá v podstate vyplní určité medzery v právno – regulačnom mechanizme, ktoré

⁹ Rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR, R 30/1997.

by mohli vzniknúť pre kreovaní a precizovaní obchodných vzťahov.¹⁰ Horeuvedená zmluva o prevode podniku bude zmluvou platnou. Otázne ale je, či sa na takúto zmluvu o prevode podniku budú aplikovať aj ustanovenia § 476 a násl. Obchodného zákonníka per analogiam. Problematikou aplikácie § 477 ods. 1 Obchodného zákonníka na tzv. zmluvu o bezodplatnom prevode podniku¹¹ sa zaoberal už Najvyšší súd ČR. Podľa Najvyššieho súdu ČR, *zmluva, ktorou sa bezodplatne prevádza podnik alebo časť podniku, je nepomenovaná zmluva v zmysle ustanovenia § 269 odst. 2 Obchodného zákonníka. Na nadobúdateľa podniku alebo časti podniku prechádzajú v zmysle ustanovenia § 477 odst. 1 Obchodného zákonníka, v spojení s ustanovením § 1 odst. 2 Obchodného zákonníka a § 491 odst. 2 Občianskeho zákonníka, všetky práva a záväzky, na ktoré sa prevod vzťahuje..... Právne posúdenie zmluvy o prevode podniku ako zmluvy darovacej (§ 628 a násl. Občianskeho zákonníka) je, ale vylúčené preto, že predmetom tejto zmluvy nie je bezodplatné prenechanie niečoho, keď v prípade, že je prevádzaný podnik – na nadobúdateľa prechádzajú tiež všetky práva a záväzky, na ktoré sa predaj vzťahuje.*¹²

Vychádzajúc z právneho názoru Najvyššieho súdu ČR, skúmaná zmluva o prevode podniku sa nemôže považovať za darovaciu zmluvu, ak predmetom prevodu sú aj záväzky súvisiace s prevádzaným podnikom. Zmluvou o tzv. bezodplatnom prevode podniku prechádzajú na nadobúdateľa všetky práva a záväzky, na ktoré sa prevod vzťahuje. Rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR je podľa nášho názoru správne. Nevidíme rozumný dôvod, aby sa na takúto zmluvu neaplikovali aj ustanovenia zmluvy o predaji podniku *per analogiam*, a to najmä z dôvodu ochrany veriteľov. Ak totiž priznáme veriteľom osobitnú ochranu¹³ pri odplatnom prevode podniku, bolo by nespravodlivé ak by sme takúto ochranu nepriznali aj pri zmluve, ktorou sa podnik prevádza bezodplatne. Takýto prístup by bol v rozpore s princípom právnej istoty a s princípom rovnosti. Ak by sme dokonca odmietli, že právny poriadok neu-

¹⁰ SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. : Obchodné zvyklosti a zásady Obchodného zákonníka. In: *Právnik*, 11/2007, str. 1200.

¹¹ Názov zmluva o bezodplatnom prevode podniku je len označenie zmluvy o prevode podniku za ktorý nie je nadobúdateľ povinný zaplatiť kúpnu cenu. Takéto označenie bolo zvolené z dôvodu rozlíšenia jednotlivých zmlúv o prevode podniku.

¹² Rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR zo dňa 27.7. 2005, sp. zn. 29 Odo 1058/2003

¹³ Ochrana veriteľov je zabezpečená obligatónym prechodom záväzkov predávajúceho (§ 477 ods. 1 Obchodného zákonníka), zákonným ručením predávajúceho za splnenie prevedených záväzkov na nadobúdateľa (§ 477 ods. 1 Obchodného zákonníka) a možnosťou veriteľa domáhať sa na súde toho, aby bol prevod voči navrhovateľovi prehlásený za neúčinný. Všeobecným predpokladom podania odporovacej žaloby je nepochybné zhoršenie vymožitelnosti pohľadávky veriteľa, úmysel dlžníka ukrátiť veriteľa sa nevyžaduje (§ 478 Obchodného zákonníka).

možňuje prevod podniku bezodplatne, bol by takýto prístup v rozpore s princípom bezrozpornosti právneho poriadku¹⁴.

Aj keď právnu argumentáciu Najvyššieho súdu ČR v otázke ochrany veriteľ'ov považujeme za správnu, je nevyhnutné skúmať, či ustanovenia zmluvy o predaji podniku sa budú aplikovať absolútne. V texte nižšie preto budeme skúmať otázku väd a otázku právneho účinku takejto zmluvy.

Sledujúc argumentáciu Najvyššieho súdu ČR, na tzv. zmluvu o bezodplatnom prevode podniku treba použiť ustanovenia zákona, ktoré upravujú záväzky im najbližšie, pokiaľ samotná zmluva neurčuje inak. Zo zodpovednosti za vady vznikajú povinnosti vždy tomu subjektu, ktorý za odplatu prenechal vec inému subjektu.¹⁵ Nakoľko skúmaná zmluva nebola v skutočnosti bezodplatná, mala by sa použiť na vady podniku úprava uvedená pri zmluve o predaji podniku (najmä § 484 a § 486 Obchodného zákonníka). Podľa nášho názoru je nutné položiť si otázku, či si zmluvné strany práve ustanovením o „bezodplatnosti“ prevodu podniku, neprejavili vôľu upraviť si nároky z väd podniku tak, ako to upravuje darovacia zmluva podľa § 628 a násl. Občianskeho zákonníka.

Pozornosť je nevyhnutné zamerať aj na právne účinky zmluvy o tzv. bezodplatnom prevode podniku. Účinky zmluvy o predaji podniku podľa § 476 a násl. nastávajú už uzatvorením zmluvy. Naproti tomu, ak by sme pripustili, že ustanovením o bezodplatnosti prevodu si zmluvné strany chceli inomínátnu zmluvu považovať za zmluvu reálnu, vznik účinkov takejto zmluvy by sa líšil od zmluvy o predaji podniku.

Z vyššie uvedeného vyplýva, že aj napriek tomu, že na inomínátnu zmluvu o tzv. bezodplatnom prevode sa aplikujú viaceré ustanovenia § 476 a násl. Obchodného zákonníka (najmä pri ochrane veriteľ'ov), právna úprava zmluvy o predaji podniku sa na takúto zmluvu neaplikuje absolútne (pravdepodobne právna úprava väd podniku). Dôležité bude pritom posúdenie konkrétnej zmluvy o prevode podniku. Aj keď zmluvu o prevode podniku v ktorej bude uvedené, že zmluva o prevode podniku sa prevádza bezodplatne nemôžeme považovať za darovaciu zmluvu, niektoré ustanovenia darovacej zmluvy na takúto zmluvu o prevode podniku v závislosti od konkrétnych prípadoch aplikovať môžeme.

¹⁴ MELZER považuje princíp bezrozpornosti právneho poriadku za základné kritérium, ktoré vymedzuje plán zákonodarstva. Pozri, MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 238 a násl.

¹⁵ Pozri napr. VOJČÍK, P.: *Občianske právo hmotné II*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2006, str. 59.

III. Neurčenie kúpnej ceny

V súvislosti so skúmanou problematikou odplatnosti zmluvy o predaji podniku je nutné upozorniť na možné, no nie veľmi pravdepodobné prípady zmlúv o prevode podniku, v ktorých si zmluvné strany neuviedli kúpnu cenu, či spôsob jej určenia. Ako už bolo v texte vyššie uvedené, pokiaľ zmluva o predaji podniku neobsahuje výšku kúpnej ceny, ani spôsob jej určenia, zmluva o predaji podniku bude neplatná pre neurčitosť. Zákon totiž nepripúšťa žiadny náhradný spôsob jej určenia. Nie je ale vylúčené, aby zmluva o prevode podniku, v ktorej nebude uvedená kúpna cena, či spôsob jej určenia bola považovaná za zmluvu platnú. Pri interpretácii písomnej zmluvy je totiž možné prihliadať ku skutočnostiam, ktoré nie sú zachytené písomne.¹⁶ Zmluva o prevode podniku, v ktorej nie je uvedená kúpna cena, či spôsob jej určenia môže byť považovaná v niektorých prípadoch za zmluvu o bezodplatnom prevode podniku. (napríklad môže ísť o situáciu, ak zmluvné strany síce odkopírujú ustanovenia zmluvy o predaji podniku, no z obsahu záväzku je zjavné, že ide o zmluvu o bezodplatnom prevode podniku). Zmluvu o predaji podniku, v ktorej nebude určená kúpna cena, či spôsob jej určenia bude spravidla neplatná z dôvodu jej neurčitosti.

Záver

Účelom predkladaného článku bolo poukázať na niektoré aspekty úpravy odplatnosti zmluvy o predaji podniku. Nakoľko prevodom podniku prechádzajú na nadobúdateľa aj záväzky súvisiace s prevádzaným podnikom, dochádza v praxi k predajom podniku z dôvodu právnej istoty za symbolickú hodnotu. V prípade zaplataenia aj keď len symbolickej sumy za prevod podniku vznikne otázka spravodlivosti. Kupujúci aj napriek tomu, že pasíva patriace k podniku sú vyššie ako jeho aktíva, zaplatí za tieto pasíva kúpnu cenu. Väčším problémom je však vzbudenie pozornosti inštitúcií, ktoré majú za úlohu naplňovať štátny rozpočet a kontrolovať podnikateľské subjekty. Z tohto dôvodu zaznela z prostredia právnej praxe otázka, či je možné dohodnúť si v zmluve o predaji podniku podľa § 476 a násl. Obchodného zákonníka ustanovenie, ktorým si strany dohodnú, že kúpna cena sa bude rovnať výške prevzatých záväzkov, ktoré prechádzajú na kupujúceho spolu s prevádzaným podnikom a k zaplataeniu kúpnej ceny dôjde samotným prevzatím záväzkov kupujúcim.

Ako je v texte uvedené vyššie je zmluva o prevode podniku, v ktorej si strany dojednávajú, že za kúpnu cenu sa bude považovať výška záväzkov ktoré súvisia s prevádzaným podnikom a prevzatím záväzkov ktoré súvisia s prevádzaným podnikom dôjde k zaplataeniu kúpnej ceny sa môže považovať za zmluvu o predaji podniku podľa § 476 a násl. Obchodného zákonníka.

¹⁶ HULMÁK, M.: *Uzavíraní smluv v civilním právu*. Praha: C. H. Beck, 2008, str. 56

Zmluva o prevode podniku, v ktorej si strany určia, že k prevode podniku dôjde bezodplatne, nebude zmluvou o predaji podniku podľa § 476 a násl. Obchodného zákonníka ani zmluvou darovacou podľa § 628 s násl. Občianskeho zákonníka, ale pôjde o inominátnu zmluvu o tzv. bezodplatnom prevode podniku. Aj keď sa ustanovenia § 476 a násl. budú aplikovať na takúto zmluvu o prevode *per analogiam*, absolútne to platiť v závislosti od konkrétnej zmluvy o prevode podniku nemusí (napríklad v otázke vád podniku).

Ak si zmluvné strany v zmluve o prevod neurčia kúpnu cenu alebo spôsob jej určenia, zmluva o prevode podniku bude spravidla neplatná, a to z dôvodu jej neurčitosti.

Medzinárodná unifikácia leasingu v réžii UNIDROIT¹

Mgr. Mária Ivanecká

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Úvod

Cieľom nášho príspevku je popis dlhotrvajúcich snáh inštitútu UNIDROIT na unifikácii v oblasti leasingu. Zameriavame sa na komparáciu vybraných otázok z Dohovoru o medzinárodnom finančnom leasingu a zo Vzorového zákona o leasingu, pričom sa sústredíme najmä na rozdiely v charakteristike pojmu leasing a s tým súvisiace problémy. V závere analyzujeme dohovor a vzorový zákon vo všeobecnosti ako dva rozdielne nástroje a prístupy k zjednoteniu práva.

I.

Medzinárodný inštitút pre zjednotenie súkromného práva (International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT) so sídlom v Ríme sa dlhodobo zaoberá problematikou leasingu. V roku 1975 sa začali prvé práce na zjednotení pravidiel týkajúcich sa leasingu. Pracovná skupina mala v tejto oblasti neľahkú úlohu, pričom musela vyriešiť mnohé zložité fundamentálne otázky. Jednou z nich bola aj metodológia ich ďalšej práce, a teda či budú tvoriť určitý vzorový zákon alebo medzinárodné jednotné pravidlá, ktoré nájdu svoje zakotvenie v medzinárodnom dohovore. Rovnako bolo potrebné nájsť konsenzus o tom, čo bude považované za leasing, aký bude jeho charakter, či sa budú zaoberať len leasingom hnutelných vecí alebo aj nehnuteľností, či len finančným leasingom a mnohými ďalšími neľahkými otázkami. Dnes už vieme, že výsledkom týchto prác bola tvorba a následné prijatie *Dohovoru o medzinárodnom finančnom leasingu* (Convention on International Financial Leasing) 22. mája 1988 v Ottawe.²

Proces prípravy dohovoru až po jeho prijatie trval trinásť rokov, čo je pomerne dlhá doba, ktorá svedčí zároveň o zložitosti problematiky. Dnes s odstupom času môžeme konštatovať, že samotný dohovor nemožno hodnotiť ako veľmi úspešný projekt, keďže ho signovalo len 13 krajín³, no napokon ho ratifikovalo

¹ Príspevok bol vypracovaný v súvislosti s riešením grantového projektu VEGA č. 1/0746/10.

² Text dohovoru dostupný na:

<http://www.unidroit.org/english/conventions/1988leasing/1988leasing-e.htm>

³ Belgicko, Československo, Fínsko, Francúzsko, Ghana, Guinea, Taliansko, Maroko, Nigéria, Panama, Filipíny, Tanzánia a Spojené štáty americké.

iba 10 krajín⁴. Medzi štátmi, ktoré pristúpili k dohovoru bolo aj Československo, avšak ratifikácia sa neuskutočnila, a to ani po rozdelení republiky, a tak Slovensko nie je zmluvným štátom dohovoru. Dohovor napokon vstúpil do platnosti 1. mája 1995.⁵

II.

Inštitút UNIDROIT vo svojich snahách o zjednotenie práva v oblasti leasingu nepoľavil a prišiel v roku 2005 s novou iniciatívou na vytvorenie *Vzorového zákona o leasingu (Model Law on Leasing)*. Oproti tvorbe dohovoru, príprava vzorového zákona trvala omnoho kratšie, nepochybne aj preto, že pri príprave dohovoru bolo vynaložené značné úsilie UNIDROIT, ktoré sa odzrkadlilo vo vytvorení jedinečného zdroja expertíz v tejto oblasti, z ktorých bolo možné čerpať aj pri príprave vzorového zákona. Vzorový zákon je už na svete a bol prijatý rezolúciou UNIDROIT 18. novembra 2005 v Ríme.⁶ V tejto rezolúcii bola vyjadrená aj požiadavka na vypracovanie oficiálneho komentára k Vzorovému zákonu o leasingu, keďže inštitút zaznamenal zvýšené potreby a používanie takýchto komentárov v súčasnom modernom obchodnom práve. Oficiálny komentár k Vzorovému zákonu o leasingu už bol predložený a schválený na publikáciu v máji 2010 v Ríme.

Vzorový zákon o leasingu nie je prvým vzorovým zákonom prijatým pod taktovkou UNIDROIT.⁷ Asi za najznámejší a zatiaľ zrejme aj najúspešnejší vzorový zákon považujeme Vzorový zákon UNCITRAL o medzinárodnej obchodnej arbitráži (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) prijatý v roku 1985.⁸ Tvorba určitých modelových zákonov našla svoje uplatnenie dokonca aj pri unifikácii národných právnych úprav a stáva sa čoraz častejšie využívaným nástrojom harmonizácie práva.

Inštitút UNIDROIT sa úlohy gestora projektu zhostil veľmi zodpovedne a do vypracovania, no najmä do pripomienkovania vzorového zákona zapojil mnoho subjektov. Bol vytvorený aj tzv. Poradný výbor pozostávajúci z korešpondentov, ktorí zastupovali nasledovné regióny sveta: Severná Afrika,

⁴ Bielorusko, Francúzsko, Maďarsko, Taliansko, Litva, Nigéria, Panama, Ruská federácia, Ukrajina, Uzbekistan.

⁵ V tento deň došlo k naplneniu podmienky čl. 16 ods. 1 dohovoru: „Tento Dohovor nadobudne platnosť prvým dňom mesiaca nasledujúceho po uplynutí šiestich mesiacov odo dňa uloženia tretej listiny o ratifikácii, prijatí, schválení alebo pristúpení.“

⁶ Pozri Rezolúciu „UNIDROIT 2008, Study LIXA – Doc. 18“, dostupné na: <http://www.unidroit.org/english/documents/2008/study59a/s-59a-18-e.pdf>

⁷ V roku 2002 bol prijatý voľne preložený Vzorový zákon upravujúci franchising (Model Franchise Disclosure Law), text dostupný na: <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>

⁸ Pôvodný text vzorového zákona ako aj dodatky prijaté v roku 2006 dostupné na: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

Blízky Východ, Sub-saharská Afrika, Ázia a Pacifický región, Európa, post-sovietske krajiny, Latinská Amerika a Severná Amerika. Návrh vzorového zákona komentovali a posudzovali experti z mnohých vlád jednotlivých krajín⁹, tri medzivládne organizácie¹⁰, jedna medzinárodná nevládna organizácia¹¹ a tri profesionálne asociácie¹².

Na tvorbe vzorového zákona sa teda podieľalo široké spektrum subjektov, ktoré predstavujú skĺbenie akademického prístupu spojeného s praxou. Vzorový zákon má teda vďaka zapojeniu odborníkov z rôznych geografických oblastí sveta, ktorí sa venujú problematike leasingu v praxi väčšie šance na to, aby našiel svoje uplatnenie. Pre úplnosť je, ale potrebné poznamenať, že početná účasť uvedených subjektov na tomto projekte nemusí byť zárukou úspechu, keďže aj do prípravy Dohovoru o medzinárodnom finančnom leasingu bolo zapojených mnoho odborníkov, no napriek tomu sa jeho ambície nenaplnili.

III.

Predtým než budeme analyzovať definíciu leasingu zakotvenú vo vzorovom zákone ako aj v dohovore, predstavíme si hlavné zdroje, z ktorých vychádza návrh vzorového zákona, čo nám môže mnoho napovedať o jeho charaktere. Z prvotného návrhu vieme, že vzorový zákon čerpal najmä z dvoch základných prameňov, a to z Dohovoru o medzinárodnom finančnom leasingu a z Jednotného obchodného zákonníka USA.¹³ V menšej miere vychádzal aj z Dohovoru o medzinárodných zábezpekách na mobilné zariadenia¹⁴ a tiež z Princípov UNIDROIT 2004.

Rovnako ako pri tvorbe dohovoru, tak aj v prvotnom návrhu vzorového zákona nachádzame pomerne veľké množstvo ustanovení, ktoré boli priamo prevzaté z Jednotného obchodného zákonníka USA, buď s určitými

⁹ Angola, Argentína, Austrália, Brazília, Bulharsko, Burkina Faso, Burundi, Chile, Čína, Chorvátsko, Egypt, Francúzsko, Gambia, Grécko, India, Indonézia, Irán, Írsko, Japonsko, Kamerun, Katar, Kórea, Kuvajt, Kanada, Kolumbia, Litva, Lotyšsko, Maďarsko, Mexiko, Nemecko, Nikaragua, Omán, Pakistan, Poľsko, Portugalsko, Rusko, Rwanda, Juhoafrická republika, Spojené štáty americké, Sudán, Tanzánia, Turecko a Uruguaj.

¹⁰ Sekretariát Commonwealth, International Finance Corporation a UNCITRAL.

¹¹ The International Chamber of Commerce (I.C.C.).

¹² The American Equipment Leasing and Finance Association (E.L.F.A.), the Latin American Leasing Federation (Felalease) a European Federation of Leasing and Long and Short Term Automotive Rental Company Associations (Leaseurope).

¹³ Pozri Predbežný návrh Vzorového zákona o leasingu „UNIDROIT 2005, Study LIXA – Doc. 3“, dostupné na:

<http://www.unidroit.org/english/documents/2005/study59a/s-59a-03-e.pdf>

¹⁴ Publikovaný v Úradnom vestníku EÚ pod č. L 121/8 dňa 15.5.2009.

modifikáciami, alebo to boli dokonca úplné znenia¹⁵. V procese ďalšieho vývoja boli tieto ustanovenia postupne prepracované do finálnej podoby, no aj tak si nemožno nevšimnúť ich veľkú podobnosť. Vzorový zákon je tak v značnej miere ovplyvnený chápaním leasingu, ktorý vychádza zo systému common law, konkrétne z amerického právneho systému. Keďže práve tento je „zodpovedný“ za samotný zrod moderného leasingu ako ho poznáme v dnešnej dobe,¹⁶ je inšpirácia touto kodifikáciou pochopiteľná.

Právom si treba na tomto mieste položiť otázku, či bola tvorba Vzorového zákona o leasingu potrebná, resp. či sa nejedná o duplicitnú snahu o unifikáciu právnych predpisov v tejto oblasti. Budeme pátrať po dôvodoch, ktoré iniciovali jeho vypracovanie. Z dokumentov pracovnej skupiny na návrhu vzorového zákona sa dozvedáme, že požiadavka jeho potreby vzišla od samotných štátov, ktoré sa dožadovali určitej pomoci pri tvorbe národných právnych úprav v oblasti leasingu a vzhľadom na skúsenosti s tvorbou Dohovoru o medzinárodnom finančnom leasingu sa obracali práve na inštitút UNIDROIT. Ten uznal požiadavky štátov za naliehavé a rozhodol sa pre urýchlené vypracovanie vzorového zákona, ktorý má slúžiť ako určitý model pre tvorbu národných právnych úprav ohľadom leasingu. Kanadský profesor a korešpondent UNIDROIT Cuming už v roku 1998 v jednom zo svojich článkov vizionársky popisoval potrebu vzorového zákona ako určitého doplnku k dohovoru,¹⁷ mal na mysli len leasing finančný, ale vzorový zákon zašiel ešte ďalej.

Komu je teda vzorový zákon určený? Odpoveď nachádzame v samotnej preambule, ktorá uvádza, že leasing poskytuje rozvojovým krajinám (krajinám s rozvíjajúcou sa ekonomikou) a krajinám v procese ekonomickej transformácie významný zdroj kapitálu pre rozvoj infraštruktúry a tiež malého a stredného podnikania. Preambula ďalej uvádza, že mnoho štátov, najmä však rozvojové krajiny a krajiny v procese ekonomickej transformácie, si vyžadujú právny rámec, ktorý bude podporovať rast rodiaceho sa priemyslu v oblasti leasingu, ale pamätá aj na iné krajiny, v ktorých je už dobre rozvinutý priemysel v oblasti leasingu a nevyklučuje, že aj tieto krajiny môžu mať záujem na prevzatí a prijatí tohto vzorového zákona. Jeden z členov Poradného výboru vidí leasing ako nástroj, ktorý pomáha zlepšiť všeobecný blahobyt, pretože tvorí právne mechanizmy, ktoré umožňujú všetkým s chuťou na prácu prístup

¹⁵ Porovnaj čl. 2 - Definície Vzorového zákona o leasingu, čl. 1 Dohovoru o medzinárodnom finančnom leasingu a § 2A 103.(1) Jednotného obchodného zákonníka USA.

¹⁶ K vývoju leasingu bližšie pozri IVANECKÁ, M. Historický vývoj inštitútu leasingu (od staroveku až po súčasnosť). In Právni Rozpravy 2011 : mezinárodní konference oblasti práva a právnických věd : recenzovaný sborník příspěvků : 8. - 12. február 2011. Hradec Králové : MAGNANIMITAS, 2011. ISBN 9788090487703. s. 137 - 143.

¹⁷ Pozri CUMING, R. C. C. Model Rules for Lease Financing: A Possible Complement to the UNIDROIT Convention on International Financial Leasing. In *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*. 1998, č. 2 - 3, s. 371 a nasl.

k investíciám, mechanizmom a zariadeniam potrebným k naplneniu ich ekonomických záujmov. Navyše vzorový zákon má podľa jeho názoru výhodu v kumulácii najlepších skúseností (s ohľadom na jeho tvorcov) a tiež v uniformite, ktorá uľahčuje situáciu medzinárodným investorom.¹⁸

IV.

Keďže vzorový zákon a dohovor sú rozdielne nástroje na zjednotenie práva, je treba povedať, že dohovor sa zaoberá medzinárodným leasingom, je koncipovaný pre úpravu medzinárodných vzťahov a úlohu tu zohráva cudzí prvok, zatiaľ čo vzorový zákon je určený predovšetkým na úpravu domácich vzťahov. Sféry ich pôsobenia sa pochopiteľne rôznia. Nebolo jednoduché stanoviť použiteľnosť dohovoru, pretože na rozdiel od iných dohovorov, pri finančnom leasingu vystupujú vždy tri strany a sú tu minimálne dve zmluvy, leasingová a dodávateľská, čo prináša možnosti troch subjektov v troch krajinách.¹⁹

Článok 3 dohovoru stanovuje za akých okolností sa použijú jeho ustanovenia. Je potrebné, aby bolo splnených niekoľko podmienok. Dohovor sa uplatní, keď poskytovateľ leasingu²⁰ a jeho príjemca²¹ majú miesto podnikania v rôznych štátoch a zároveň tieto štáty a štát, v ktorom má dodávateľ miesto podnikania sú zmluvnými štátmi dohovoru alebo dodávateľská a zároveň aj leasingová zmluva sa spravujú právnym poriadkom štátu, ktorý je zmluvným štátom dohovoru.

Vzorový zákon hneď vo svojom prvom článku stanovuje, že sa použije na akýkoľvek leasing majetku, ak sa tento nachádza v štáte (ktorý prevezme vzorový zákon), ak je v tomto štáte centrum hlavných záujmov²² nájomcu (prijímateľa leasingu) alebo ak zmluva stanovuje, že sa riadi právom tohto štátu. Prvé dve kritériá sa vzťahujú k teritorialite, zatiaľ čo posledné je vyjadrením zmluvnej slobody subjektov. V prvom rade je podstatné, kde sa nachádza predmet lea-

¹⁸ Pozri bližšie CASTILLO-TRIANA, R. *The UNIDROIT Model Law on Leasing Background, foundation and application*. Dostupné na: <http://www.docstoc.com/docs/50319409/Comments-to-Unidroit-Model-Law-on-Leasing>

¹⁹ Podobný problém je napr. aj pri franchisingu.

²⁰ Pri finančnom leasingu budeme používať termín poskytovateľ leasingu (angl. lessor), inak prenajímateľ.

²¹ Pri finančnom leasingu budeme používať termín príjemca leasingu (angl. lessee), inak nájomca.

²² Pre definíciu „centra hlavných záujmov prijímateľa leasingu“ odkazuje komentár k vzorovému zákonu na definíciu termínu z Modelového zákona UNCITRAL o cezhraničných konkurzoch, ktorý pri tomto vychádzal z Dohovoru EÚ o konkurznom konaní 1995, ktorého nástupcom je Nariadenie Rady (ES) č. 1346/2000, (13): „centrum hlavných záujmov dlžníka by malo zodpovedať miestu, kde dlžník pravidelne spravuje svoje záujmy, a ktoré by teda tretie strany mali dokázať určiť.“

singu. Ak pôjde o predmet, ktorý je mobilný a nedá sa určiť, kde sa nachádza, nastúpi druhé kritérium. Pozorujeme, že vzorový zákon v porovnaní s dohovorom ustupuje od vyššie uvedených kumulatívnych podmienok, ktoré musia byť splnené u poskytovateľa leasingu, príjemcu, ako aj u dodávateľa a ktorými sa obmedzuje jeho použiteľnosť.

Z pôsobnosti vzorového zákona sú podľa čl. 3 vylúčené tie leasingové zmluvy, ktoré slúžia ako tzv. zabezpečovacie práva (security rights)²³ a tiež leasingové a dodávateľské zmluvy na veľké lietadlové zariadenia.²⁴ Dohovor umožňuje vylúčenie svojej pôsobnosti jedine dohodou všetkých strán leasingovej ako aj dodávateľskej zmluvy.²⁵

Pri aplikácii dohovoru i vzorového zákona je potrebné si uvedomiť, že obidva nástroje sa zaoberajú len súkromnoprávnymi aspektmi leasingu vyjmúc daňové, účtovné a iné verejnoprávne aspekty a pokrývajú *len leasing slúžiaci na obchodné účely*. Je teda vylúčený spotrebiteľský leasing. Dohovor sa ním nezaoberal, keďže nebol bežnou transakciou vyskytujúcou sa v medzinárodnom obchode. Aj keď vzorový zákon sa vzťahuje na leasingové operácie na domácej úrovni, už od počiatku bolo stanovené, že spotrebiteľský leasing by mohol vyžadovať právnu úpravu, ktorá by mala byť riešená nezávisle od ustanovení vzorového zákona.²⁶ U vzorového zákona vylúčenie spotrebiteľov vyplýva z definície predmetu leasingu, ktorou sa budeme zaoberať neskôr.²⁷

V.

Čo sa teda považuje za leasing? Rovnako ako tvorcovia dohovoru, tak aj tvorcovia vzorového zákona sa museli vysporiadať s množstvom komplikácií tvorených rozdielnosťou chápania právnej podstaty leasingu v jednotlivých právnych systémoch, najmä pokiaľ ide o finančný leasing. Fundamentálnym problémom je teda definícia samotného pojmu. V niektorých právnych

²³ Ak štát nemá stanovené čo sa považuje za zabezpečovacie právo, komentár stanovuje, že sa použije definícia z UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions 2007, ktorý ho definuje ako „vlastnícke právo k hnutelnému majetku, ktoré je vytvorené zmluvne a zabezpečuje splátky alebo iné plnenie povinností.“

²⁴ Jedná sa o všetky lietadlá ako sú definované v Protokole k Dohovoru o medzinárodných zábezpekách na mobilné zariadenia podpísanému v Kapskom meste 16. novembra 2001.

²⁵ Pozri čl. 5 dohovoru.

²⁶ Pozri Key issues raised by the preparation of a model law on leasing (memorandum prepared by the UNIDROIT Secretariat) „UNIDROIT 2005, Study LIXA – Doc. 1“, dostupné na: <http://www.unidroit.org/english/documents/2005/study59a/s-59a-01-e.pdf>

²⁷ Autori vzorového zákona pamätali aj na prípady zmlúv dvojakého použitia, teda na účely obchodné aj osobné. Komentár stanovuje ako kritérium účel použitia leasingu, ak prevažuje obchodný, bude spadať pod definíciu majetku (predmetu leasingu) podľa vzorového zákona.

systémoch, napr. vo Francúzsku, ale aj v Číne²⁸ leasing musí obsahovať pre prijímateľa leasingu možnosť získať predmet leasingu do svojho vlastníctva na základe opcie. Naopak, ako uvádza oxfordský profesor Goode, v anglickom práve zahrnutie takejto možnosti do zmluvy znamená, že nemôže mať charakter leasingu, ale mení sa na tzv. „hire – purchase agreement“, teda kúpu na splátky.²⁹ V USA by sa takáto možnosť mohla považovať aj za predaj s podmienkou (conditional sale), resp. za splnenia určitých podmienok by sa daná zmluva transformovala na tzv. zabezpečovaciu transakciu (secured transaction).³⁰ V niektorých krajinách leasing nie je upravený ako osobitný zmluvný typ, napr. u nás, v Česku, či Holandsku.³¹

Na základe uvedených príkladov môžeme pozorovať, že tvorba definície leasingu, ktorá by bola akceptovateľná pre právne poriadky, ktoré sú značne diferencované sa zdá byť až nesplniteľnou úlohou. Dohovor pri stanovení definície leasingu bol od počiatku pomerne ambicióznym, neskôr však musel reflektovať politickú (ne)vôľu jednotlivých štátov a v ambíciách postupne poľaviť. Pôvodne boli tendencie upraviť v dohovore tak leasing finančný ako aj operatívny (vo vtedajších dokumentoch UNIDROIT nazývaný zahrňujúcim pojmom ako leasing sui generis, či leasing vo všeobecnosti), avšak táto myšlienka utrpela kvôli všeobecne známej neochote určitých štátov stať sa stranou dohovoru, ktorý by ovplyvnil ich domáce právo v tejto oblasti.³²

Finančný leasing je v dohovore definovaný ako transakcia, pri ktorej jedna strana - poskytovateľ leasingu (lessor) na základe špecifikácií druhej strany - prijímateľa leasingu (lessee) uzatvára dodávateľskú zmluvu (supply agreement) s treťou stranou (dodávateľom), na základe ktorej získava poskytovateľ leasingu predmet leasingu, za podmienok schválených prijímateľom leasingu, ak vyhovujú jeho záujmom; poskytovateľ leasingu uzatvára leasingovú zmluvu s prijímateľom leasingu, v ktorej mu poskytuje právo užívať predmet leasingu za platby.

Okrem uvedeného musia byť naplnené aj nasledovné tri podmienky, ktoré limitujú predmet dohovoru. Po prvé, prijímateľ leasingu sám špecifikuje predmet a vyberá dodávateľa, bez toho aby sa spoliehal na schopnosti, či úsudok poskytovateľa leasingu. Po druhé, prijímateľ leasingu získava predmet

²⁸ WANG, L. A Legal Analysis of Financial Leasing. In *Cross-cultural Communication*. ISSN 1712-8358, 2011, Vol. 7, No. 2, s. 136.

²⁹ GOODE, R. Practical questions related to the UNIDROIT Convention on International Financial Leasing. In *Uniform Commercial Law in the Twenty-first Century. Proceedings of the Congress of the United Nations of Commission on International Trade Law*. New York: United Nations, 1995. s. 107.

³⁰ Pozri ustanovenia § 1-201(37) Jednotného obchodného zákonníka USA.

³¹ Podrobnejšie o situácii u nás pozri SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. a kol. *Obchodné právo*. Bratislava: Iura Edition, 2009. s. 947. ISBN 978-80-8078-290-0.

³² K tomu pozri Návrh Dohovoru s dôvodovou správou „UNIDROIT 1987, Study LIX – Doc. 48.“, dostupné na:
<http://www.unidroit.org/english/documents/1987/study59/s-59-48-e.pdf>

leasingu, o ktorom dodávateľ musí mať znalosť, že je alebo bude predmetom leasingovej zmluvy. Po tretie, platby prijímateľa leasingu sa vypočítajú tak, že berú do úvahy amortizáciu (odpisy) celej alebo podstatnej časti ceny (nákladov) na predmet leasingu.

Vzorový zákon o leasingu vychádza z dohovoru, no pri tvorbe definícií jeho tvorcovia neboli obmedzení politickými vyjednávania, čo v komparácii s dohovorom umožnilo podstatné rozšírenie vyjadrenia charakteru leasingu. Vzorový zákon je bohatý na definície, ktoré sú koncentrované v jeho druhom článku s rovnomenným názvom. *V porovnaní s dohovorom upravuje vzorový zákon nielen finančný, ale aj operatívny leasing.*³³ Tento nemusí mať trojstranný charakter a v mnohých právnych poriadkoch sa považuje za nájom. Vzorový zákon definuje oproti dohovoru navyše aj subjekty, teda koho považuje za poskytovateľa leasingu (prenajímateľ, lessor), príjemcu leasingu (nájomca, lessee), či dodávateľa (supplier).

Operatívny leasing (nájom, lease) je definovaný ako transakcia, pri ktorej jedna osoba poskytuje druhej osobe právo držať a užívať predmet nájmu na určený čas za nájomné. Termín zahŕňa aj sub-leasing (podnájom). *Finančný leasing* je leasing, s alebo bez možnosti kúpy všetkých častí predmetu leasingu, ktorý zahŕňa nasledovné vlastnosti:

- a) prijímateľ leasingu špecifikuje predmet a vyberá dodávateľa
- b) poskytovateľ leasingu nadobúda predmet leasingu v spojení s leasingovou zmluvou a dodávateľ má o tom vedomosť
- c) nájomné alebo iné finančné prostriedky za započítavajú alebo nezapočítavajú na odpisy celej alebo podstatnej časti investície poskytovateľa leasingu.

Z analýzy vyššie uvedených definícií môžeme vyabstrahovať, že z dohovoru sú vylúčené leasingové operácie, v ktorých by vystupoval len dodávateľ a príjemca leasingu, keďže dohovor trvá na trojstrannom charaktere. Rovnako je vylúčený aj tzv. spätný leasing (sale and lease back) alebo opätovný leasing (re-lease), sub-leasing je možný len za splnenia podmienok čl. 2 dohovoru. Naopak, vzorový zákon počíta aj s týmito typmi leasingu.

Teraz sa zameriame na skúmanie toho *ako je vymedzený predmetu leasingu*. Zisťujeme, že v dohovore je jeho zakotvenie pomerne úzke, obmedzil sa na úpravu finančného leasingu, ktorého predmetom môže byť len podnik (plant), investičný majetok (capital goods) alebo iné zariadenia (equipment). Je vylúčený leasing nehnuteľností³⁴, pretože to bola pre niektoré krajiny pomerne citlivá otázka.

³³ Pre popis rozdielov medzi finančným a operatívnym leasingom pozri GRÚŇ, L. Leasing a čo o ňom vieme. In *Justičná revue*. 2004, roč. 56, č. 2, s. 184 a nasl.

³⁴ Čl. 4 dohovoru rieši situáciu, ak by došlo, že sa predmet leasingu neskôr stane príslušnosťou pozemku alebo s ním bude zlúčený a stanovuje, že sa už ďalej neuplatnia jeho ustanovenia.

Vzorový zákon definuje možný predmet leasingu - majetok (asset) omnoho širšie ako všetok majetok používaný v danom odvetví, obchode alebo podnikaní príjemcu leasingu (nájomcu) vrátane nehnuteľností, investičného majetku, zariadení, budúceho majetku (aktív), najmä výrobných prostriedkov, podnikov a živých a nenarodených zvierat. Termín nezahŕňa peniaze alebo zábezpeky. Hnuteľný majetok na rozdiel od dohovoru neprestáva byť predmetom leasingu iba preto, že sa stal príslušenstvom alebo súčasťou nehnuteľnosti.

Pri prípravách na vzorovom zákone došlo k pomerne búrlivej diskusii, či budú predmetom leasingu aj predmety duševného vlastníctva, polemiky sa viedli najmä s ohľadom na *finančný leasing softvéru*.³⁵ Rovnako ako v otázke možnosti získania predmetu leasingu do vlastníctva príjemcu leasingu, či v otázke odpisov, aj tu došlo ku kompromisu. Komentár k vzorovému zákonu uvádza, že definícia možného predmetu leasingu je dostatočne široká, aby zahŕňala aj predmety duševného vlastníctva. Odpoveď, či je leasing softvéru možný záleží na danom právnom poriadku, konkrétne od faktu ako chápe právo držby, či prísnejšie len ako fyzickú držbu (leasing softvéru je tu nemožný) alebo širšie držbu len ako možnosť určitej kontroly (čo umožňuje aj leasing softvéru).

VI.

V závere sa chceme sústrediť na popis dôvodov, ktoré môžu byť v prospech Vzorového zákona o leasingu. Pokúsime sa uviesť prečo by mohol byť podľa nášho názoru úspešnejší ako jeho predchodca v podobe dohovoru. Nechceme analyzovať príčiny, ktoré sa podpísali pod relatívny neúspech dohovoru, preto zameriame našu pozornosť skôr na *komparáciu vzorového zákona a dohovoru ako dvoch základných metód harmonizácie, či unifikácie*.

Pri komparácii týchto dvoch nástrojov na zjednotenie právnych poriadkov rôznych štátov je jednoznačné, že *dohovor je najrigidnejším nástrojom* vôbec. Úmyslom dohovoru je, aby sa pravidlá v ňom zakotvené stali súčasťou právnych poriadkov zmluvných štátov. Spôsoby akými sa tak stane sa v jednotlivých krajinách rôznia, rovnako ako pozícia medzinárodných dohovorov v hierarchii prameňov práva danej krajiny. Čo je pre potenciálne zmluvné štáty dohovoru podstatné, možnosť meniť jeho obsah je veľmi limitovaný možnosťou urobenia výhrad, ak to daný dohovor pripúšťa. Tým, že medzinárodné dohovory sa do právnych poriadkov jednotlivých krajín inkorporujú takmer bezo zmeny, znamená to, že sa nimi dosahuje veľmi vysoká miera unifikácie práva v danej oblasti. Je však potrebné povedať, že obmedzená možnosť zmien jednotlivých ustanovení dohovoru prináša riziko, že štáty ho v konečnom dôsledku neratifikujú a nepristúpia k nemu, čím sa nenaplní dohovorom sledovaný cieľ.

³⁵ Porovnaj k tejto veci pripomienky Kanady, Francúzska a Spojených štátov amerických k tejto otázke „UNIDROIT 2009, Study LIXA – Doc. 21“, dostupné na: <http://www.unidroit.org/english/documents/2009/study59a/s-59a-21-e.pdf>

Naopak, *vtzorový zákon* je nástroj medzinárodnej harmonizácie, či unifikácie, ktorý je *veľmi flexibilný*. Vzorový zákon od počiatku slúži len ako určitý model a je tvorený so zámerom, že štáty, ktoré sa rozhodli ho implementovať do svojho právneho poriadku, v ňom môžu robiť zmeny, ktoré považujú za potrebné s ohľadom na špecifiká danej krajiny. Rozsah zmien bude zrejme záležať od mnohých okolností, za ktorých sa bude vzorový zákon prijímať a tiež od príčin, pre ktoré ho daný štát inkorporuje do svojho právneho poriadku. Daňou za vysokú mieru flexibility je však menšia miera unifikácie, ktorá závisí od počtu zmien, ktoré jednotlivé krajiny vykonajú. Cieľ unifikovať, či harmonizovať danú oblasť práva, ktorú vzorový zákon pokrýva sa tak nemusí naplniť, i keď základné princípy by mali zostať zachované.

Moskovský prof. Lebedev vidí pri vzorových zákonoch aj ďalšiu výhodu okrem tých, ktoré sme popísali vyššie a síce, že nie sú potrebné diplomatické konferencie na úrovni štátov, ktoré so sebou prinášajú určité problémy.³⁶ Podobne vtedajší generálny tajomník UNIDROIT, profesor Herbert Kronke na kongrese pri príležitosti 75. výročia UNIDROIT predniesol, že skúsenosti z pokusov o harmonizáciu práva v oblastiach, ktoré sú podmienené prísnou reguláciou a daňovými otázkami ukazujú, že ak štáty nemajú politickú vôľu, len ťažko sa dosahuje úspech.³⁷

Záver

Bolo by predčasné hodnotiť úspech Vzorového zákona o leasingu, môžeme však dúfať, že bude väčší ako pri dohovore. V príspevku sme uviedli niektoré skutočnosti, ktoré ho stavajú do výhodnejšej pozície oproti tomu, akú mal svojho času dohovor. Inštitút UNIDROIT stále pracuje na propagácii vzorového zákona na rôznych konferenciách, aby dosiahol čo najširšie uplatnenie. Doposiaľ vieme, že vzorový zákon, resp. jeho časti prevzali do svojho právneho poriadku Jordánsko, Tanzánia a Jemen, záujem prejavili Indonézia, či Pakistan. Medzinárodná finančná korporácia (I.F.C.) ako jedna z inštitúcií Svetovej banky sa zaviazala, že ho bude odporúčať v krajinách, v ktorých pôsobí, s odvolávaním sa na to, že sú v ňom zahrnuté najlepšie skúsenosti z tejto oblasti. I.F.C. už navrhla legislatívu v Afganistane a na Západnom brehu Jordánu (Palestína), ktorá je plne založená na vzorovom zákone.³⁸ Vzorový zákon pod-

³⁶ LEBEDEV, S. Legislative means of unification. In *Uniform Commercial Law in the Twenty-first Century. Proceedings of the Congress of the United Nations of Commission on International Trade Law*. New York: United Nations, 1995. s. 32.

³⁷ KRONKE, H. UNIDROIT 75th Anniversary Congress on Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration: Hypotheses, Certainties and Open Questions. In *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*. 2003, č. 1-2, s. 26.

³⁸ Zdroj STANDFORD, M. UINDRIOT's Preparation of a Model Law on Leasing: the Crossing of New Frontiers in the Making of Uniform Law. In *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*. 2009, č. 3, s. 590.

poril aj Sekretariát Commonwealthu, ktorý sa zaviazal pracovať na možnostiach jeho implementácie v krajinách, ktoré patria do jeho spoločenstva.³⁹

V našich podmienkach môže byť s ohľadom na pripravovanú rekodifikáciu súkromného práva projekt UNIDROIT, ktorého výsledkom je Vzorový zákon o leasingu taktiež zaujímavý a inšpiratívny. Z legislatívneho zámeru pripravovaného Občianskeho zákonníka z roku 2009 vyplýva, že rekodifikačná komisia plánuje zakotviť leasingovú zmluvu medzi jednotlivé zmluvné typy, uvádza dokonca, že je treba počítat' s rozsiahlou úpravou.⁴⁰ Či tieto plány budú naplnené je však otáznе, keďže práce na novom Občianskom zákonníku stále nie sú ukončené a na svoje legálne zakotvenie čaká hneď niekoľko nových typov zmlúv, vrátane leasingovej.⁴¹ Ako sme uviedli, vzorový zákon už našiel niekoľko svojich adresátov, so záujmom budeme pozorovať, či sa stretne s odozvou aj v ďalších krajinách.

³⁹ Pozri komuniké zo stretnutia „Commonwealth Law Ministers“ v Edinburgu z júla 2008, bod. 36.

⁴⁰ Pozri Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka, dostupný na: http://www.rokovania.sk/File.aspx/ViewDocumentHtml/Mater-Dokum-120542?prefixFile=m_

⁴¹ K uvedenej problematike pozri HUSÁR, J. Obchodné vzťahy v príprave nového Občianskeho zákonníka (s akcentom na obchodné zmluvy). In *Súčasnosť a perspektívy právnej regulácie obchodných zmlúv II*. Zborník príspevkov. Košice: Husár, J. (ed.), 2009, s. 40 - 60.

Tento zborník vedeckých prác vznikol za podpory:



Právo – obchod – ekonomika

Zborník vedeckých prác

Editori: prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc.
 doc. JUDr. Ján Husár, CSc.

Vydavateľ: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach
Odborné poradenstvo: Univerzitná knižnica UPJŠ v Košiciach
(www.library.upjs.sk)

Rok vydania : 2011

Náklad : 220 ks

Rozsah strán : 530

Vydanie : prvé

AH : 37

Tlač : EQUILIBRIA, s. r. o.

ISBN 978-80-7097-903-7

ISBN 978-80-7097-903-7



9 788070 979037