



MASARYKOVA UNIVERZITA  
PRÁVNICKÁ FAKULTA

# DNY PRÁVA 2015

## DAYS OF LAW 2015

Část I.  
Zákonná regulace v. smluvní úprava?

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

---

IURIDICA

vol. 545

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY  
MASARYKOVY UNIVERZITY

---

řada teoretická  
svazek č. 545

# **DNY PRÁVA 2015 – DAYS OF LAW 2015**

**Část I.**

**Zákonná regulace v. smluvní úprava?**

Eds.:

Josef Bejček

Josef Šilhán

Jiří Valdhans

Masarykova univerzita

Brno 2016

Recenzenti:

JUDr. Jaromír Kožiak, Ph.D., Mgr. Monika Příkazská,  
Ing. Mgr. Radek Ruban, Mgr. Petr Tomášek,  
JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D., JUDr. Michael Zvára

© 2016 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-8192-5

---

# Obsah

<b>Consortium Agreement and the Legal Framework for Groups of Economic Operators in Polish and French Public Procurement Law .....</b>	<b>7</b>
<i>Marcin Czerwiński</i>	
<b>Zmluvná vs. zákonná ochrana veriteľ'ov s ohľadom na nové inštitúty Obchodného zákonníka .....</b>	<b>26</b>
<i>Jaroslav Dolný</i>	
<b>Může být jednatel ustanoven do funkce jinak než valnou hromadou? .....</b>	<b>41</b>
<i>Kateřina Eichlerová</i>	
<b>Dlouhá, široká a krátkozraká novela slovenského zákona směnečného a šekového .....</b>	<b>51</b>
<i>Zuzana Filířová</i>	
<b>Zákonná regulace akcionářských smluv na Slovensku .....</b>	<b>66</b>
<i>Zdeněk Houdek</i>	
<b>Flexibilita SIEC testu při posuzování spojení soutěžitelů .....</b>	<b>85</b>
<i>Kamil Nejezchleba</i>	
<b>Projevy vůle spojené s nabytím firmy .....</b>	<b>103</b>
<i>Jarmila Pokorná, Eva Večerková</i>	
<b>Dispozice s právem na vypořádání v obchodní korporaci .....</b>	<b>111</b>
<i>Radek Ruban, Jaromír Kořiak</i>	
<b>Transakční náklady kontrakčního procesu: standardizace obchodních podmínek .....</b>	<b>124</b>
<i>Monika Příkazská</i>	
<b>Zamyšlení nad akcesoritou podnájmu .....</b>	<b>141</b>
<i>Michal Vítek</i>	



---

# Consortium Agreement and the Legal Framework for Groups of Economic Operators in Polish and French Public Procurement Law

*Marcin Czerwiński*

Adam Mickiewicz University in Poznań, Faculty of Law  
and Administration, Poland

## **Abstract in original language**

Celem artykułu jest porównanie przepisów odnoszących się do grup wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w prawie polskim i francuskim, z uwzględnieniem prawa unijnego. Autor analizuje prawo unijne w sprawie grup wykonawców, polskie przepisy o konsorcjach, w szczególności z zakresu prawa cywilnego i aktualnego prawa zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności członków konsorcjum w stosunkach wewnętrznych i zewnętrznych w ramach obecnej i proponowanej regulacji, a także francuskie przepisy dotyczące konsorcjów. Ramy prawne odnoszące się do grup wykonawców w polskim i francuskim prawie zamówień publicznych i prawie cywilnym są bardzo ograniczone. Nowelizacje mające na celu wdrożenie dyrektyw zasadniczo nie zmieniły tego stanu rzeczy.

## **Keywords in original language**

Konsorcjum; grupa wykonawców; zamówienia publiczne; prawo polskie; prawo francuskie; dyrektywy zamówieniowe.

## **Abstract**

The aim of the study is to compare regulations relating to groups of economic operators applying for public contracts in Polish and French law, taking into account EU law. The author analyzes EU law on groups of economic operators, Polish regulations on consortia, especially civil law regulations and current legal regulation of Public Procurement Law with emphasis on the liability of consortium members in internal and external relations under present and proposed regulation as well as French regulation on consortia.



Legal frameworks for groups of economic operators in Polish and French public procurement law and civil law are very limited. Amendments aimed at implementing the directives do not change the *status quo* substantially.

## **Keywords**

Consortium; Group of Economic Operators; Public Procurement; Polish Law; French Law; Directives on Public Procurement.

## **1 Introduction**

The aim of the study is to compare regulations relating to groups of economic operators applying for public contracts in Polish and French law and also the assessment of the implementation of the new EU directives on public procurement into domestic legal systems of these countries in the analyzed area. The rules that govern functioning of consortia in the procurement market of both countries currently are subject to revision and changes. Under the present Polish and French legislation, there is no general definition of a consortium. It is not also covered by a comprehensive normative regulation. The importance of this form of cooperation in legal relations regulated by public procurement law leads to analyze, whether the rules relating to consortia respond to the needs of practice.

In the first part the author will analyze the EU law on groups of economic operators. In the second part Polish regulations on consortia will be interpreted, especially civil law regulations and current legal regulation of Public Procurement Law with emphasis on the liability of consortium members in internal and external relations under present legislation. This part will be closed by analysis of the proposed regulation of Polish Public Procurement Law. In the third part the author analyzes the French public procurement law and civil law on consortia and refers to the proposed amendments.

## **2 EU law on groups of economic operators**

The EU law since the 70 s guarantees the possibility of creating groups of economic contractors (including consortia) and their participation

in procurement procedures<sup>1</sup>. Subsequent generations of procurement directives stipulate that in order to submit a tender or a request to participate, groups shall not be required by contracting authorities to have a specific legal form. Contracting authorities may require groups of economic operators to assume a specific legal form once they have been awarded the contract, to the extent that such a change is necessary for the satisfactory performance of the contract. Directives have never defined the principles of creating groups of economic contractors, admissibility and rules of changes in the composition of such groups<sup>2</sup>, rules for intra liability and liability in the relations between the group and the contracting authority, a participation of the consortium and its individual members in the same procurement procedure<sup>3</sup> or *locus standi* of the members of the consortium<sup>4</sup>. The directives laid down only the principles on which the group of economic operators may rely on the ability of its members during the stage of qualitative selection of contractors with regard to the technical capacity and financial condition<sup>5</sup>.

Recently, in the area of EU procurement law fairly significant changes take place. On 28 March 2014, three new directives has been published: the directive 2014/24/EU on public procurement<sup>6</sup>, the directive 2014/25/EU on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors<sup>7</sup> and the directive 2014/23/EU on the award of con-

<sup>1</sup> More about this subject A. Soltysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warsaw 2012, p. 114–121, 312–329.

<sup>2</sup> See Judgement of the Court of 23 January 2003 in C-57/01 *Makedoniko Metro and Michaniki AE v. Elliniko Dimosio*, ECR 2003, p. I-1091.

<sup>3</sup> See Judgement of the Court of 23 December 2009 in C-376/08, *Serrantoni Srl, Consorziio stabile edili Srl v. Comune di Milano*, ECR 2009, p. I-12169.

<sup>4</sup> Judgement of the Court of 8 September 2005 in C-129/04, *Espace Trianon SA, Société wallonne de location-financement SA (Sofit bail) v. Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)*, ECR 2005, p. I-7805.

<sup>5</sup> See Judgement of the Court of 14 April 1994 in C-389/92, *Ballast Nedam Groep*, ECR 1994, p. I-1289; Judgement of the Court of 18 December 1997 in C-5/97, *Ballast Nedam Groep v. Belgium*, ECR 1997, p. I-07549; Judgement of the Court of 2 December 1999 in C-176/98, *Holst Italia SpA v. Comune di Cagliari*, ECR 1999, p. I-1289.

<sup>6</sup> Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, OJ L 94, 28. 3. 2014, p. 65–242.

<sup>7</sup> Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC, OJ L 94, 28. 3. 2014, p. 243–374.

cession contracts<sup>8</sup>, which also introduce some modifications in the provisions relating to groups of economic contractors. Poland and France should implement them until 18 April 2016 and currently actions have been taken to meet this deadline. However, some existing solutions in the law of these states remain based on the previous classical directive 2004/18/EC<sup>9</sup> and the utilities directive 2004/17/EC<sup>10</sup> as well as the relatively new defense and security directive 2009/81/EC<sup>11</sup> and the directive 2007/66/EC on remedies<sup>12</sup>, which have not been repealed by the new directives.

The new directives have developed regulations relating to fulfillment of the criteria for qualitative selection by a group of economic operators. Solution enabling to clarify in the procurement documents how groups of economic operators are to meet the requirements has been introduced as well as the option of requiring conditions which are different from those imposed on individual participants if they are justified by objective reasons and proportionate. Moreover, definition of the general notion of “economic operator” has been slightly modified and preference for the adoption of joint and several liability of consortium members has been indicated.

These procurement directives include provisions indicating the target to be achieved by the EU member states, although countries have some discretion as to the application of specific legal instruments. As EU legislator declares in the preambles of new acts that the main purpose of the procurement directives is smart, sustainable and inclusive growth while ensuring

---

<sup>8</sup> Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts, OJ L 94, 28. 3. 2014, p. 1–64.

<sup>9</sup> Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, OJ L 134, 30. 4. 2004, p. 114–240.

<sup>10</sup> Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, OJ L 134, 30. 4. 2004, p. 1–113.

<sup>11</sup> Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives. 2004/17/EC and 2004/18/EC, OJ L 216, 20. 8. 2009, p. 76–136.

<sup>12</sup> Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives. 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts, OJ L 335, 20. 12. 2007, p. 31–46.

the most efficient use of public funds by facilitating in particular the participation of small and medium-sized enterprises (SMEs) in public procurement. There is also a need to clarify basic notions and concepts to ensure legal certainty and to incorporate certain aspects of related well-established case-law of the Court of Justice of the European Union. The basic form of participation by small and medium-sized enterprises in public procurement is a group of economic operators (consortium). The need to clarify and explain the doubts regarding the rules for the participation of such groups in procurement has been noticed.

Thus, the recital 15 of the preamble to the new classical directive indicates that it should be clarified that groups of economic operators, including where they have come together in the form of a temporary association, may participate in award procedures without it being necessary for them to take on a specific legal form. To the extent this is necessary, for instance where joint and several liability is required, a specific form may be required when such groups are awarded the contract. However, besides the above mention, the general principle of joint and several liability of economic operators functioning in the form of consortium has not been implemented in the new directives. Undoubtedly, the preamble gives an argument for the thesis that joint and several liability in national law is not contrary to the directive<sup>13</sup>.

### **3 Polish regulations on consortia**

#### **3.1 Civil law regulations**

A consortium in the Polish legal system is an organizational relation established by an consortium agreement by business entities (referred to generally as consortium members, participant, or partners), which undertake jointly strive to achieve the desired economic goal, through concentration of capital, experiences of participants in the field of organization, management and realization or through provision of intellectual potentials (know-how, patents)<sup>14</sup>.

The consortium does not need to have designated organizational structure (bodies) or be equipped with its own assets, separated from the assets of its

---

<sup>13</sup> See K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, Warsaw 2015, p. 193–195.

<sup>14</sup> L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997, p. 20–24.

participants. The consortium also is not subject to any registration-required obligation. A consortium agreement is a multilateral unnamed agreement creating obligations, allowed under the freedom of contract principle in the art. 353<sup>1</sup> of the Polish Civil Code<sup>15</sup>, which has developed at the practical level.

The consortium is not a subtype of a civil partnership contract regulated in the Polish Civil Code (art. 860-875), where partners commit to strive to achieve a common economic purpose by making contributions, creating a joint co-ownership<sup>16</sup>. A consortium agreement is a special type of joint venture agreement obligating to joint action in order achieve the goal (usually economic) based on the principle of sharing the benefits and risks relating to a specific business venture, e.g. the construction of a building<sup>17</sup>. The rules on named contracts regulated in the Civil Code can however be used *mutatis mutandis* (or even directly) in some cases, e.g. the rules on a mandate contract (art. 734-751) for relations between a leader and other participants of a consortium<sup>18</sup>.

The common purpose of the consortium members in the public procurement system will be submitting a joint bid, and then a joint execution of a contract concluded with the contracting authority. Consortium members have a lot of flexibility in shaping a scope of consortium activity and a duration of the consortium, in specifying the scope of participation in the consortium's project, in a choice of a centralized or decentralized consortium model, in regulation of managing affairs and representation of a consortium and in rules for cooperation between consortium members and for participation in the consortium profits and losses.

The consortium may be based on a single multilateral agreement or on a number of bilateral agreements. In the first case a so-called uniform consortium will be created, which is formed by the conclusion of one agreement by all members of the consortium. In the second case the so-called individual

---

<sup>15</sup> Act of 23 April 1964 Civil Code (unified text: Journal of Laws of 2014 item 121 with amendments).

<sup>16</sup> The opposite view is presented by L. Stecki, *Konsorcjum*, *op. cit.*, p. 140–146; and S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warsaw 2000, p. 259.

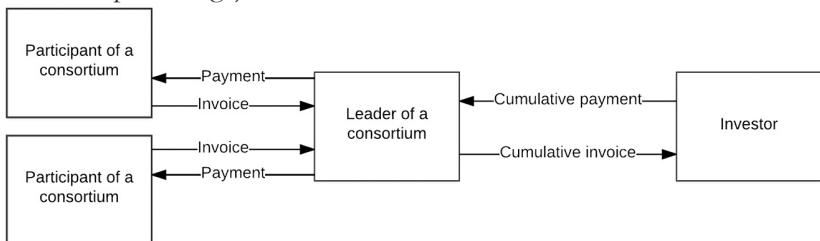
<sup>17</sup> A. Opalski, *Umowy o wspólne przedsięwzięcie (joint venture)* [in:] *System Prawa Prywatnego, vol. 9, Prawo zobowiązań - umowy nienazwane*, W. Katner (ed.), Warsaw 2015, p. 1005; S. Włodyka, *Strategiczne, op. cit.*, p. 258–260.

<sup>18</sup> L. Stecki, *Konsorcjum, op. cit.*, p. 172.

consortium will be established, whereby the initiator of the consortium concludes separate bilateral agreements with each of the participants<sup>19</sup>.

The consortium agreement should specify the percentage (or less frequently amount) of the shared tasks, revenues (profits) and costs (losses) per each participant (for example as follows: 60% for the leader 40% for the second member). In practice, the determination of the abovementioned participation can be done by the in-kind method, i.e. on the basis of the material scope of works realized by the consortium members; by the financial method, i.e. on the basis of the adopted percent of total revenues or costs; or by the mixed method, which combines both of the above methods for allocating revenues and costs<sup>20</sup>.

Depending on the adopted method of allocation of revenues and costs we can distinguish the so-called “task consortium” (or “in-kind consortium”) and “financial consortium”. These are empirical models created within the framework of freedom-of-contract rule and they do not appear in Polish law. In task consortium, participants adopt the scope of work divided between them in advance (e.g. with regard to the construction of highway), which will be performed by each of them, as well as the remuneration paid for each of the consortium members. This means that each of the participants, depending on the extent of own costs, will realize different profit from given project (costs incurred by members of the consortium are not aggregated and allocated between the members on the basis of predetermined percentage)<sup>21</sup>. This model is shown in Picture 1.



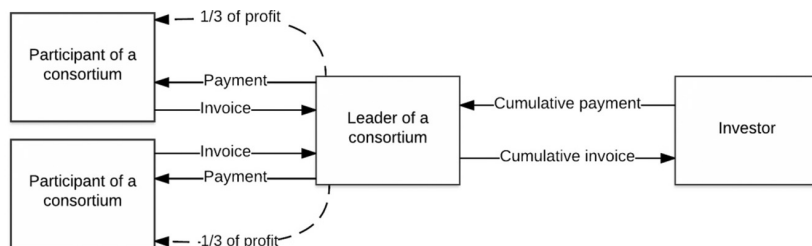
Picture 1: Task consortium.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 57–58.

<sup>20</sup> K. Kańtor; K. Wróblewska, *Umowa konsorcjum - konsekwencje w zakresie VAT*, „Przegląd Podatkowy” 2015, no. 12, p. 25.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

In case of a financial consortium, each of the consortium members realize project progressively, according to the needs, involving its assets, without predetermined material scope of work between the participants. Then they divide the received revenues and incurred costs according to the predetermined participation in the profits. For this type of consortium a common settlement account is characteristic, from which the activity of the consortium is financed (usually an escrow account because a joint account is not permissible for legal persons forming a consortium under art. 51 of Polish Banking Law<sup>22</sup>). Thus, there is an extra element here, namely settlements of revenues and costs between consortium members arising from joint venture<sup>23</sup>. This model is shown in Picture 2.



Picture 2. Financial consortium.

Participant (who is not a leader) usually bears the costs for its part of the work, and certain cost specified in the consortium agreement originally incurred by the leader (e.g. for the coordination of the project). The leader of the consortium, as the entity representing consortium before procuring authority or private investor in all matters related to the execution and settlement of the contract, performs the contract and he is obliged to issue invoices to the contractor documenting all works carried out by the consortium. The other participants of the consortium shall render services to the leader in the scope resulting from the consortium agreement and they are also obliged to issue invoices to the leader documenting their services<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Act of 29 August 1997 Banking Law (unified text: Journal of Laws of 2015 item 128 with amendments).

<sup>23</sup> K. Kańtor, K. Wróblewska, *Umowa, op. cit.*, p. 25.

<sup>24</sup> See also the factual background in the interpretation of the Director of the Tax Chamber in Warsaw of 4 September 2014, IPPP1/443-841/14-2/IGo; interpretation of the Director of the Tax Chamber in Warsaw of 26 September 2014, IPPP1/443-695/14-4/AW and interpretation of the Director of the Tax Chamber in Katowice of 8 October 2014, IBPP1/443-664/14/MG.

### 3.2 Current legal regulation of Public Procurement Law

Under the Act of 10 June 1994 on public procurement<sup>25</sup>, the solution involving the possibility of applying for public procurement by several entities, e.g. by a consortium, was regarded as acceptable. As part of the amendment from 2001<sup>26</sup> the art. 6 b has been added, which clearly determined about the possibility to act as consortium of economic operators in procurement procedure, while reserving the joint and several liability of consortium members for non-performance or improper performance of the public contract. These solutions has been transferred to the current Act.

In Polish law, public procurement procedure is now regulated by the Act of 29 January 2004 Public Procurement Law<sup>27</sup>, where only a few rules apply to consortia. The Act provides in art. 23 that economic operators may compete for a contract jointly. Economic operators appoint an attorney-in-fact to represent them in the contract award procedure or to represent them in the procedure and when concluding a public contract. The provisions on economic operator apply accordingly to the group of economic operators. If a tender submitted by the economic operators is selected, the contracting authority may request an agreement regulating the cooperation of the economic operators before the public contract is concluded. The economic operators bear joint and several liability for performing the contract and for providing security for the proper performance of the contract (art. 141).

Against the background of this regulation there are numerous legal problems, in particular related to the power of attorney granted to represent the consortium in the procurement procedure, exclusion of economic operators acting jointly, fulfilling conditions for participation in the proceedings by economic operators acting jointly, rules for certifying copies of documents by economic operators acting jointly for procuring entity to assess compliance with the conditions for participation in the proceedings, issues related to the joint bringing and refund of the deposit, the rules on invoking

---

<sup>25</sup> Act of 10 June 1994 on public procurement (Journal of Laws of 1994 No. 76 item 344).

<sup>26</sup> Act of 22 June 2001 amending the Act of 10 June 1994 on public procurement (Journal of Laws of 2001 No. 76 item 813).

<sup>27</sup> Act of 29 January 2004 Public Procurement Law (unified text: Journal of Laws of 2013 item 907 with amendments).



experience gained during the implementation of the joint venture by economic operators acting jointly, the issue of a rejection of tenders in case of submitting a separate bids by the consortium and by the consortium member, legal issues related to the entitlement of procuring entity to require a cooperation agreement from a consortium, issues related to subcontracting. In addition, there are numerous civil law problems (mainly in the field of representation or joint and several liability), procedural problems, problems in the field of bankruptcy law and tax problems<sup>28</sup>.

It should be noted that the role of a consortium in Polish public procurement system is steadily increasing and economic operators more and more often use the opportunities connected with the ability to apply jointly for public contracts. However, it is unquestionable that the regulations on joint applying for public contracts does not “keep up” with the changing realities of the economy and do not sufficiently demonstrate how to properly use this form of cooperation. In the next part the issue of responsibility of consortium members will be analyzed, as the regulation in this regard is controversial and likely to change significantly.

### **3.3 The liability of consortium members in internal and external relations under present legislation**

Centralization and visibility of leadership occurs in typical consortia applying for public contracts. All settlements are carried out through the administrative and accounting structure of the leader.

After concluding the consortium agreement, consortium member is liable, according to the rules of art. 471 et seq. of the Civil Code, in relation to the other consortium members for non-performance or improper performance of obligations that has been assumed in the agreement, including a delay in the realization of his services. In relations with the procuring entity, the consortium member is also liable *ex contractu*, but jointly and severally with other participants of the consortium on the basis of art. 141 of the Public Procurement Law. At the same time, an action of one consortium member to a detriment of a procuring entity violates the basic

---

<sup>28</sup> These problems have been widely discussed by K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, op. cit.*, p. 34–153.

consortium relationship, as acting to a detriment of the other consortium members<sup>29</sup>. A scope of liability of a consortium member in the internal and external sphere is not limited by the remuneration or the value of work attributable to the member determined in the agreement. In addition, the consortium leader is liable towards the other members of the consortium on the basis of the rules governing a mandate contract (art. 737 et seq. of the Civil Code). It is acceptable to introduce contractual penalties to the consortium inner sphere, as liabilities of consortium members are non-monetary (art. 484-484 of the Civil Code).

In the event of using by the procuring entity the possibility to hold the consortium members jointly and severally liable, the problem of recourse claims arises. If one consortium member pays the compensation, the content of a consortium agreement resolve the matter, in which parts he may require reimbursement from the other consortium members, but in the absence of contractual regulation of this issue, he may request a refund in equal parts. The view that the peremptory norm from art. 141 of the Public Procurement Law constitutes a barrier to the creation of consortia of economic operators, seems justifiable. For example, a company which services and repairs the construction equipment does not want to bear the full liability for the realization construction and assembly works performed by the construction company<sup>30</sup>. In addition, in case of construction contract, a consortium member contracting with the subcontractor and the investor (procuring entity) are jointly and severally liable for payment of remuneration for construction works performed by a subcontractor pursuant to peremptory art. 647<sup>1</sup> § 5 of the Civil Code. The damage of procuring entity is the need to fulfill the obligation to pay remuneration towards subcontractor, which was originally an obligation of consortium member. This behavior of consortium member is also the improper performance of a public contract and raises contractual liability of all consortium members under art. 141 of the Public Procurement Law. However, one of the consequences

---

<sup>29</sup> See L. Stecki, *Konsorzjum*, *op. cit.*, p. 343–344.

<sup>30</sup> M. Kalina-Nowaczyk, *Solidarna odpowiedzialność wykonawców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego* [in:] *Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie gospodarczym*, A. Śmieja (ed.), series „Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu”, no. 203, Wrocław 2011, p. 108.

of the joint and several liability is the ability to use documents (references) certifying a performance of the entire public contract which was done within the consortium, in other proceedings. Indeed, consortium member assumed full liability for the realization of the whole project<sup>31</sup>.

### 3.4 Proposed regulation of Public Procurement Law

On 21 April 2015 the draft of completely new Public Procurement Law<sup>32</sup> appeared, which would enter into force on 18 April 2016. Currently, it is difficult to assess the feasibility of the adoption of the new act by the Polish parliament. It is also possible that the legislature will decide to only partial amendment of the existing act. It should be noted, however, that the bill adds some new solutions regarding the functioning of consortia in the proceedings. These include the prohibition of the particular legal form requirement towards consortium at the stage of submitting a tender. Moreover, the contracting authority may specify the manner to meet the qualifications criteria by the consortium regarding economic and financial standing or technical and professional ability (possibly the requirements of the qualification system) provided that it is objectively justified and proportionate. A contracting authority may require groups of economic operators to assume a specific legal form once they have been awarded the contract, if such a change is necessary for the satisfactory performance of the contract. It is significant that the bill does not provide for a mandatory joint and several liability of consortium members at the execution stage.

In the project of the new act, regulations on joint application for a public contract are included in art. 99. According to the explanatory memorandum of draft promoters, analyzed issue is regulated in such a way that the draft largely reproduces the provisions in this regard from the existing Act, but includes the content of the new directives.

Thus, under the proposed art. 99(1), economic operators may compete for a public contract jointly (consortium). It has been indicated in the explanatory memorandum that new act introduces the concept of “consortium” because this term was widely used by the doctrine and case-law, even though

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>32</sup> Draft of the Public Procurement Law published on 21 April 2015, available at: <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=8343> (access: 15 December 2015).

previous act did not use this concept. Pursuant to the art. 99(8), as under the current act, the provisions relating to the economic contract shall be applied *mutatis mutandis*.

The requirement to appoint a representative and submit a consortium agreement at the request of the procuring entity has been retained in art. 99(2) and 99(3), specifying that the agreement should be certified as a true copy. According to the art. 99(4), procuring entity cannot require a specific legal form from consortium in order to submit a tender or a request to participate. Pursuant to the art. 99(7), procuring entity may require consortium to assume a specific legal form once they have been awarded the contract, if this form is necessary for the satisfactory performance of the public contract.

In accordance with the art. 99(5) procuring entity may clarify in the procurement documents how groups of economic operators are to meet the requirements as to economic and financial standing or technical and professional ability provided that this is justified by objective reasons and is proportionate, and for utilities procurement also how to meet the requirements for qualification and qualitative selection system. According to the art. 99(6), procuring entity may specify the conditions for the performance of a public contract by consortium different from the conditions imposed on individual participants, provided that it is objectively justified and proportionate. In the course of the consultation the objection has been raised that allowing the procuring entity to formulate its own criteria for qualification or to formulate the way how to meet them, violates the principle of equality, distorts competition and is contrary to the essence of the consortium, which is based on the option for entities that alone does not meet the requirements specified by the procuring entity, to apply jointly for public contract. This solution is however envisaged in the EU law and conditions of objective justification and proportionality are to counteract the signaled consequences.

The draft does not repeat the provisions of the current Act on a joint and several liability of economic operators jointly applying for public contract, and strictly speaking - did not refer to the rules of their liability in relation to the procuring entity. This means a resignation from the model of peremptory joint and several liability imposed by the legislature to the discretion

of the procuring entity, whose decision will affect the adoption or resignation from a joint and several liability of the consortium members in the given procurement. The basis for this could give new art. 99(6) on the possibility to impose on the consortium (basically consortium members) conditions different from those imposed on individual participants or art. 99(7) on the adoption of the required legal form after the award of public contract. Following the guidelines from the preamble of the new classical directive, the latter basis seems more appropriate.

If the procuring entity does not foreseen a joint and several liability of consortium members in the procurement documents, consortium members will liable toward the procuring entity only for its own obligations set out in the consortium agreement or in the public contract with the procuring entity. While the internal division of tasks between consortium members has so far limited significance for the procuring entity, it may prove to be crucial under the new act. However, we should probably assume that a public contract is of decisive importance for the entitlements of the procuring entity, thus the division of tasks and the scope of liability for the realization of these tasks should be included therein. The procuring entity would not be bound by the internal relationship of consortium. In the absence of regulation on a division of tasks in the public contract, it make us think the solution from art. 380 of the Civil Code, that consortium members liable under an indivisible obligation shall be liable to perform it as joint and several debtors, which would give the possibility to the application of the provisions on joint and several liability *mutatis mutandis*. We can also assume that the procuring entity will not be able to rely on possible joint and several liability adopted only in the consortium agreement. When it comes to internal relations, as a result of a kind of feedback effect, acting to the detriment of the procuring entity causes at the same time action to the detriment of the whole consortium, which may give rise to interior contractual liability. There is another important practical problem. It seems that in case of resignation from joint and several liability, consortium member will not be able to rely on the experience connected with the whole public contract in subsequent proceedings, what is possible now.

#### 4 French public procurement law and civil law on consortia

The main legal act on public procurement in France is the Code of Public Contracts - *Code des Marchés Publics*<sup>33</sup>. With respect to all procurements regulated by the Code, it is necessary to respect the principles of free access to public procurement, equal treatment of economic operators and transparency of procedures. The Code regulates the participation of groups of economic operators in the article 51 and in a fragment of article 52 relating to the capacity of a group (correspondingly in the article 231 and 233 with regard to defense procurement).

The French Code of Public Contracts rules that companies may submit their application or bid as a joint and several group or a joint group, without prejudice to compliance with the rules relating to free pricing and competition. The Code allows groupings, thus the procuring entities may not bar them. So even two (or more) entities able to participate alone can group as long as the aim or the effect of the grouping is not a restriction of competition. A procuring entity has to prove the harmful effect of the grouping if it wants to bar it.

There are two kinds of groupings. The group is joint (*groupement conjoint*) when each of the members of the grouping undertakes to perform, within the context of a contract divided into lots, the lot or lots that he is likely to be entrusted with. The group is joint and several (*groupement solidaire*) when each of the members of the grouping is liable for the performance of the entire contract, whether or not the operation is divided into lots. In both types of groups, one group's member appointed to be a representative, represents group towards public authorities and coordinate performances of group's members. If the public contract so states, the joint group's representative is jointly and severally liable with each group's member for its contractual obligations towards the public entity and performance of the contract. A joint group is better for small projects that do not need the ability to commit to all performances from a contract. The solidarity group is more favorable to the public authority, which can seek redress jointly and severally.

---

<sup>33</sup> Code des marchés publics (édition 2006), version consolidée au 1 octobre 2015, available at: <http://www.legifrance.gouv.fr> (access: 15 December 2015).

For a joint group, the procurement document is a single document which indicates the volume and detailed apportionment of the provisions that each member of the group undertakes to deliver. For a joint and several group, the procurement document is a single document which indicates the total contract amount and all the provisions that the members of the group jointly and severally undertake to deliver. The applications and bids are signed and submitted either by all the participating entities, or by the representative, if he can show that he is duly empowered to represent those entities when the contract is awarded. No economic operator shall represent more than one group for the same public contract. The procurement documents may forbid bidders from submitting several bids for a contract or for one of its lots by acting as both individual bidders and as members of one or more groups. The change from one form to another cannot be required to submit a bid, but the group may be forced to make such a change if the contract had been awarded and if it is necessary for performance of the contract. In this case, required form is indicated in the announcement or procurement documents.

The composition of a group cannot be changed between submission of the applications and submission of the bids. However, if the group can demonstrate that the entity put into liquidation or is unable to perform his part of contract for reasons which are not caused by him, the group may apply to the procuring entity for permission to continue to participate in the award procedure without this economic operator proposing if necessary one or more subcontractors. The procuring entity decides on this proposal after the examination of professional and technical expertise and financial standing of all members of transformed group and, where appropriate, of subcontractors submitted for approval.

A change from one type of group to the other cannot be required for the submission of the bid, but the group may be required to effect such a change when it is awarded the contract. In such cases, the form subsequently imposed is referred to in the tender documents. The professional and technical expertise and financial standing of group's members is assessed overall. There is no requirement for each company to possess all the technical expertise required for performance of the contract.

Within the meaning of the article 51, groups may have a legal personality (e.g. associations, commercial companies, economic interest groupings, European economic interest groupings) or may not have legal personality. The most common form of group falling under the latter category is temporary grouping (*groupements momentanés d'entreprises*), i.e. the consortium<sup>34</sup>.

The French legislation does not regulate the temporary grouping agreement (consortium agreement). The agreement is permitted under a freedom of contract implied from the article 6 and the article 1134 of the French Civil Code. Thus, no specific legal framework applies to consortium and general contract law will apply. A consortium agreement does not need a specific form, however, the parties can, if they wish, register their agreement with a notary to give it more evidentiary weight. There is no public registry listing consortium agreements. French law prohibits perpetual commitments. The parties to a consortium agreement can therefore always terminate it at any time (after compliance with a notice period, if any). There is no specific legislative provision on the minimum number of participating members. Members of a consortium agreement can validly agree that one of them participates in the consortium without incurring any risk, loss or reward<sup>35</sup>.

French economic interest groupings (*groupements d'intérêt économique, GIE*) can be an alternative to the consortium agreement. GIEs share many characteristics with French partnerships (*sociétés en nom collectif*). They are flexible structures (which include the voluntary nature of share capital and the freedom to set up rules on decision-making) and provide tax transparency benefits. The activity of the GIE must constitute an extension of the activity of its members. The liability of a GIE's member is subject to the principle of indefinite and collective responsibility. An economic interest grouping must have at least two members. A GIE is automatically dissolved if it does not have more than one member<sup>36</sup>.

Currently, new French legislation concerning public contracts has been adopted or is pending adoption and will enter into force by 1 April 2016

<sup>34</sup> See *Code Des Marchés Publics*, F. Llorens, P. Soler-Couteaux (ed.), Paris. 2015, p. 833–864.

<sup>35</sup> F. Gonter, A. Veil, *Joint ventures in France: overview*, available at: <http://us.practicallaw.com/5-616-9976#a210534> (access: 15 December 2015).

<sup>36</sup> *Ibidem*.



at the latest, and consists of Ordinance no. 2015-899 of 23 July 2015 on public contracts<sup>37</sup> and its implementing decrees<sup>38</sup>. In the first legal act, the art. 50 regulates the issue of changing the consortium member, which is subject to exclusion, for the entity, which is not subject to exclusion. New rules on groups of economic operators are to be included also in art. 45 of proposed decree on public contracts. They repeat essentially the current content of the provisions. However, the stipulation is added that in the case of works contracts, service contracts and siting or installation operations in the context of a supply contract, contracting authorities may require that certain critical tasks be performed directly by a group's participant.

## 5 Conclusions

Taking into account the current and projected shape of Polish and French law in the analyzed area it should be noted that they are becoming increasingly similar. The implementation of the EU legislation is in both cases an almost literal repetition of the provisions of directives in national laws. There are also some differences. For example, the division into joint groups and joint and several groups does not exist in Polish public procurements. Current mandatory joint and several liability in Poland causes the similarity of Polish consortiums to French several and joint groups. However, it is proposed in Polish law to resign from the mandatory joint and several liability of consortium members, which should be viewed positively and it will resemble more the French solution.

In both countries, a consortium agreement remains unnamed contract allowed under the freedom of contract principle and restrictions on that freedom within the public procurement system are negligible, e.g. with regard to the obligation to appoint a representative of the consortium or in relation to rules of consortium members liability towards the public authority. Thus, legal frameworks for groups of economic operators in Polish and French public procurement law and civil law are very limited.

---

<sup>37</sup> Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, available at: <http://www.legifrance.gouv.fr> (access: 15 December 2015).

<sup>38</sup> Draft of the décret du relatif aux marchés publics, available at: <http://www.economie.gouv.fr/daj/lancement-dune-consultation-publique-sur-projet-decret-achevant-transposition-des-directives> (access: 15 December 2015).

This means that the consortium relationship in both countries is very flexible and the parties have a large degree of freedom. Amendments aimed at implementing the directives change the *status quo* slightly, equipping procuring entities in a slightly wider entitlements toward consortia.

## Literature

- Gonter F., Veil A., *Joint ventures in France: overview*, available at: <http://us.practicallaw.com/5-616-9976#a210534>.
- Kalina-Nowaczyk M., *Solidarna odpowiedzialność wykonawców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego* [in:] *Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie gospodarczym*, A. Śmieja (ed.), series „Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu”, no. 203, Wrocław 2011, p. 108.
- Kańtor K., Wróblewska K., *Umowa konsorcjum - konsekwencje w zakresie VAT*, „Przegląd Podatkowy” 2015, no. 12, p. 25.
- Llorens F., Soler-Couteaux P. (ed.), *Code Des Marchés Publics*, Paris. 2015, p. 833-864.
- Muchowska-Zwara K., *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, Warsaw 2015, p. 34–153, 193–195.
- Opalski A., *Umowy o wspólne przedsięwzięcie (joint venture)* [in:] *System Prawa Prywatnego, vol. 9, Prawo zobowiązań - umowy nienazwane*, W. Katner (ed.), Warsaw 2015, p. 258–260.
- Soltysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warsaw 2012, p. 114–121, 312–329.
- Stecki L., *Konsorcjum*, Toruń 1997, p. 20-24, 140-146, 172, 343-344.
- Włodyka S., *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warsaw 2000, p. 258-260.

## Contact – e-mail

[marcin.czerwinski@amu.edu.pl](mailto:marcin.czerwinski@amu.edu.pl)

# Zmluvná vs. zákonná ochrana veriteľov s ohľadom na nové inštitúty Obchodného zákonníka<sup>1</sup>

*Jaroslav Dolný*

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, Právnická fakulta, Slovenská republika

## **Abstract in original language**

Európske kontinentálne právo vytvorilo koncept reálnej tvorby a udržania základného imania a tradične chápe reálnu tvorbu a udržanie vlastných zdrojov spoločnosti ako základný nástroj ochrany veriteľov. Novela Slovenského Obchodného zákonníka túto ochranu dopĺňa novými ustanoveniami o spoločnosti v kríze zakazujúce vrátenie určitých plnení osobám spriaznených so spoločnosťou počas tohto obdobia krízy.

## **Keywords in original language**

Vlastné zdroje financovania; cudzie zdroje financovania; spoločnosť v kríze.

## **Abstract**

European continental law creates a doctrine of real creating and maintaining share capital and considers real creating and maintaining equity as an essential creditor protection guarantee. The amendment to the Slovak Commercial Code increases this creditor protection with new legal provisions relating to crises in a company which prohibits to return some performance of certain entities during the crises.

## **Keywords**

Own Sources of Financing of Business Property; Foreign Sources of Financing of Business Property; Crises in a Company.

---

<sup>1</sup> Príspevok vznikol s podporou VEGA MŠ SR a SAV pre projekt č. 1/0402/15.

## 1 Úvod

Majetková samostatnosť obchodnej spoločnosti predstavuje finančné riziko pre veriteľov, že ich pohľadávka nebude uspokojená v plnom rozsahu. Z pohľadu veriteľa je dôležité, aby jeho pohľadávky voči spoločnosti v čase keď sa stanú splatnými boli uspokojené v plnej výške. Všeobecne akceptovanou skutočnosťou je potreba zabezpečiť ochranu veriteľov skôr než je na spoločnosť vyhlásený konkurzu. Taktiež platí, že spoločníci kapitálových spoločností ručia obmedzene za záväzky spoločnosti a to do výšky ich nesplatených vkladov. Doktrína oddelenia majetku spoločnosti od majetku spoločníkov je dôsledkom právnej subjektivity kapitálových obchodných spoločností.<sup>2</sup> Samotné oddelenie majetku spoločnosti od majetku spoločníkov má však pre veriteľov svoje pozitíva ako aj negatíva. Pozitívny efekt pre veriteľov možno vidieť v tom, že bráni spoločníkom používať majetok obchodnej spoločnosti k úhrade vlastných dlhov, pretože tento majetok je pre nich majetkom iného vlastníka.<sup>3</sup> Hlavným negatívom bude nemožnosť veriteľa uspokojiť sa z majetku spoločníka a to z majetku prevyšujúceho obmedzené ručenie spoločníka, ak jeho pohľadávka nebude splnená zo strany spoločnosti. Riziko finančného neúspechu spoločnosti sa tak presúva z obmedzene ručiacich spoločníkov na veriteľov. Aj keď v praxi si môže spoločnosť dohodnúť ochranné mechanizmy záväzkového charakteru „ex ante“, je potrebné si uvedomiť, že ochrana veriteľov musí byť poskytovaná aj prostredníctvom právnych noriem „ex post“.

## 2 Financovanie spoločnosti

Financovanie podniku môže byť v zásade uskutočňované z vlastných zdrojov a cudzích zdrojov.<sup>4</sup> K vlastným zdrojom financovania tradične zaraďujeme pôvodné a dodatočné vklady vlastníkov spoločnosti, príplatky spoločníkov v spoločnosti s ručením obmedzeným, príspevky<sup>5</sup> od spoločníkov

<sup>2</sup> ČERNÁ, S. Majetkoprávni samostatnosť kapitálovej obchodnej spoločnosti a vybrané aspekty ochrany jej veriteľov. In *Právny obzor*. 2014, roč. 97. s. 333.

<sup>3</sup> ČERNÁ, S. In ČERNÁ, S.; ŠTENGLOVÁ, I.; PELIKÁNOVÁ, I. a kol. *Právo obchodných korporácií*. Praha: Wolters Kluwer, 2015. s. 183.

<sup>4</sup> VLACHYNSKÝ, K. a kol. *Podnikové financie*. Bratislava: Súvaha, 1999. s. 55 a nasl.

<sup>5</sup> DOLNÝ, J. Možnosť tvorby ostatných kapitálových fondov vo vlastnom imaní kapitálovej spoločnosti In *Journal of Innovations and Applied Statistics* [elektronický zdroj]. 2013, roč. 3, č. 2, [cit. 10. 01. 2016] Dostupné na internete: <<http://jias.euke.sk/wp-content/uploads.2013/12/2-2013.pdf>>.

ako aj zisk po zdanení znížený o dividendy, odpisy dlhodobého majetku a zdroje uvoľňované pri zmenách majetkovej a finančnej štruktúry spoločnosti. Všetky tieto zdroje má podnik trvalo k dispozícii a spoločne vytvárajú vlastné imanie, ktoré je Obchodným zákonníkom<sup>6</sup> vymedzené ako vlastné zdroje financovania obchodného majetku podnikateľa podľa zákona o účtovníctve.<sup>7</sup>

Cudzie zdroje zahŕňajú všetky druhy úverov, pôžičiek a záväzkov (vrátane stálych nestálych pasív), ako aj prípadnú nenávratnú finančnú pomoc, ktorú poskytuje podniku štátny rozpočet, účelové fondy a nadácie.<sup>8</sup> V súčasnosti sa ako osobitná skupina cudzích zdrojov financovania spoločnosti považujú alternatívne zdroje financovania. Považujú sa za nové, inovatívne formy financovania podnikov.<sup>9</sup> K takýmto alternatívnym zdrojom patria predovšetkým lízing, faktoring, forfaiting, franchising, projektové financovanie a rizikový kapitál.<sup>10</sup>

Rozdiel medzi financovaním z vlastných zdrojov a cudzích zdrojov z materiálneho hľadiska možno chápať ako vplyv poskytnutia určitého plnenia na mieru zodpovednosti spoločnosti za svoje záväzky bez ohľadu na formálny titul plnenia či účtovnú kvalifikáciu<sup>11</sup>. Podľa tohto kritéria platí nasledovné:

- vlastné zdroje poskytujú spoločníci k dispozícii spoločnosti v zásade bez časového obmedzenia – po dobu trvania spoločnosti – prenechanie cudzích zdrojov je v zmluve časovo ohraničené;
- vlastný kapitál vytvára právo účasti na zisku, vyrovnanom podiele, príp. na likvidačnom zostatku;
- cudzí kapitál je možné v stave krízy spoločnosti bez obmedzení vyplatiť veriteľom, vlastné imanie je naproti tomu viazané;
- cudzie zdroje zabezpečujú v prípade konkurzu postavenie veriteľa, vlastným imaním spoločnosť naopak zodpovedá za svoje záväzky

<sup>6</sup> Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších právnych predpisov (ďalej len „Obchodný zákonník“).

<sup>7</sup> § 6 ods. 4 Obchodného zákonníka.

<sup>8</sup> VLACHYNSKÝ, K. a kol. *Podnikové financie*. Bratislava: Súvaha, 1999. s. 84.

<sup>9</sup> MAJKOVÁ, M. *Možnosti financovania malých a stredných podnikov v SR*. Brno: Tribun, 2008. s. 69.

<sup>10</sup> BELÁNOVÁ, K. Alternatívne zdroje financovania a ich využívanie v podmienkach SR. In *Biatec*. 2013, roč. 21 č. 3, s. 13.

<sup>11</sup> VRÁBLOVÁ, S. Základné imanie ako východisko zásady zachovania kapitálu In *Obchodné právo*. 2003, č. 3, s. 20.

V ekonomickej teórii existujú rôzne prístupy k tomu, aký by mal byť optimálny pomer vlastných a cudzích zdrojov financovania spoločnosti. Prvým najjednoduchším prístupom je formulovanie vertikálnych pravidiel financovania.<sup>12</sup> Myslia sa tým pravidlá na regulovanie vzťahov medzi cudzím a vlastným kapitálom na strane pasív súvahy. „Vlastné zdroje by mali byť väčšie ako cudzie zdroje, v krajnom prípade by sa mali rovnať. Vlastný kapitál nesie vyššie riziko pri podnikaní a doba jeho splatnosti je neobmedzená. Za jeho poskytnutie je preto vyžadovaná vyššia odmena než za poskytnutie cudzieho kapitálu. Cena za poskytnutie vlastného kapitálu navyše, na rozdiel od cudzieho kapitálu, nie je daňovo uznateľný náklad. Na druhej strane je však potrebné podotknúť, že využívanie cudzieho kapitálu má zmysel len v prípade predpokladu, že jeho použitím bude získaný vyšší výnos.“<sup>13</sup> Takéto nazeranie na vlastný kapitál vyjadruje predovšetkým jeho nákladovú stránku. Podľa Valacha akcionári požadujú tým vyššie zhodnotenie ich investície, čím je zadlženosť spoločnosti vyššia.<sup>14</sup> S rastom zadlženosti spoločnosti rastie aj riziko úpadku spoločnosti a teda aj riziko ich investície. Veritelia sú preto vo všeobecnosti proti príliš vysokému podielu dlhu vo finančnej štruktúre podniku. V prípade zadlženia podniku vo forme bankových úverov úverové zmluvy často obsahujú klauzulu týkajúcu sa určitého obmedzenia výšky zadlženosti spoločnosti.

Druhý prístup vychádza z formulovaného kritéria<sup>15</sup>: Optimálna štruktúra podniku sa dosahuje vtedy, keď výhody plynúce so zvyšovania podielu cudzieho kapitálu<sup>16</sup> sa vyrovnajú marginálnym nákladom finančných ťažkostí<sup>17</sup> spojených s týmto rastom.

<sup>12</sup> VLACHYNSKÝ, K. a kol. *Podnikové financie*. Bratislava: Súvaha, 1999. s. 100.

<sup>13</sup> VEBER, J.; SRPOVÁ, J. *Podnikání malé a střední firmy*. 1. vyd. Praha: Grada, 2005. s. 132 a nasl.

<sup>14</sup> VALACH, J. *Investiční rozhodování a dlouhodobé financování*. 1. vyd. Praha: EKOPRESS, 2001. 447 s.

<sup>15</sup> VLACHYNSKÝ, K. a kol. *Podnikové financie*. Bratislava: Súvaha, 1999, s. 100.

<sup>16</sup> Výhody plynúce z rastu podielu cudzieho kapitálu spočívajú v najmä v nižších nákladoch na získanie a viazanie cudzieho kapitálu a v existencii daňového štítu, t.j. v znižovaní daňového zaťaženia (konkrétne základu na výpočet dane z príjmov) ako dôsledku zahŕňania úrokov z úveru do podnikových nákladov. Tieto vplyvy možno bez väčších ťažkostí kvantifikovať.

<sup>17</sup> Predstavujú hraničné náklady spojené s vysokým podielom cudzích zdrojov v spoločnosti, kedy jej môžu vzniknúť náklady súvisiace s platobnou neschopnosťou a jej prekonávaním (získavanie dodatočných finančných zdrojov, náklady reštrukturalizácie a pod.).

Tu sa naskytá hneď otázka, aký pomer zadlženia spoločnosti a základného imania je adekvátny na predchádzanie platobnej neschopnosti a predĺženia spoločnosti a na ďalšej strane efektívny z nákladovej stránky. Pre spoločníka obchodnej spoločnosti tak nebude dôležité financovanie spoločnosti len prostredníctvom financovania do vlastných zdrojov (vkladom, príspevkom), ale aj financovanie prostredníctvom cudzích zdrojov (poskytnutie úveru, pôžičky a pod.) a to predovšetkým z nákladovej stránky, keďže úroky z poskytnutých plnení sú daňovo uznateľný náklad.

### 3 Ochrana veriteľov pred prijatím novely

Východiskom zabezpečenia ochrany veriteľov v kontexte ochrany aktív obchodnej spoločnosti, ktoré je možné medzi nich prerozdeliť, sú ustanovenia brániace distribúcií kapitálu medzi spoločníkov a v prípade jeho nezákonného rozdelenia, umožňujú jeho navrátenie do majetkovej podstaty dlžníka. Ochrana veriteľa je zásadná najmä vtedy, keď spoločnosť skončí v úpadku. V tomto časovom momente s veľkou pravdepodobnosťou spoločnosť nebude disponovať dostatočne veľkým majetkom na uspokojenie všetkých veriteľov. Preto aj ochranné mechanizmy v súčasnosti chránia veriteľov jednak pred tým ako vstúpi spoločnosti do konkurzu a jednak v čase vyhlásenia konkurzu na spoločnosť, resp. jeho hrozby.

Ochrana veriteľov pred prerozdeľovaním zdrojov spoločnosti medzi osoby blízke spoločnosti ako spoločníkov, štatutárnych orgánov a ďalších osôb, bola založená pred nadobudnutím účinnosti novely Obchodného zákonníka, a to zákonom č. 87/2015 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony (ďalej len „novela“) na ochrane „ex post“ prostredníctvom noriem konkurzného práva. Osobitným právnym inštitútom, ktorý slúži na ochranu veriteľov je odporovateľnosť právnych úkonov. Prepojenosť ustanovení obchodného a konkurzného práva je nevyhnutná predovšetkým pri aplikovateľnosti ustanovení odporovateľnosti právnych úkonov dlžníka, kedy za určitých zákonom vymedzených skutočností je možné prerozdelený majetok získať späť do majetku dlžníka a zabezpečiť tak jeho spravodlivé prerozdelenie.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> DOLNÝ, J. „Ex ante“ ochrana veriteľov prostredníctvom testu solventnosti: komparácia významných návrhov a úprav tohto inštitútu. In SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J.; HUČKOVÁ, R. *Právo Obchod Ekonomika* V. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2005. s. 101.

Odporovateľnosť<sup>19</sup> právnych úkonov je podľa Ďuricu možno definovať ako určitú sankciu, ktorá však nie je postihom za konkrétne vady právneho úkonu, ale za jeho právne dôsledky vo vzťahu k veriteľom dlžníka.<sup>20</sup> Sankciou tu však nebude samotná odporovateľnosť, ktorú možno z pohľadu veriteľov chápať ako ich právo, ale až následok tejto odporovateľnosti, teda neúčinnosť právneho úkonu. Účel týchto ustanovení má byť podľa Armour<sup>21</sup> predchádzanie podvodom, zrušenie nespravodlivého zvýhodnenia a udržanie princípů *pari passu*.<sup>22</sup>

Ochranu veriteľov do účinnosti novely Obchodného zákonníka ako aj v súčasnosti s výnimkou ustanovení Obchodného zákonníka o zákaze vrátenia plnení nahrádzajúcich vlastné zdroje financovania spoločnosti je možné zabezpečiť prostredníctvom naplnenia znakov skutkovej podstaty zvýhodňujúceho právneho úkonu, kedy uspokojením spriaznenej osoby<sup>23</sup> v zmysle ZKR ako napr. spoločník, štatutárny orgán a pod. dochádza k neodôvodnenému zvýhodneniu týchto osôb na úkor veriteľov. Z dôvodu definovaných väzieb možno predpokladať a teda i prezumovať zainteresovanosť vo vzťahu k prezumovanej veci.<sup>24</sup> Základnými predpokladmi odporovateľnosti zvýhodňujúceho právneho úkonu sú<sup>25</sup>:

- právny úkon ukrátil uspokojenie prihlásenej pohľadávky niektorého z veriteľov (§ 57 ods. 4);
- právny úkon spôsobil úpadok dlžníka alebo bol urobený počas úpadku dlžníka;

<sup>19</sup> Zmyslom a hlavným účelom odporovateľnosti je zabrániť dlžníkovi, aby nepoctivými úkonmi znižujúcimi svoj majetok ukrátil vymáhateľné pohľadávky veriteľa. Bližšie FEKETE, I. *Občiansky zákonník I. Veľký komentár*. Bratislava: EURÓKÓDEX, 2011. s. 324 a nasl.

<sup>20</sup> ĎURICA, M. *Konkurzná právo na Slovensku a v Európskej únii*. Bratislava: Eurokódex, 2012. s. 307.

<sup>21</sup> ARMOUR, J. *Vulnerable transactions in corporate insolvency*. Oxford: Hart, 2003. s. 41.

<sup>22</sup> Princíp *pari passu* sa uplatňuje v konkurznom práve pri distribúcii majetku a to všetkým veriteľom pomerne podľa veľkosti ich prihlásených a zistených pohľadávok. Bližšie ARMOUR, J. *Vulnerable transactions in corporate insolvency*. Oxford: Hart, 2003. s. 1 a nasl.

<sup>23</sup> § 9 ZKR obsahuje legálnu definíciu pojmu spriaznená osoba, ktorý na účely konkurzu a reštrukturalizácie má význam najmä v súvislosti s odporovateľnými právnymi úkonmi.

<sup>24</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii [online] <<https://lt.justice.gov.sk/Attachment/od%C3%B4vodnenie.doc?instEID=1&attEID=19594&-docEID=89361&matEID=2158&langEID=1&tStamp=20091230101706670>>.

<sup>25</sup> POSPÍŠIL, B. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. Bratislava: IURA EDITION, 2012. s. 240.



- právny úkon bol urobený počas jedného roka pred začatím konkurzného konania (§ 57 ods. 5 ZKR);
- neuplynula ročná prekluzívna lehota stanovená zákonom na uplatnenie odporovacieho práva (§ 57 ods. 2 ZKR).

V prípade spriaznených osôb tu zároveň platí vyvrátená právna domnienka, t.j. predpoklad, že právny úkon spôsobil úpadok dlžníka, resp. bol urobený počas dlžníkovho úpadku, pričom druhá strana musí v prípade sporu preukázať opak. Zároveň odporovateľnosťou možno postihnúť všetky právne úkony, ktoré boli urobené počas troch rokov pred začatím konkurzného konania.

Ochranný mechanizmus veriteľov je v tomto prípade založený na možnosti odporovať právnym úkonom, kedy majetková hodnota sa po úspešnej odporovacej žalobe vrátila do dispozície dlžníka, teda spoločnosti.

V prípade, ak pohľadávka veriteľa – spriaznenej osoby v zmysle § 9 ZKR nie je uspokojená je veriteľ oprávnený si ju do konkurzu prihlásiť. V takomto prípade sa na túto pohľadávku prihliadať ako na podriadenú pohľadávku podľa § 95 ods. 3 ZKR: „Tak isto ako podriadená pohľadávka sa uspokojí tiež zmluvná pokuta a pohľadávka, ktorá patrí alebo patrila veriteľovi, ktorý je alebo kedykoľvek od vzniku pohľadávky bol spriaznený s úpadcom (ďalej len „spriaznené pohľadávky“); na prípadné zabezpečenie týchto pohľadávok zabezpečovacím právom sa v konkurze neprihliada.“ To znamená, že tieto pohľadávky sa uspokojia z výťažku zo speňaženia majetku tvoriaceho všeobecnú podstatu, ktorý vo všeobecnej podstate zvýšil po úplnom uspokojení iných nezabezpečených pohľadávok, teda následne až po úplnom uspokojení ostatných veriteľov. Z dôvodovej správy k zákonu č. 348/2011 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii vyplýva, že zákonodarca vytvoril novú triedu veriteľov. Ako ďalej uvádza: „Títo veritelia negatívnym spôsobom ovplyvňujú priebeh konkurzného konania a to na úkor ostatných veriteľov, ktorí nie sú spriaznení s dlžníkom. Dovtedy platná úprava nevyučovala, v praxi to bolo dokonca bežné, že v konkurze ako významní veritelia vystupovali buď samotní štatutári, prípade osoby priamo prepojené s akcionárom dlžníka. Záujmom týchto osôb však nie je dosiahnuť čo najvyššiu mieru uspokojenia veriteľov, ale zachovať v právnych vzťahoch status quo, ktoré bolo založené pred

vyhlásením konkurzu. Odhladiac od toho spriaznení veritelia mali spravidla možnosť ovplyvňovať podnikanie dlžníka pred vyhlásením konkurzu, prípadne z tohto podnikania profitovať, pričom bežní veritelia túto možnosť nemali.“ Pokiaľ ide o spriaznenosť pohľadávok tu je potrebné dodať, že spriaznenosť osôb v konkurze je v súčasnosti veľmi široká a do účinnosti novely sa vzťahovala aj na pohľadávky, ktoré boli nejakým spôsobom vlastnené spriaznenou osobou. V súčasnosti sa takýto veriteľ nebude uspokojovať ako podriadený veriteľ v takom prípade ak nie je spriaznený s úpadcom a v čase nadobudnutia spriaznenej pohľadávky nevedel a ani pri vynaložení odbornej starostlivosti nemohol vedieť, že nadobúda spriaznenú pohľadávku.<sup>26</sup> Avšak toto podriadenie pohľadávok veriteľov je podľa nášho názoru príliš obmedzujúce, keďže môže sa jednať o veriteľov, ktorí nijakým spôsobom nemohli zasiahnúť do podnikania dlžníka ani nemali z tohto podnikania žiadne výhody a napriek tomu bude zaradzovaný do skupiny veriteľov podriadených pohľadávok.

#### 4 Ochrana veriteľov prostredníctvom ustanovení o spoločnosti v kríze

Úprava v ZKR však rieši situáciu prekvalifikovania cudzích zdrojov na podriadené pohľadávky „ex post“, teda až po vyhlásení konkurzu na obchodnú spoločnosť. Novela Obchodného zákonníka zavádza nový inštitút – spoločnosť v kríze<sup>27</sup>. Predmetná novela stanovuje osobitné pravidlá pre hospodárenie s niektorými cudzími zdrojmi financovania poskytnutými spoločnosťou počas obdobia krízy. Zámerom týchto ustanovení o spoločnosti v kríze je zabezpečenie ochrany bežných veriteľov, označovaných aj ako slabí veritelia<sup>28</sup>, pretože majú postavenia slabšej zmluvnej strany a to v prípade že plnenia od spoločníkov, členov štatutárnych alebo dozorných orgánov a iných osôb zúčastnených na riadení spoločnosti špecifikovaných v Obchodnom zákonníku, ktoré sa poskytnú spoločnosti v kríze, sa budú uspokojovať až po uspokojení nárokov bežných veriteľov, teda ako podriadené<sup>29</sup> pohľa-

<sup>26</sup> § 95 ods. 4 ZKR.

<sup>27</sup> § 67a až 67i zákona č. 513/1991 Z.z. Obchodný zákonník.

<sup>28</sup> ČERNÁ, S. In ČERNÁ, S.; ŠTENGLOVÁ, I.; PELIKÁNOVÁ, I. *Právo obchodných korporácií*. Praha: Wolters Kluwer, 2015. s. 188.

<sup>29</sup> ĐURICA, M. *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej únii*, Bratislava: Eurokódex, 2012. s. 524.

dávky. Veritelia ako slabšia zmluvná strana si spravidla nebudú môcť v rámci kontraktáčného procesu vyjednať obdobnú ochranu svojich pohľadávok či ovplyvňovať dlžnícku disciplínu obchodnej spoločnosti, najmä v prípade ak je veriteľ existenčne závislý na tom, či od nich obchodná spoločnosť bude odoberať ich výrobky a služby.<sup>30</sup>Táto ochrana bežných veriteľov je koncipovaná ako zákaz vracania plnení nahradzujúcich vlastné zdroje (napr. pôžičky, úvery od spoločníkov a iných zákonom vymedzených osôb) počas času kedy sa spoločnosť nachádza v kríze. Uplatňovanie nárokov na vrátenie plnenia bude spravidla prichádzať do úvahy v súvislosti s vyhlásením konkurzu na majetok dotknutej spoločnosti.

Spoločnosť je v kríze vtedy, ak je v úpadku alebo jej úpadok hrozí. K úpadku spoločnosti dochádza za podmienok vymedzených zákonom č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZKR“). Spoločnosť je v úpadku, ak je platobne neschopná alebo predĺžená. Platobne neschopný je ten, kto nie je schopný plniť 30 dní po lehote splatnosti aspoň dva peňažné záväzky viac ako jednému veriteľovi.<sup>31</sup> Predĺžený je ten, kto je povinný viesť účtovníctvo má viac ako jedného veriteľa a hodnota jeho záväzkov presahuje hodnotu jeho majetku.<sup>32</sup>

Popri predĺžení alebo platobnej neschopnosti, ako ďalší znak krízy spoločnosti Obchodný zákonník ako kritérium hrozby úpadku stanovuje nízky pomer vlastného imania a cudzích zdrojov financovania. Pokiaľ ide o vymedzenie hroziaceho úpadku, tak ten vymedzila novela Obchodného zákonníka. Spoločnosti hrozí úpadok vtedy, ak pomer jej vlastného imania a záväzkov je menší ako 8 ku 100.<sup>33</sup> Zákonomdarca sa tak v prípade posudzovania hroziaceho úpadku rozhodol vychádzať z informácií poskytovaných výlučne účtovníctvom.

Ustanovenia o spoločnosti v kríze sa budú vzťahovať len na spoločnosť s ručením obmedzeným, akciovú spoločnosť a komanditnú spoločnosť,

<sup>30</sup> ČERNÁ, S. In ČERNÁ, S.; ŠTENGLOVÁ, I.; PELIKÁNOVÁ, I. *Právo obchodných korporácií*. Praha: Wolters Kluwer, 2015. s. 188.

<sup>31</sup> § 3 ods. 2 ZKR.

<sup>32</sup> § 3 ods. 3 ZKR.

<sup>33</sup> V roku 2016 je tento pomer vymedzený ako pomer vlastného imania a záväzkov nižší ako 4 ku 100 a v roku 2017 je tento pomer 6 ku 100. Pomer vlastného imania a záväzkov nižší ako 8 ku 100 sa uplatní prvý krát až od 1. 1. 2018.

ktorej komplementárom nie je žiadna fyzická osoba. Vo vzťahu k osobným spoločnostiam by princíp prekvalifikovania vlastných zdrojov nezodpovedal jej podstate, pretože pri kapitálových spoločnostiach je zo strany veriteľov väčší záujem na ochrane uspokojenia ich pohľadávok.

#### **4.1 Určenie časového momentu spoločnosti v kríze**

Otázkou je v akom časovom momente je štatutárny orgán povinný posudzovať hroziaci úpadok. Vzhľadom na statickosť údajov zachytávaných v účtovníctve sa dá tento časový moment určiť ako konkrétny bod v čase. Je však nepredstaviteľné, aby štatutárny orgán pri zachovaní svojej odbornej starostlivosti pri vedení účtovníctva skúmal každodenne priebežné účtovné výkazy za účelom zisťovania pomeru vlastného imania a záväzkov spoločnosti.

Taktiež obchodný zákonník povinnosť štatutárneho orgánu vykonať náležité opatrenia na odvrátenie krízy v čase, keď sa spoločnosť nachádza v kríze, nestanovuje absolútne. V zmysle § 67 b Obchodného zákonníka štatutárny orgán spoločnosti, ktorý zistil alebo s prihliadnutím na všetky okolnosti mohol zistiť, že spoločnosť je v kríze, je povinný v súlade s požiadavkami potrebnej odbornej alebo náležitej starostlivosti urobiť všetko, čo by v obdobnej situácii urobila iná rozumne starostlivá osoba v obdobnom postavení na jej prekonanie. Zákon bližšie nešpecifikuje aké opatrenia by to mali byť ani nestanovuje osobitnú sankciu za nedodržanie týchto povinností. Primerane tu možno aplikovať ustanovenia o zodpovednosti za škodu v zmysle § 373 a nasl. Obchodného zákonníka v prípade ak takéto nekonanie štatutárneho orgánu spôsobí škodu spoločnosti.

Zisťovanie momentu kedy sa spoločnosť nachádzala v kríze a momentu kedy štatutárny orgán zistil alebo s prihliadnutím na všetky okolnosti mohol zistiť, že spoločnosť je v kríze, bude mať význam len v prípade ak spoločnosť skončí v úpadku. Dôkazné bremeno voči štatutárnemu orgánu bude mať správca konkurznej podstaty. Preukázateľnosť vedomosti štatutárneho orgánu o hroziacom úpadku bude veľmi obtiažna. Hlavným zdrojom tu v súlade s § 67d Obchodného zákonníka ostanú výkazy účtovnej závierky, ktoré však vzhľadom na svoju statickosť a taktiež na skutočnosť, že zachytávajú len jeden konkrétny bod v čase, a to deň ku ktorému sa zostavuje

účtovná závierka, a nepredstavujú efektívny nástroj na zisťovanie hroziaceho úpadku. V prípade, ak by účtovníctvo nebolo riadne vedené, vychádza sa z predpokladaného stavu, ktorý by tu bol, ak by účtovníctvo bolo vedené riadne.<sup>34</sup>

## 4.2 Plnenie nahradzujúce vlastné zdroje a zákaz vrátenia vkladu

Novela Obchodného zákonníka vymedzuje pojem plnenie nahradzujúce vlastné zdroje. V zmysle § 67c Obchodného zákonníka sa za plnenie nahradzujúce vlastné zdroje jej financovania považuje úver alebo obdobné plnenie, ktoré mu hospodársky zodpovedá, poskytnuté spoločnosti v kríze. To platí rovnako pre plnenie poskytnuté spoločnosti pred krízou, ktorého splatnosť bola počas krízy odložená, alebo predĺžená. Z dôvodovej správy vyplýva, že podľa zákonodarcu situácia vo financovaní kapitálových obchodných spoločností zväčša navodzuje ten stav, že vlastné zdroje krytia majetku spoločnosti sú na veľmi nízkej úrovni a ak spoločnosť potrebuje ďalší kapitál na rozvoj, nie je jej poskytovaný cez ekvitu (ďalšími vkladmi), ale dlh („spriaznené“ cudzie zdroje) cez úvery (pôžičky) resp. cez právne formy, ktoré sa týmto formám približujú.<sup>35</sup> Účelom tejto novely tak bolo prekvalifikovanie týchto zdrojov financovania spoločnosti na tzv. podriadené pohľadávky. Ide teda o prekvalifikovanie cudzích zdrojov na vlastné zdroje financovania, na základe ktorého sú pohľadávky veriteľov z titulu plnení, poskytnutých v spoločnosti v kríze, zaraďované v konkurznom konaní nie do prvej triedy<sup>36</sup> na pomerné uspokojenie s ostatnými veriteľmi, ale spolu s pohľadávkami obsahujúcimi záväzok podriadenosti do ďalšej triedy.<sup>37</sup> Podriadenosť pohľadávok v zmysle ustanovení Obchodného zákonníka

<sup>34</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 87/2015 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony [online] <<http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&MasterID=5432>>.

<sup>35</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 87/2015 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

<sup>36</sup> ZKR už v súčasnom znení pojem triedy nerozlišuje. V súčasnosti sa uspokojujú skupine osobitne skupina zabezpečených veriteľov, nezabezpečených veriteľov a po ich úplnom uspokojení aj veritelia tzv. podriadených pohľadávok.

<sup>37</sup> VRÁBLOVÁ, S. Nahradí inštitút základného imania koncepcia primeranej kapitalizácie? In *Obchodné právo*. 2003, č. 1, s. 13.

však nemožno úplne stotožniť s podriadenosťou<sup>38</sup> pohľadávok v konkurze. Aj keď z dôvodovej správy zákonodarcu vyplýva, že podriadenosť pohľadávok spája s konkurzom, kedy vklady spoločníkov do spoločnosti považuje vo svojej povahe za podriadené budúce pohľadávky na likvidačnom zostatku. Podriadenosť pohľadávok v rámci ustanovení Obchodného zákonníka podľa nášho názoru zakladá zákaz uspokojovania pohľadávok, ktoré majú povahu plnenia nahradzujúceho vlastné zdroje v čase keď sa spoločnosť nachádza v kríze, teda Obchodným zákonníkom vymedzený okruh osôb nemôže byť uspokojený skôr ako ostatní veritelia. Vychádzame tu predovšetkým z toho, že zákaz vrátenia plnenia nahradzujúceho vlastné zdroje, sa vzťahuje aj na situácie, kedy spoločnosť prekoná krízu. Na druhej strane ochranný mechanizmus týchto ustanovení nastupuje až v čase keď je na spoločnosť vyhlásený konkurz a správca preskúma právne úkony spoločnosti ako dlžníka „ex post“, teda zahŕňa aj subordináciu týchto pohľadávok pod uspokojenie bežných veriteľov. Do tejto kategórie Obchodný zákonník automaticky na základe vyvrátiteľnej domnienky zahŕňa aj plnenia poskytnuté osobami u ktorých nie je možné zistiť konečného užívateľa výhod.<sup>39</sup>

Novela však nepostihuje žiadnym spôsobom plnenia poskytnuté spriazneným osobám ako spoločníkom, štatutárnym orgánom spoločnosti alebo inak spriazneným osobám alebo spoločnostiam, ktoré boli poskytnuté spoločnosti pred naplnením podmienok, za ktorých sa spoločnosť bude nachádzať v kríze. Práve uspokojovanie takýchto plnení predstavuje nebezpečenstvo pre bežných veriteľov, že ich pohľadávky nebudú uspokojené v plnej výške. V súčasnosti je však táto ochrana zabezpečená normami len konkurzného práva o odporovateľnosti právnych úkonov pri naplnení zákonných znakov jednotlivých skutkových podstát<sup>40</sup>.

Samotným účelom novely je, že plnenie nahradzujúce vlastné zdroje, t.j. úver alebo obdobné plnenie, ktoré mu hospodársky zodpovedá spolu s príslušenstvom a zmluvnou pokutou, nemožno vrátiť Obchodným zákonníkom

<sup>38</sup> ĎURICA, M. *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej Únii*. Bratislava: Eurokódex, 2012, s. 524.

<sup>39</sup> § 67c ods. 5 Obchodného zákonníka, kde zákonodarcu zavádza obrátené dôkazné bremeno v prípade krízového financovania schránkovými spoločnosťami.

<sup>40</sup> § 57 ZKR a nasl.

vymedzenému okruhu osôb, ak je spoločnosť v kríze. Takéto plnenia nahradzujúce vlastné zdroje nemôžu byť vrátené ani v prípade ak by sa v dôsledku takéhoto úkonu spoločnosť do krízy opätovne dostala. V tomto prípade porušením tohto zákazu budú aj viaceré čiastkové plnenia, v dôsledku ktorých sa spoločnosť dostane do krízy, aj keď jednotlivé plnenia sami o sebe túto skutočnosť nespôsobia. Dôkazné bremeno tu bude analogicky ako pri odporovaní právnych úkonov na správcovi<sup>41</sup>, aby preukázal príčinnú súvislosť medzi poskytnutím plnenia spoločnosťou a naplnením zákonných predpokladov o aplikovaní ustanovení o spoločnosti v kríze. Plnenie nahradzujúce vlastné zdroje vrátené v rozpore s týmto zákazom sa musí spoločnosti navrátiť, pričom za navrátenie osobne ručia spoločne a nerozdielne členovia štatutárneho orgánu, ktorí v čase vrátenia plnenia svoju funkciu zastávali. Obchodný zákonník teda bude postihovať vrátenie vkladu v rozpore s ustanoveniami o spoločnosti v kríze následkom bezdôvodného obohatenia, ktoré bude musieť osoba, ktorá sa na úkor spoločnosti bezdôvodne obohatila vrátiť späť spoločnosti. V prípade ak spoločnosť skončí v úpadku sa tieto úvery a obdobné plnenia poskytnuté spoločnosti budú v zmysle ZKR uspokojovať ako podriadené pohľadávky, teda až po úplnom uspokojení iných nezabezpečených pohľadávok zo všeobecnej podstaty.

Novela zároveň aj negatívne vypočítava plnenia nahradzujúcich vlastné zdroje, pri ktorých sa berie ohľad na plnenia alebo zábezpeky poskytnuté spoločnosti v rámci plnenia reštrukturalizačného plánu. Za plnenia nahradzujúce vlastné zdroje sa rovnako nepovažujú krátkodobé pôžičky s dobou splatnosti do 60 dní, odklad splatnosti záväzku z dodania tovaru alebo poskytnutia služby na dobu nepresahujúcu šesť mesiacov alebo bezodplatné poskytnutie vecí, práva alebo inej majetkovej hodnoty spoločnosti.

## 5 Záver

Dôsledkom uplatnenia ustanovení o spoločnosti v kríze je neprípustnosť vyplatenia úverov alebo iných obdobných plnení, ktoré im hospodársky zodpovedá spoločnosti spriazneným osobám. Štatutárny orgán spoločnosti musí odoprieť uspokojenie takýchto plnení napriek ich splatnosti

<sup>41</sup> ĎURICA, M. *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej Únii*. Bratislava: Eurokódex, 2012, s. 637.

a to až do času kedy sa spoločnosť z krízy dostane. V prípade ak spoločnosť skončí následne v úpadku tak v dôsledku tých ustanovení sa spriaznené osoby stávajú veriteľmi podriadených pohľadávok a môžu byť uspokojení až po úplnom uspokojení ostatných nezabezpečených veriteľov zo speňania majetku zo všeobecnej podstaty. Skutočnosť, že išlo o plnenie nahradzujúce vlastné zdroje bude závisieť od časového momentu poskytnutia tohto plnenia, kedy dôkazné bremeno bude na správcovi konkurznej podstaty, aby vedomosť spriazneného veriteľa preukázal. Vzhľadom na skutočnosť, že je tento moment viazaný na údaje vyplývajúce z účtovnej závierky, čo zodpovedá jednému konkrétnemu bodu v čase môže v praxi dochádzať k prikrášľovaniu hospodárskeho výsledku v účtovných závierkach.

Samotná ochrana veriteľov tu má spočívať v zákaze uspokojovania pohľadávok spriaznených veriteľov v čase krízy spoločnosti, teda aby v tomto čase nedochádzalo k znižovaniu majetku spoločnosti. Otázne tu ostáva, či samotné neznižovanie majetku spoločnosti spočívajúce v spomínanom zákaze bude predstavovať dostatočnú garanciu resp. zvýšenie šancí na vyššie uspokojenie pohľadávok veriteľov.

## Literature

ARMOUR, J. *Vulnerable transactions in corporate insolvency*. Oxford: Hart, 2003, 576 s. ISBN 9781847310088.

BELÁNOVÁ, K. Alternatívne zdroje financovania a ich využívanie v podmienkach SR. In *Biatec* [elektronický zdroj]. 2013, roč. 21 č. 3, s. 13., [cit. 10. 01. 2016] Dostupné na internete: <[http://www.nbs.sk/\\_img/Documents/\\_PUBLIK\\_NBS\\_FSR/Biatec/Rok2013/03-2013/03\\_biatec13-3\\_belanova.pdf](http://www.nbs.sk/_img/Documents/_PUBLIK_NBS_FSR/Biatec/Rok2013/03-2013/03_biatec13-3_belanova.pdf)>.

ČERNÁ, S. Majetkoprávní samostatnost kapitálové obchodní společnosti a vybrané aspekty ochrany jejích věřitelů In *Právní obzor*. 2014, roč. 97, č. 4. s. 333-343. ISSN 0032-698.

ČERNÁ, S. In ČERNÁ, S.; ŠTENGLOVÁ, I.; PELIKÁNOVÁ, I. a kol. *Právo obchodních korporací*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, 620 s. ISBN 978-80-7478-735-5.



- DOLNÝ, J. Možnosť tvorby ostatných kapitálových fondov vo vlastnom imaní kapitálovej spoločnosti In *Journal of Innovations and Applied Statistics* [elektronický zdroj]. 2013, roč. 3, č. 2, [cit. 10. 01. 2016] Dostupné na internete: <<http://jias.euke.sk/wp-content/uploads.2013/12/2-2013.pdf>>.
- DOLNÝ, J. „Ex ante“ ochrana veriteľov prostredníctvom testu solventnosti: komparácia významných návrhov a úprav tohto inštitútu. In SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J.; HUČKOVÁ, R. *Právo Obchod Ekonomika V*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2005, s. 101-108. ISBN 978-80-8152-315-1.
- ĎURICA, M. *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej Únii*. Bratislava: Eurokódex, 2012, 1152 s. ISBN 9788089603008.
- POSPÍŠIL, B. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácií. Komentár*. Bratislava: IURA EDITION, 2012, 650 s. ISBN 9788080784584.
- MAJKOVÁ, M. *Možnosti financovania malých a stredných podnikov v SR*. Brno: Tribun, 2008, 206 s. ISBN 9788073995904.
- VALACH, J. *Investiční rozhodování a dlouhodobé financování*. 1. vyd. Praha: EKOPRESS, 2001, 447 s. ISBN 978-80-86929-71-2.
- VEBER, J., SRPOVÁ, J. *Podnikání malé a střední firmy*. 1. vyd. Praha: Grada, 2005, 336 s. ISBN 978-80-247-4520-6.
- VLACHYNSKÝ, K. a kol. *Podnikové financie*. Bratislava: Súvaha, 1999, 524 s. ISBN 9788080782580.
- VRÁBLOVÁ, S. Nahradí inštitút základného imania koncepcia primeranej kapitalizácie? In *Obchodné právo*. 2003, č. 1, s. 13. ISSN 1335-6674.
- VRÁBLOVÁ, S. Základné imanie ako východisko zásady zachovania kapitálu. In *Obchodné právo*. 2003, č. 3, s. 20. ISSN 1335-6674.

### Contact – e-mail

*jaroslav.dobny@student.upjs.sk*

# Může být jednatel ustanoven do funkce jinak než valnou hromadou?

*Kateřina Eichlerová*

Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Česká republika

## **Abstract in original language**

Příspěvek se zabývá otázkou, zda se společníci mohou odchýlit od zákonné úpravy stanovující, že jednatele volí valná hromada, a zda mohou ve společenské smlouvě zakotvit, že jednatel je ustanoven do funkce jinak (např. zvolen dozorčí radou).

## **Keywords in original language**

jednatel; působnost valné hromady; statusová otázka.

## **Abstract**

The author will solve question if the members of company can stipulate by way of exclusion from a legal rule that the Executive is appointed to the position by the General Meeting and they can agree in the Article of Association that the Executive is appointed to the position in the other way (for example by the Supervisory Board).

## **Keywords**

Executive; Competence of the General Meeting; Status Question.

## **1 Úvod**

Mojí motivací pro přednesení příspěvku v rámci Dnů práva 2015 bylo na konkrétním případu ukázat, že otázka, jaké právní pravidlo je v korporátním právu kogentní a jaké dispozitivní, není otázkou jednoduchou, černobílou, a je třeba v konkrétním případě věc velmi pečlivě uvážít, abychom mohli uzavřít, zda se společníci mohou od zákonné úpravy v zakladatelském právním jednání odchýlit či nikoli.

V odborné veřejnosti nepanuje shoda o tom, která ustanovení zákona o obchodních korporacích jsou kogentní a která dispozitivní. Rozlišení

norem na kogentní a dispozitivní, resp. poznání jejich skutečného charakteru, má nebyvalý význam. Určuje totiž rámec, v kterém si společníci mohou nastavit vlastní úpravu fungování obchodní korporace odlišně od zákona. Pro adresáty právních norem by mělo být s ohledem na požadavek předvídatelnosti práva v zásadě zřejmé, kde jsou hranice jejich svobody při nastavení vnitřních pravidel konkrétní obchodní korporace. Základem pro vymezení tohoto prostoru je interpretace § 1 odst. 2 obč. zák., v němž zákonodárce vymezil kritéria pro určení, která ustanovení jsou kogentní a která dispozitivní<sup>1</sup>. V zásadě nejsou sporné závěry o kogentnosti těch zákonných ustanovení, v nichž je výslovně vyjádřen zákaz se od nich odchýlit (např. § 42 odst. 1 in fine z. o. k. o zákazu omezení či vyloučení přechodu podílu v akciové společnosti a družstvu či § 116 z. o. k. zakazující převodu podílu ve veřejné obchodní společnosti), či těch, která jsou v zákoně zakotvena na ochranu určité skupiny osob, zejména věřitelů (např. § 40 odst. 1 z. o. k. o testu insolvence) nebo menšinových společníků (např. § 171 odst. 2 z. o. k. zásadně chráníci neměnnost postavení společníka ve společnosti s ručením omezeným proti jeho vůli). S určitým zjednodušením lze říci, že největší míra neshody panuje v posouzení, co je podle § 1 odst. 2 in fine obč. zák. ve vztahu k právníkům osobám statusovou otázkou. Na jedné straně jsou formulovány závěry, že statusovou otázkou je vše, co souvisí se základní charakteristikou obchodní korporace a s její organizační strukturou, na druhé straně je statusová otázka chápána podstatně užěji jako jen ty základní znaky konkrétní formy obchodní korporace, které ji odlišují od ostatních forem a bez jejichž naplnění bychom již nemohli uvažovat o tom, že jde o konkrétní formu obchodní korporace. V otázce kogentnosti a dispozitivnosti tak panuje značný názorový rozptyl, který nepřispívá k právní jistotě adresátů právních norem.

Považuji za důležité zdůraznit hlavní účel kogentních a dispozitivních právních norem. Účelem kogentních norem v soukromém právu je omezit svobodu z důvodu ochrany jiných legitimních zájmů. Účelem dispozitivních norem pak je šetřit náklady adresátů právních norem spojených s tvorbou

<sup>1</sup> Podrobněji k interpretaci § 1 odst. 2 obč. zák. srov. PELIKÁN, R. Kogentní a dispozitivní ustanovení v novém zákonu o obchodních korporacích. *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 9, s. 246-250, ELIÁŠ, K. K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Bulletin advokacie*. 2015, č. 9, s. 13-24.

vlastních pravidel a poskytnout jim „záchrannou síť“ pro případ, že si vlastní úpravu neujednají, ať již záměrně nebo nevědomky.

Společnost s ručením omezeným je nejpočetnější formou obchodní korporace, svým počtem významně převyšující ostatní formy obchodních korporací. Považuji proto za užitečné v úvodu zmínit i to, že svět společností s ručením omezeným, na které je v tomto článku upřena má pozornost, je velmi různorodý. Nově zákon o obchodních korporacích nestanovuje na rozdíl od obchodního zákoníku žádný horní limit pro počet společníků (srov. § 105 odst. 5 obch. zák.) a je tak umožněno zvolit formu společnosti s ručením omezeným i v situacích, v kterých to předchozí právní úprava neumožňovala. Důležité je rovněž zmínit možnost vydání kmenových listů, což ve výsledku může vést k většímu rozvolnění vztahu mezi společností a jejími společníky a přiblížení se úpravě akciové společnosti. Na jedné straně tak máme společnosti s ručením omezeným s malým počtem společníků, na druhé straně není vyloučeno, že již existují či se teprve v budoucnu vyskytnou společnosti s vysokým počtem společníků (nad 100 společníků). I pokud jde o finanční sílu, pokrývají společnosti s ručením omezeným celé spektrum od malých či drobných podnikatelů až po velké podnikatele. Základní zákonem předvídanou možností, jak ustanovit jednatele do funkce, je volba valnou hromadou. Zákon sice připouští doplňkově i další možnosti ustanovení jednatele do funkce (o tom dále), ale základem je ustanovení § 190 odst. 2 písm. c) z. o. k. zakotvující do působnosti valné hromady volbu a odvolání jednatele. S ohledem na různorodost společností s ručením omezeným, kdy se můžeme setkat s velkými společnostmi co do počtu společníků, pro které ustanovování jednatele do funkce valnou hromadou se může jevit těžkopádným, nebo naopak s malými dosud na trhu neetablovanými společnostmi, u kterých může být velmi těžké pozici jednatele obsadit, protože je spojena s vysokou odpovědností a odměna se bude odvíjet od nejistého úspěchu na trhu či ze strany společnosti bude požadován bezplatný výkon funkce, se zákonná možnost nemusí jevit jako příliš vhodná. Tyto námátkou vybrané příklady mě vedou k závěru, že má význam se zabývat otázkou, zda je možné se v zakladatelském právním jednání od pravidla zakotveného v § 190 odst. 2 písm. c) z. o. k. o volbě jednatele valnou hromadou odchýlit nebo ne.

## 2 Zákonná úprava

Základním ustanovením při řešení otázky, jak je možno ustanovit jednatele do funkce, je, jak bylo již výše uvedeno, § 190 odst. 2 písm. c) z. o. k., který stanoví, že do působnosti valné hromady patří volba a odvolání jednatele. Na toto ustanovení navazuje i § 198 odst. 1 z. o. k., který předepisuje valné hromadě zvolit nového jednatele do 1 měsíce, uvolní-li se funkce jednatele v důsledku smrti jednatele, odstoupení nebo odvolání z funkce.

Výslovně zákon o obchodních korporacích připouští jiný způsob vzniku funkce jednatele ve dvou případech. Prvním je vznik funkce jednatele právnímu nástupci právnické osoby, která je jednatelem (§ 198 odst. 2 z. o. k.). Druhým je možnost zakotvit ve společenské smlouvě kooptaci (§ 194 odst. 2 ve spojení s § 444 odst. 1 z. o. k.). Náhradnictví podle § 194 odst. 2 ve spojení s § 444 odst. 2 z. o. k. nelze považovat za jiný způsob, protože tento způsob navazuje na působnost valné hromady a pouze odkládá vznik funkce na okamžik zániku funkce stávajícího jednatele.

Jiný odchylný způsob ustanovení jednatele do funkce mohou upravovat zvláštní zákony. Za zmínku stojí zák. č. 458/2000 Sb., energetický zákon, v platném znění, který výslovně v § 58c odst. 3 písm. a) ukládá nezávislému provozovateli přepravní soustavy, má-li formu společnosti s ručením omezeným, aby zřídil dozorčí radu. Jmenování jednatelů je pak svěřeno do její působnosti a je závislé na souhlasu Energetického regulačního úřadu [§ 58c odst. 1 a 3 ve spojení s § 58b odst. 3 písm. a)]. U provozovatele přepravní soustavy jde o speciální úpravu oproti zákonu o obchodních korporacích. Úpravu o ustanovení jednatele ve společnosti s ručením omezeným, která je provozovatelem přepravní soustavy<sup>2</sup>, považuji za kogentní, protože je součástí opatření zajišťující požadovanou nezávislost provozovatele přepravní soustavy. Jiný zákon, který by určoval jiný způsob ustanovení do funkce jednatele, jsem nedohledala.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Provozovatel přepravní soustavy v plynárenství je v současné době společnost NET4GAS, s. r. o.

<sup>3</sup> Tím opravdu myslím jiný způsob než volbu valnou hromadou. Nemám na mysli případy, kdy zvláštní zákony stanoví další předpoklady pro výkon funkce jednatele pro určitou specifickou konkrétní společností s ručením omezeným, např. stanovením okruhu osob, z nichž mohou být jednatele ustanoveny (např. podle § 15 odst. 3 zákona č. 85/1996, o advokacii, v platném znění, ve společnosti s ručením omezeným, jejímž předmětem podnikání je výkon advokacie, může být jednatelem jen některý ze společníků), nebo stanovení zvláštních předpokladů takových osob (např. přísnější požadavky na bezúhonnost nebo kvalifikaci jednatelů v určitých oblastech podnikání).

Základem je tak otázka, zda si společníci mohou ve společenské smlouvě stanovit jiný způsob ustanovení jednatele do funkce, než výslovně připouští zákon o obchodních korporacích.

Podíváme-li se na úpravu § 190 odst. 2 písm. c) z. o. k., tak odchylka není výslovně zakázána, tj. není dán důvod kogentnosti podle § 1 odst. 2 věta před středníkem obč. zák. Rovněž můžeme vyloučit, že veškeré odchylky by byly v rozporu s dobrými mravy či veřejným pořádkem, a to již proto, že zvláštní zákon odchýlnou úpravu pro případ provozovatele přepravní soustavy přímo předepisuje, a dále protože i v úpravě akciové společnosti, na kterou jsou kladeny přísnější požadavky než na společnost s ručením omezeným, je zákonem výslovně připuštěno, aby členové představenstva v dualistickém systému nebyli voleni valnou hromadou, ale dozorčí radou, určí-li tak statuty (§ 438 odst. 1 z. o. k.). Jinými slovy, to že jinou úpravu v obdobných případech zákon připouští či přímo předepisuje, je dostatečným argumentem proto, že nemůže jít a priori o případy, které jsou proti dobrým mravům či veřejnému pořádku. Odpověď na položenou otázku tak závisí na tom, zda zákonná úprava týkající se ustanovení jednatele do funkce je statusovou otázkou, od které se podle § 1 odst. 2 obč. zák. lze odchýlit anebo ne.

### 3 Ustanovení jednatele do funkce: jde o statusovou otázku?

Po výše provedených obecných výkladech, se můžeme pustit do řešení vlastní otázky. Může společenská smlouva stanovit, že jednatel je do funkce ustanoven jiným způsobem, než jak výslovně upravuje zákon? Jinými slovy, je výčet působnosti valné hromady určený v zákoně omezený?

Zastánci širšího výkladu statusové otázky se kloní k závěru, že statusovou otázkou obchodní korporace je vymezení obligatorně zřízovaných orgánů, stanovení působnosti těchto orgánů a určení pravidel rozhodování těchto orgánů (tj. zejména svolání zasedání, otázka jejich schopnosti se usnášet, otázky týkající se hlasovacích většin, apod.)<sup>4</sup>. Přikloníme-li se k tomuto

<sup>4</sup> Srov. např. Stanovisko občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 13. ledna 2016 k některým otázkám zápisů obchodních korporací do obchodního rejstříku sp. zn. Cpjn 204/2015, v němž se bez argumentace a bez významu ke zkoumané otázce v bodě I. uvádí, že „[u]stanovení § 777 odst. 4 z. o. k. se nedotýká statusových otázek, jako např. vymezení jednotlivých orgánů obchodních korporací a jejich působnosti, rozhodování orgánů (tj. zejména svolání, usnášeníschopnosti, hlasovacích většin, osvědčování rozhodnutí veřejnou listinou) atd.“

názorovému proudu, pak jsou dispozitivní jen ta ustanovení týkající se organizační struktury obchodní korporace, u nichž zákonodárce dispozitivnost výslovně připouští.

Zastánci užšího výkladu se kloní k závěru, že mezi statusové otázky patří jen základní otázky týkající se orgánů obchodní korporace, jejich působnosti a rozhodování.

Oba dva přístupy se tak podle mého shodnou v tom, že společnost s ručením omezeným musí mít alespoň jednoho jednatele, protože to je klíčový výkonný orgán společnosti a tento orgán nemůže být nahrazen žádným jiným. Stejně tak se domnívám, že i ohledně existence valné hromady a jejího minimálně ročního svolávání jako základní statusové otázky by mezi oběma přístupy mohla panovat shoda. V čem ale bude rozdíl, zaměříme-li se na zkoumanou otázku ustanovení jednatele do funkce, tak v tom, zda působnost valné hromady o volbě a odvolání jednatele je pro společnost s ručením omezeným jako konkrétní formu obchodní korporace natolik klíčová, že bude-li jednatel ustanovován jinak, tak bychom nemohli striktně vzato o společnosti s ručením omezeným vůbec uvažovat, resp. že volba jednatele valnou hromadou je jedinou funkční možností slučitelnou s formou společnosti s ručením omezeným. Tak tomu ale není. Podíváme-li se do německé úpravy, pak zjistíme, že sice primárně je volba jednatele svěřena do působnosti valné hromady, praxe uplatňuje i jiné přístupy a doktrína a soudy to akceptují, aniž by vznikala pochybnost o tom, zda tím není narušen charakter společnosti s ručením omezeným.<sup>5</sup>

Z těchto důvodů se přikláním se k zastáncům užšího výkladu statusové otázky, při níž je třeba každé konkrétní pravidlo podrobit materiálnímu přezkumu jeho funkčnosti, protože širší výklad shledávám formalistickým, v němž se ztrácí ratio jednotlivých pravidel. Na věc se můžeme podívat i z jiného úhlu pohledu: Je zákonodárce opravdu tak chytrý, že dokáže nastavit pravidla vnitřní organizace obchodní korporace tak, že jsou zcela vhodná pro všechny existující i budoucí společnosti s ručením omezeným?

<sup>5</sup> WIRTH, G.; ARNOLD, M.; MORSHÄUSER R. *Corporate Law in Germany*. 2. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010, s. 41.

Dílčí závěr, který tak činím, zní, že působnost valné hromady o volbě jednatele není statusovou otázkou, a ustanovení § 190 odst. 2 písm. c) z. o. k. nemá kogentní charakter a lze se od něj ve společenské smlouvě odchýlit.

#### 4 Odchylné možnosti ustanovení jednatele do funkce

Jaké možnosti se v zásadě nabízejí, resp. o jakých možnostech můžeme uvažovat? Možnosti odchylné úpravy nejsou samozřejmě neomezené, společníci jsou omezeni dobrými mravy a veřejným pořádkem, konkrétněji pak zákazem zneužití svého postavení. Za základní princip, který by měl být při odchylném způsobu ustanovení do funkce vždy dodržen, považuji, že musí být zajištěna odvolatelnost jednatele z funkce.

Shledávám, že případy, kdy je možné se odchýlit, od zákona můžeme rozdělit do tří kategorií. Za první, půjde o případy, kdy společenská smlouva odnímá volbu jednatele z působnosti valné hromady a svěřuje ji do působnosti jiného orgánu, typicky dozorčí radě. Do druhé skupiny můžeme zařadit ty případy, kdy právo ustanovit jednatele do funkce je přímo či nepřímo spojeno s konkrétním podílem. Do poslední kategorie pak řadím situace, kdy přímo či nepřímo je s konkrétním podílem spojena povinnost funkci jednatele vykonávat.

První možností je volba jednatele dozorčí radou, je-li zřízena, a svěřili-li tuto věc do její působnosti společenská smlouva. Argumenty mám následující: úprava dozorčí rady v úpravě společnosti s ručením omezeným v zákoně o obchodních korporacích je zcela kusá, a proto je možno využít § 10 odst. 2 obč. zák. a na základě analogie připustit použití pravidel o postavení dozorčí rady akciové společnosti i pro dozorčí radu společnosti s ručením omezeným. Lze argumentovat i tím, že společníci delegují svá práva zhmotněná v působnosti valné hromady na dozorčí radu. Vraťme se k energetickému zákonu, který byl zmíněn výše. Stanovuje-li energetický zákon jako zákon zvláštním, že do výlučné působnosti dozorčí rady provozovatele přepravní soustavy, jde-li o společnost s ručením omezeným, patří volba jednatele, a jde-li o zpřísnění pravidel oproti pravidlům obecným, tím spíše tato možnost nemá být upírána obecně všem společnostem s ručením omezeným, pokud se pro ni dobrovolně rozhodnou. V úvodu jsem zmínila velké společnosti s ručením omezeným. U nich by bylo smysluplné, aby ustanovení jednatele do funkce, schvalování jejich smluv o výkonu funkce a jejich



odměňování náleželo do působnosti dozorčí rady, která dokáže efektivněji než valná hromada reprezentující vysoký počet společníků zasáhnout, žádají-li si to potřeby společnosti. Nelze ani vyloučit, že jednatel bude volen do funkce jiným fakultativně zřízeným orgánem než dozorčí radou.<sup>6</sup>

Funkce jednatele může být obsazena i na základě tzv. vysílacího práva spojeného s konkrétním podílem, byť tato možnost není ani v německé právu jednoznačně přijímána<sup>7</sup>. Vysílací práva mohou mít podobu přímého nebo nepřímého oprávnění. Nepřímé oprávnění může spočívat v tom, že s konkrétním druhem podílu je spojeno právo navrhnout valné hromadě kandidáta na jednatele s tím, že ostatní druhy podílů toto oprávnění nemají. Jednatel je v takovém případě zvolen sice valnou hromadou, ale konkrétní společník či společníci s tímto zvláštním právem mohou určit osoby, z jejichž okruhu má valná hromada vybírat. Jde vlastně o dělenou kontrolu nad výběrem jednatele. Za přímé vysílací právo pak lze považovat případy, kdy konkrétní místo jednatele může svým rozhodnutím obsadit společník, jemuž to umožňuje zvláštní právo určit jednatele spojené s jeho podílem.

V úvodu jsem zmínila, že mezi statisíci existujících společností s ručením omezeným existují i ty společnosti, pro které může být velmi těžké získat třetí osoby pro výkon funkce jednatele, protože v zásadě takové osobě nemají co nabídnout. V těchto případech je pak žádoucí, aby funkce jednatelů vykonávali společníci. Mohou tak samozřejmě činit dobrovolně. To ale není příliš praktické řešení, protože podle zákona neexistuje možnost, jak je k výkonu jednatele přimět proti jejich vůli, nebude-li se chtít funkce jednatele nikdo dobrovolně ujmout a v důsledku toho bude společnosti hrozit zrušení (srov. § 198 odst. 3 z. o. k.). Nehledě k tomu, že i samotná absence jednatele je pro chod společnosti kritická i v jiných směrech (např. hrozí odchod zaměstnanců, ztráta obchodních partnerů, apod.). Společnost s ručením omezeným má smíšený charakter; v konkrétním případě mohou být více posíleny kapitálové nebo naopak osobní prvky. Obecně je přijímáno, že s podílem lze spojit povinnost osobní účasti na řízení a správě společnosti, tím spíše tak by tohoto účelu mělo být možno dosáhnout prostřednictvím povinnosti vykonávat funkci jednatele.

<sup>6</sup> Tamtéž.

<sup>7</sup> Tamtéž.

Obdobně jako u předchozí skupiny případů můžeme rozlišovat přímou a nepřímou povinnost vykonávat funkci jednatele. Za nepřímou povinnost vykonávat funkci jednatele považuji takovou situaci, kdy sice o zvolení do funkce jednatele rozhoduje valná hromada, ale v podílu společníka je obsažena povinnost funkci jednatele vykonávat, bude-li do ní valnou hromadou zvolen. Za přímou povinnost výkonu funkce jednatele pak považuji takový případ, kdy společník se stává jednatelem z důvodu, že je společníkem. V obou případech se úprava konkrétní společnosti s ručením omezeným velmi přibližuje úpravě týkající se společníků pověřených výkonem statutárního orgánu ve veřejné obchodní společnosti, nicméně není totožná. Ve společenské smlouvě nelze zakotvit neodvolatelnost jednatele z funkce, právě protože společnost s ručením omezeným má charakter smíšený, nikoli čistě kapitálový, ani čistě osobní. S povinností společníka vykonávat funkci jednatele nelze spojovat ve společenské smlouvě neodvolatelnost z funkce. Mám tak za to, že výše předestřené možnosti nejsou v rozporu s judikaturou Nejvyššího soudu ČR, konkrétně s usnesením sp. zn. 29 Cdo 968/2000 ze dne 11. 10. 2000<sup>8</sup>.

## 5 Závěr

Tímto článkem jsem chtěla přispět na konkrétním příkladu k diskusi o statusových otázkách právnických osob, od nichž je zakázáno se odchýlit. K diskusi odborné veřejnosti předkládám výše předestřený názor, že působnost valné hromady společnosti s ručením omezeným nepatří mezi statusové otázky, a proto mohou společníci zvolit k ustanovení jednatele do funkce ve společenské smlouvě odchýlné řešení.

## Literature

ELIÁŠ, K. K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. Bulletin advokacie. 2015, č. 9, s. 13-24.

<sup>8</sup> Závěr o zákazu založit neodvolatelnost jednatele ve společenské smlouvě odůvodnil Nejvyšší soud takto: „[o]bchodní zákoník, kterému je podřízena posuzovaná společenská smlouva, nepřipouští, aby společenská smlouva založila neodvolatelnost jednatele společnosti s ručením omezeným, jak to umožňuje pro statutární orgány osobních společností. U kapitálových společností vychází zákon z toho, že vazby mezi společností a společníkem nejsou osobní, ale kapitálové, a tomu je podřízena i úprava orgánů těchto společností. Jestliže tedy ustanovení § 125 odst. 1 písm. f) obch. zák. upravuje obecnou možnost odvolání jednatele valnou hromadou, nemůže společenská smlouva upravit jeho odvolání v rozporu s tímto koherentním ustanovením zákona.“

LASÁK, J.; POKORNÁ, J.; ČÁP, Z.; DOLEŽIL, T. a kol. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář. I. díl.* Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014.

PELIKÁN, R. Kogentní a dispozitivní ustanovení v novém zákonu o obchodních korporacích. *Obchodněprávní revue.* 2012, č. 9, s. 246-250.

ŠTENGLOVÁ, I.; HAVEL, B.; CILEČEK, F.; KUHN, P.; ŠUK, P. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář.* 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013.

WIRTH, G.; ARNOLD, M.; MORSHÄUSER R. *Corporate Law in Germany.* 2. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.

### **Contact – e-mail**

*eichlerk@prf.cuni.cz*

# Dlouhá, široká a krátkozraká novela slovenského zákona směnečného a šekového

*Zuzana Filipová*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## **Abstract in original language**

Příspěvek se zabývá připravovanou novelou slovenského zákona směnečného a šekového, která reaguje na masivní zneužívání směnek ve spotřebitelských vztazích. Deklarovaným cílem nové právní úpravy je zabránit zneužívání spotřebitelských směnek a ještě více (nad rámec zákonného zákazu používání směnky ve spotřebitelských vztazích) posílit ochranu spotřebitele. Zásadní změny se předpokládají u směnečných námitek, a to jak v rovině hmotněprávní (přímá novela čl. I § 17 ZSŠ se speciálními pravidly pro spotřebitelské směnky), tak v rovině procesní (zohlednění námitek spotřebitele soudem z úřední povinnosti). Autorka se zamýšlí nad některými aspekty této zásadní novely. Zaměřuje se na její osobní působnost, tedy zda dopadá pouze na spotřebitele nebo zda je její záběr širší. Dále pojednává o rozsahu námitek, které mají být do budoucna spotřebitelům zachovány, a kriticky se zabývá povinností soudu zkoumat tyto námitky i bez návrhu dlužníka.

## **Keywords in original language**

Slovensko; novela; směnka; spotřebitel; spotřebitelský vztah; námitky směnečných dlužníků

## **Abstract**

The article looks into prepared amendment of the Slovakia's law. Its amendment reacts to massive abuse of bill in consumer's relationships. The aim declared in a new legal arrangement is to protect abuse of consumer's bills and more over to stranger consumer protection (over the legal prohibition of using bill in consumer's relationships). Major amendments are supposed to be connected with bill exceptions in material as well as in procedural level. The author intends some aspects of this very fundamental amendment. She focuses in this personal authority. That means that this authority is able

to have an effect only on customer or its range is wider. She also deals with scope of exceptions whose are supposed to be kept for consumers. She critically deals with a court's obligation to look into these exceptions also without being suggested by consumers.

## Keywords

Slovakia; Amendment; Bill; Consumer; Consumer's Relationship; Exchange Debtor's Exceptions.

## 1 Východiska

Připravovanou novelou slovenského zákona směnečného a šekového a navazujících částí procesních předpisů reaguje zákonodárce na konkrétní medializovaný případ<sup>1</sup>. Slovenská spoločnosť Pohotovosť, s. r. o. poskytovala spotřebitelské úvěry, k jejichž zajištění vydávali spotřebitelé blankosměnek. Úrok sjednaný ve spotřebitelských smlouvách ve výši 0,25 % denně, tedy ve výši 91,29 % ročně, byl vtělen i do zajišťovacích lhůtních vistasměnek. Blankosměnky, jejichž výstavci nesplatili úvěr včas, doplnila úvěrová společnost na základě uděleného vyplňovacího práva na hotové směnky a následně je indosovala na českou společnost CD Consulting, s. r. o., která své nároky ze směnek uplatňovala u slovenských soudů. Jednalo se o masivní počet směnek s úrokovou doložkou, kterou některé soudy označily za nepřiměřenou. Soudy byly postaveny před otázku posouzení přiměřenosti sjednané výše úroku a vlivu sazby úroku na platnost směnky nebo samotné úrokové doložky. V názorech na předestřený problém se soudy odlišovaly a rozsudky, které byly vydávány ve skutkově obdobných věcech, se diametrálně rozcházelely. Některé soudy odmítly přiznat nároky ze směnky s poukazem na absolutní neplatnost dohody o směnečném vyplňovacím právu<sup>2</sup>, jiné návrh

<sup>1</sup> Nová kauza spoločnosti POHOTOVOSŤ, s. r. o. [online]. Roman Jurík. Advokátska kancelaria. Zverejnené dne 24. srpna 2015. [cit. 6. 1. 2016]. Dostupné z <http://pravne.eu/nova-kauza-spolocnosti-pohotovost/>; Návrh novely Občianskeho súdneho poriadku [online]. Roman Jurík. Advokátska kancelaria. Zverejnené dne 30. srpna 2015. [cit. 6. 1. 2016]. Dostupné z <http://pravne.eu/navrh-novely-obcianskeho-sudneho-poriadku/>

<sup>2</sup> Rozsudek Krajského súdu v Prešove ze dne 9. 9. 2015, sp. zn 4Co/202/2015, který potvrdil prvostupňové rozhodnutí, kterým byla žaloba jako celek zamítnuta.

zamítly pouze ve výši sjednaného nepřiměřeného úroku<sup>3</sup>. Třetí skupina rozhodnutí nárok ze směnky jako celek přiznala<sup>4</sup> s odkazem na abstraktní povahu směnky

Existují dva způsoby řešení, jak do budoucna obdobným situacím předcházet, a pokud k nim dojde, jak se k nim postavit. Buď ponechat řešení na soudech a vytvořit ustálenou judikaturu nebo učinit přímý zásah do právní úpravy.

Na Slovensku se vydali druhou cestou, cestou novely směnečného a šekového zákona a na ni navazujících procesních pravidel.

Zákonodárce vytkl nové právní úpravě následující základní cíle<sup>5</sup>:

1. „zvýšiť ochranu spotrebiteľa v súdnych konaniach pred všeobecnými súdmi v SR,
2. (...) zamedziť, aby ďalej dochádzalo k zneužitiu niektorých právnych inštitútov (napr. smenky) proti spotrebiteľom,
3. (...) zabezpečiť, aby nedochádzalo ďalej k vydávaniu rozsudkov, ktoré potvrdzujú nároky veriteľov dosahujúce príslušnosť vo výške dosahujúcej úzkeru (napríklad viac ako 90% p. a.).“

Za účelem realizace cílů vytyčených zákonodárcem jsou navrženy změny zákona směnečného a šekového, občanského soudního řádu, exekučního řádu a zákona o spotřebitelských úvěrech. Zákon je bezprostřední reakcí na situaci, ve které soudy nezohlednily ustanovení chránící spotřebitele, v konkrétním případě ochranu před nepřiměřenými ujednáními, s poukazem na abstraktní povahu směnky. Novela však nezohledňuje pouze tyto situace, ale poskytuje spotřebiteli ochranu širší, v některých ohledech dokonce i nad rámec ochrany jemu poskytované v běžných závazkových vztazích. Domnívám se, že takto široce pojatá ochrana spotřebitele narušuje podstatu

<sup>3</sup> Rozsudek Okresného soudu v Bratislavě ze dne 14. 9. 2015, sp. zn. 1CbZm/95/2014 ve své druhé polovině odkazuje na usnesení soudu, kterým byl zamítnut návrhy na vydání pověření soudního exekutora co do výše úroku 0,25% denně s odůvodněním, že je jedná o právem nedovolené plnění povinného.

<sup>4</sup> Jako příklad lze uvést Rozsudek Okresného soudu Lečenec ze dne 28. 9. 2015, sp. zn. 5C/51/2014 nebo Rozsudek Okresného soudu Levice ze dne 14. 9. 2015, sp. zn. 7C/165/2013.

<sup>5</sup> Důvodová zpráva k zákonu, kterým sa mení a dopĺňa zákon č. 99/1963 Zb. a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony. In: Parlamentné tlač [online], Národná rada Slovenskej republiky, Parlamentná tlač 1684, [cit. 20. 12. 2015]. Dostupné z <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/cpt&ZakZborID=13&CisObdobia=6&ID=1684>

směnky a některých základních principů směnečného práva. Zásah zákonodárce lze přirovnat ke známému příběhu mouchy sedící na okně, která byla zneškodněna kladivem. Zároveň s usmrčením mouchy bude rozbito nejen celé okno, ale v případě zákonodárce i celý dům. Tedy k použití prostředků nepřiměřených situací.

Ke dni vzniku písemného příspěvku je legislativní proces podle dostupných informací z internetových stránek Národní Rady Slovenské republiky ve stavu, kdy zákon prošel třetím čtením v Národní radě a byl předložen prezidentovi. Prezident zákon vrátil zpět Národní radě<sup>6</sup>.

Dne 1. 7. 2016 nabývá účinnosti zákon č. 160/2015 Zz., civilný sporový poriadok. Tento předpis mimo jiné deroguje i zákon č. 99/1963 Zb., občanský súdny poriadok. Nově přijatý procesní předpis procesní změny, jak jsou stanoveny v připravované novele, téměř nepřejímá. Nový procesní předpis obsahuje zvláštní úpravu spotřebitelským smluv<sup>7</sup>, hovoří však toliko o spotřebiteli, institut osoby, jejíž závazanost vznikla ze směnky, a na ni navazující vyvratitelnou domněnku, nepřejímá. Zákonodárce vypouští z právní úpravy institut směnečného platebního rozkazu. Důvodem změny je podle důvodové zprávy zákaz použití směnky ve spotřebitelských vztazích podle § 5a zákona č. 250/2007 Zz., o ochrane spotrebiteľa, neboť ve zkráceném řízení nemá soud možnost posoudit, zda směnka souvisí s kauzálním spotřebitelským vztahem či nikoli.<sup>8</sup>

## 2 Konkrétní navrhované změny

### 2.1 Zákon směnečný a šekový

Změny v zákoně směnečném a šekovém se promítají do dvou ustanovení, konkrétně čl. I § 17 a čl. III § 3a ZSS. V ustanovení čl. I § 17 ZSS se navrhuje k současnému textu doplnit: „*Ak je žalovaný zo zmenky ten, koho*

<sup>6</sup> Detaily návrhu zákona ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 99/1963 Zb. a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony. In: *Zákony* [online], Národná rada Slovenskej republiky, [cit. 9. 1. 2016]. Dostupné z <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&ZakZborID=13&CisObdobia=6&CPT=1684>

<sup>7</sup> Ust. § 290 a násl. zákona č. 160/2015 Zz., civilný sporový poriadok.

<sup>8</sup> Důvodová zpráva k zákonu č. 160/2015 Zz., civilnému sporovému poriadku § 22. In: *Parlamentné tlač* [online], Národná rada Slovenskej republiky, *Parlamentná tlač* 1333, [cit. 15. 1. 2016]. Dostupné z <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/cpt&ZakZborID=13&CisObdobia=6&ID=1333>

*zaviazanosť zo zmenky vznikla v súvislosti so spotrebiteľskou zmluvou, možno majiteľovi robiť námietky, ktoré sa zakladajú na jeho vlastných vzťahoch k vystaviteľovi alebo k predošlým majiteľom vždy.*“ Tento text má byť označen spoločne s pôvodným ustanovením jako prvni odstavce § 17. Dále má být doplněn druhý odstavec v tomto znění: „*V konaní, v ktorom sa uplatňuje alebo vymáha nárok zo zmenky, sa z úradnej povinnosti pribliadne na skutočnosti odôvodňujúce námietky podľa odseku 1, ktoré by ten, kto je žalovaný zo zmenky mohol uplatniť, ak jeho zaviazanosť zo zmenky vznikla v súvislosti so spotrebiteľskou zmluvou.*“ Článek III § 3a ZSS zní: „*Neplatné sú zmenkové alebo šekové prejavy urobené v rozpore so zákazom použitia zmenky na zabezpečenie uspokojenia pohľadávky alebo splnenie záväzku zo spotrebiteľskej zmluvy podľa osobitných predpisov.*“

## 2.2 Občanský soudní řád

Nejpodstatnější změny v zákoně č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok se mají týkat § 79 OSŘ, v doplnění nových odstavců 3 a 4, které znějí: „(3) *Ak ide o žalobu, ktorou sa uplatňuje nárok zo zmenky alebo šeku proti žalovanému, ktorý je fyzickou osobou, žalobca je povinný opísať aj rozhodujúce skutočnosti týkajúce sa vlastného vzťahu so žalovaným, a ak ide o žalobcu, ktorý svoje právo preukazuje nepretržitým radom indosamentov, skutočnosti týkajúce sa vlastného vzťahu jeho právnych predchodcov so žalovaným. K žalobe sa pripojí zmenka alebo šek a ďalšie listiny potrebné na uplatnenie práva z nich. Ak zmenka alebo šek boli vystavené na zabezpečenie záväzkov z písomnej zmluvy, pripojí sa k žalobe aj táto zmluva.* (4) *Ak nie je dokázaný opak, platí, že nárok zo zmenky alebo šeku proti žalovanému, ktorý je fyzickou osobou, vznikol v súvislosti so spotrebiteľskou zmluvou.*“ Novela dále zavádí v § 114 odst. 2 OSŘ poučovací povinnost soudu, podle které pokud se jedná o věci týkající se uplatňování nároků ze směnky, která vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou, soud žalovaného poučí i možnosti uplatňovat námietky podle zvláštního předpisu.

## 2.3 Exekuční řád

Jako procesní změnu lze označit i část novely týkající se zákona č. 233/2995 Z.z., exekučného poriadku. Oprávněný bude povinen v návrhu na vykonání exekuce na podkladě rozhodnutí, kterým se přiznal nárok ze směnky proti povinnému, který je fyzickou osobou, popsat i rozhodující skutečnosti týkající se vlastního vztahu s povinným. K návrhu na nařízení



exekuce bude dále povinen připojit důkazy, které by tyto skutečnosti osvědčovaly. Další navrhované změny se týkají doplnění výčtu situací, kdy soud zamítne návrh o udělení pověření na vykonání exekuce, v konkrétním znění: „*Súd žiadosť o udelenie poverenia na vykonanie exekúcie uznesením zamietne aj vtedy, ak sa navrhuje vykonanie exekúcie na podklade exekučného titulu, ktorý bol vydaný v konaní, v ktorom sa uplatňoval nárok zo zmenky a vyšlo najavo, že vymáhaný nárok vznikol v súvislosti so spotrebiteľskou zmluvou a nebo pribliadnuté na neprijateľné zmluvné podmienky, obmedzenie alebo neprípustnosť použitia zmenky, alebo rozpor s dobrými mravmi.*“ Dále je zavedena nová povinnost soudu zastavit exekuci v případě, že „*rozhodnutie, ktoré je podkladom na vykonanie exekúcie, bolo vydané v konaní, v ktorom sa uplatňoval nárok zo zmenky a vyšlo najavo, že vymáhaný nárok vznikol v súvislosti so spotrebiteľskou zmluvou a nebolo pribliadnuté 1. na neprijateľné zmluvné podmienky, 2. Obmedzenie alebo neprípustnosť použitia zmenky, alebo 3. rozpor s dobrými mravmi alebo so zákonom.*“

Navrhovanými změnami exekučního řádu se nebudu dále podrobněji zabývat, uvádím je pouze pro doplnění.

### 3 Osobní působnost, aneb osoba, jejíž závazanost ze směňky vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou

Důvodová zpráva spojuje osobu, kterou je třeba chránit, výlučně s označením „spotřebitel“. Návrh zákona již s tímto exaktním pojmem nepracuje. Namísto spotřebitele, který je obsahem i zákonných definicí,<sup>9</sup> volí sousloví **osoba, jejíž závazanost ze směňky vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou**. Adresáta normy však ve svém textu blíže nespecifikuje, nedefinuje, ani neodkazuje na jiný právní předpis, který by s tímto pojmem pracoval.

Při hledání skutečného adresáta ochrany stanovené předpisem se v zásadě nabízí dva směry, širší a užší výklad právní normy. V prvním případě lze pojem osoba, jejíž závazanost ze směňky vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou, interpretovat široce. Podle jazykového výkladu by se právní úprava vztáhla na kohokoli, kdo je jakýmkoliv způsobem směňky zavázán,

<sup>9</sup> Ust. § 52 odst. 4 zák. č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník, ve znění účinném ke dni 1. 1. 2016 nebo § 2 písm. a) zákona č. 250/2007 Z.z., o ochraně spotřebitele, ve znění účinném ke dni 1. 11. 2015.

a jehož závazek vznikl v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou. Právní úprava by v takovém případě dopadla nejen na spotřebitele, ale například i na právnické osoby v postavení ručitele spotřebitele, nebo podnikatele v postavení ručitele, podnikatele v postavení postupníka a podobně. Široce nastavenou ochranu, která by měla směřovat pouze vůči spotřebiteli, by tak mohli využít i nespotebřitelé.

Druhý způsob interpretace, užší, jde nad rámec jazykového znění navrhovaného ustanovení. Dle důvodové zprávy je cílem navrhované právní úpravy chránit spotřebitele. S tímto označením pracuje celá důvodová zpráva a ani v náznaku se v ní, podle mého názoru neobjevuje, že by ochrana měla být poskytována i jiným osobám, které spotřebitelem nejsou, přestože mohou mít při uzavírání smluv obdobné postavení. Pojem osoba, jejíž závaznost ze směny vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou, by proto měl být vykládán v souladu s pojmem spotřebitel, jak s ním pracuje důvodová zpráva, občanský zákoník nebo zákon na ochranu spotřebitele.

### 3.1 Posílení procesního postavení fyzické osoby

Navrhované ustanovení § 79 odst. 4 OSŘ zavádí vyvratitelnou právní domněnku ve prospěch žalovaného, fyzické osoby. Podle této normy platí, že je-li žalovaným ze směny fyzická osoba, a není prokázán opak, platí, že její závaznost ze směny vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou.

U vyvratitelné domněnky lze rozlišit dvě její části. Skutkovou bázi domněnky a to, co se presumuje<sup>10</sup>. „*Zákonná domněnka mění téma dokazování: předmětem dokazování jsou totiž skutečnosti, které odpovídají skutkovým znakům báze domněnky. Procesní strana, které svědčí důkazní domněnka, tak musí prokazovat pouze skutečnosti, které tvoří skutkovou bázi domněnky.*“<sup>11</sup> V popisovaném případě je bázi domněnky „fyzická osoba“. Pokud osoba, v jejíž prospěch je domněnka postavena – fyzická osoba, prokáže, že je fyzickou osobou, bez dalšího se na ni aplikuje druhá část domněnky, tedy to co se presumuje – v tomto případě, že její závaznost ze směny vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou.

<sup>10</sup> LAVICKÝ, P. § 133 (zákoné vyvratitelné domněnky) In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský soudní řád I - praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. V tisku.

<sup>11</sup> Tamtéž.

Účinky domněnky lze vyloučit dvojí cestou – protidůkazem nebo důkazem opaku. Protidůkaz směřuje proti bázi domněnky<sup>12</sup>. Nezatížená strana musí prokázat, že nebyla splněna báze domněnky, skutečnosti, na které se váže presumovaná část domněnky. Druhým způsobem, jak lze odvrátit účinky domněnky, je důkaz opaku. Na rozdíl od protidůkazu se neváže na bázi domněnky, ale proti tomu, co se jí presumuje.<sup>13</sup>

Bude věcí žalobce, jako nezatížené strany, aby soudu nabídl důkazy k vyvrácení domněnky. Žalobce bude mít dvě možnosti, směřovat námitky proti bázi domněnky, nebo proti tomu, co domněnka presumuje. Pokud prokáže, že žalovaným ze směnky není fyzická osoba, nemusí prokazovat její vztah ke spotřebitelské smlouvě, neboť takový důkaz je směřován již proti bázi domněnky. Druhou možností pak důkaz opaku, kdy žalobce musí prokázat, že závaznost žalované osoby, přestože se jedná o fyzickou osobu, nevznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou.

S aplikací procesního ustanovení vyvstávají další otázky, jejichž řešení ponechám stranou. V první řadě je to prokazování postavení žalovaného. Bez pochybností bude důkazy o postavení žalovaného předkládat žalobce, neboť v jeho zájmu je vyloučení aplikace ustanovení na ochranu spotřebitele. Může nastat ale situace, že žalobce z nějakého důvodu opomene, nenavrhne důkaz, kterým by byl dokázán opak. Nabízí se otázka, zda soud, pokud má ex offo povinnost přihlížet k ustanovením na ochranu spotřebitele, bude mít naopak i povinnost, bez aktivity žalobce, provést důkaz, kterým by bylo prokázáno, že žalovaný není spotřebitelem.

Při zohlednění procesního kontextu se nabízí přehodnocení cílů právní úpravy a s tím i souvisejícího výkladu pojmu osoba, jejíž závaznost vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou. Zda takto široce koncipovaná právní úprava není záměrem racionálního zákonodárce. Tedy zda záměr právní úpravy je chránit pouze spotřebitele jako fyzickou osobu, nebo

<sup>12</sup> Tamtéž. Pro srovnání MACUR, J. *Důkazní břemeno v civilním soudním řízení*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 57. „Jestliže je v případě vyřaditelné právní domněnky nutno na základě určitých prokázaných skutečností (...) bez dalšího usuzovat na existenci (či neexistenci) jiných skutečností, pak právním účinkům skutkového obsahu právní domněnky se může ten, proti němuž domněnka svědčí, vyhnout pouze tím, že existenci presumovaných skutečností vyvrátí, tj. podá důkaz jejich opaku.“

<sup>13</sup> LAVICKÝ, P. § 133 (zákonně vyřaditelné domněnky) In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský soudní řád I - praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. V tisku.

i osoby právnické, pokud se nachází v obdobném postavení jako spotřebitel, osoby ve vztahu občanskoprávním, bez statusu podnikatel nebo spotřebitel. Fyzické osoby by byly pouze oproti ostatním zvýhodněny existencí vyvratitelné právní domněnky, protože by nemusely prokazovat, při dovolávání se navrhované hmotněprávní úpravy, že jejich závázanost ze směňky vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou. Právnické osoby, pokud by chtěly požívat hmotných práv z navrhovaných ustanovení, by samy musely prokazovat, že jejich závázanost ze směňky vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou<sup>14</sup>. Cesta široké hmotněprávní ochrany by pro pro ně tedy nebyla uzavřena, pouze by k ní měly ztížený přístup.

S ohledem na výše uvedené se nabízí varianta, že zákonodárce zamýšlel upravit ochranu osob závázaných ze směňky tak široce, aby chránila nejen spotřebitele jako fyzické osoby, ale i nespotebitele, jehož závázanost ze směňky vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou. Aby se ale odlišilo procesní postavení spotřebitelů a jiných osob, zamýšlí právní úprava zavést vyvratitelnou domněnku ve prospěch fyzických osob, že pokud nebude prokázán opak, má se za to, že jejich závázanost ze směňky vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou.

#### 4 Námitky z vlastních vztahů

Námitky z vlastních vztahů, které zmiňuje čl. I § 17 ZSŠ, bývají označovány různě. J. Kotásek hovoří o osobních námitkách<sup>15</sup>, Z. Kovařík<sup>16</sup> a R. Chalupa<sup>17</sup> volí pojem námitky relativní. Bez ohledu na označení, se vždy jedná „(...) *vylučně o námitky, jejichž původ leží v obecněprávních vztazích, které směňku provádějí.*“<sup>18</sup> Jak uvádí J. Kotásek, „(...) *mezi prvními účastníky směňky jsou vlastní vztahy*

<sup>14</sup> Jako příklad se nabízí situace, kdy fyzická osoba v postavení spotřebitele uzavře úvěrovou smlouvu, k jejímuž zajištění vyplní blankosměňku a udělí směnečné vyplňovací právo. Tato fyzická osoba je však současně jediným společníkem a jednatelem např. společnosti s ručením omezeným. „Úvěrová společnost“ proto přiměje fyzickou osobu, aby jako jednatel avaloval vystavenou blankosměňku. Závázanost společnosti s ručením omezeným ze směňky vznikne v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou, a proto by se v budoucnu mohla i společnost s ručením omezeným dovolávat navrhovaných ustanovení zákona směnečného a šekového.

<sup>15</sup> KOTÁSEK, J. *Námitky směnečných dlužníků*. Brno: Tribun EU, 2007, s. 68.

<sup>16</sup> KOVAŘÍK, Z. *Zákon směnečný a šekový. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 94.

<sup>17</sup> CHALUPA, R. *Zákon směnečný a šekový. Komentář 1. díl směňky*. Praha: LINDE PRAHA, a. s., 2006, s. 165.

<sup>18</sup> KOVAŘÍK, Z. *Zákon směnečný a šekový. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 95.

*(kauzální či jiné) a je logické, že je dlužníci mohou využít ke své obraně formou námitky. “<sup>19</sup> „Relativní námitka je založena na tvrzení, že mimo směnečný vztah existuje okolnost, v důsledku které uplatnění směnečné pohledávky není řádným výkonem směnečného práva. “<sup>20</sup>*

Popisované námitky se týkají vztahů dlužníka a majitele směnky, které leží mimo směnečnou listinu. Vedle kauzálních námitek zahrnují i námitky z mimosměnečných dohod mezi dlužníkem a věřitelem ohledně směnečné obligace a námitky zániku směnečného závazku<sup>21</sup>.

Podstatou kauzálních námitek je namítání absence, neplatnosti či jiné vady kauzálního vztahu<sup>22</sup>, tedy konkrétního hospodářského důvodu vydání směnky. Pokud je tímto důvodem vydání směnky smlouva uzavřená podle zákona č. 40/1964 Zz., občiansky zákonník, bude její platnost posuzována podle tohoto předpisu. V případě, že se bude jednat o spotřebitelskou smlouvu, bude třeba při posuzování její platnosti, případně platnosti některého z jejích ustanovení, zohlednit i jiné předpisy mířící na ochranu spotřebitele a zakládající případnou neplatnost spotřebitelské smlouvy. Platnost nebo neplatnost smlouvy, která je podkladem kauzálního vztahu, však sama o sobě nemá vliv na platnost směnky jako takové. Dlužník však může neplatnost kauzálního vztahu vůči věřiteli namítnout, a to právě v podobě námitky z kauzálních vztahů za podmínek stanovených v čl. I § 17 ZSŠ.

Námitkami z vlastních vztahů jsou i námitky z mimosměnečných dohod<sup>23</sup>. Příkladem může být situace, kdy mezi věřitelem a dlužníkem bude ujednána prolongace směnky, aniž by byla ve směnce vyznačena. Pokud věřitel v rozporu s touto dohodou uplatní své nároky ze směnky, může se dlužník bránit námitkami v rozsahu čl. I § 17 ZSŠ.

Jako námitku zániku směnečného vztahu lze uvést příklad námitku započtení, kdy dlužník svoji povinnost platit ze směnky započte vůči povinnosti věřitele platit pohledávku, kterou má vůči dlužníkovi<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> KOTÁSEK, J. *Zákon směnečný a šekový*. Komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 138.

<sup>20</sup> CHALUPA, R. *Zákon směnečný a šekový*. Komentář 1. díl směnky. Praha: LINDE PRAHA, a. s., 2006, s. 165.

<sup>21</sup> KOTÁSEK, J. *Námitky směnečných dlužníků*. Brno: Tribun EU, 2007, s. 68.

<sup>22</sup> Tamtéž.

<sup>23</sup> KOTÁSEK, J. *Námitky směnečných dlužníků*. Brno: Tribun EU, 2007, s. 69.

<sup>24</sup> Tamtéž.

Důvod vyloučení možnosti vznášet námitky z vlastních vztahů, vyjma zákonné výjimky, je nasnadě. „*Vyloučení námitek z vlastních vztahů je základní vlastností, která usnadňuje oběh směnky a umožňuje jí plnit své hlavní funkce. Indosatář nabývá práv ze směnky přímo a nevstupuje do občeneprávních vztahů se směnkou souvisejících. (...) Rubopis zhoršuje pozici každého dlužníka a připravuje jej o obranu, kterou by měl u běžného postoupení pohledávky.*“<sup>25</sup>

Navrhované znění ustanovení stanoví, že námitky z vlastních vztahů může ten, jehož závaznost vznikla v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou, uplatnit vůči majiteli směnky nebo k předešlým vlastníkům vždy. Takto široce formulovaná přípustnost námitek z vlastních vztahů tak zcela potírá garanční účinky indosamentu a fakticky jej staví, co do účinků, do role obyčejného postoupení pohledávky. Přestože navrhované znění míří na situace, kdy je původní kauzální vztah zatíženou vadou, spočívající v porušení předpisů na ochranu spotřebitele, jeho záběr je širší. Námitky z vlastních vztahů totiž nezahrnují jen námitku neplatnosti kauzálního vztahu, ale například i námitku zániku pohledávky započtením, a to třeba i vůči předchozím majitelům.

Navrhované znění ustanovení činí z relativních námitek co do účinku de facto námitky absolutní, tedy takové, které je možné vznášet vždy vůči v úvahu přicházejícímu majiteli listiny<sup>26</sup>. Domnívám se, že takto široce nastavený rozsah přípustných námitek, jde nad rámec ochrany spotřebitele, který sleduje navrhovaná novela. Postačujícím by bylo ponechat dlužníkovi pouze námitky kauzální, a to např. neplatnost smlouvy nebo některého jejího ustanovení a námitku zániku směnečného vztahu zaplacením.

## 5 Povinnost soudu zkoumat námitky ex offa

Zakotvení povinnosti soudu přihlížet vždy a z úřední povinnosti k ustanovením na ochranu spotřebitele je odůvodněno mimo jiné judikaturou Evropského soudního dvora, konkrétně rozhodnutím ve věci Česká

<sup>25</sup> KOTÁSEK, J. *Zákon směnečný a šekový. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 137.

<sup>26</sup> Chalupa. R. *Zákon směnečný a šekový. Komentář 1. díl směnky*. Praha: LINDE PRAHA, a. s., 2006, s. 165.

spořitelna, a. s. proti G. F. a stanoviskem generální advokátky v této věci.<sup>27</sup> Domnívám se, že zmíněné rozhodnutí nedopadá na stejnou situaci a nelze z něj dovodit generální povinnost soudu zkoumat postavení fyzické osoby, zda se jedná o spotřebitele či nikoli. V posuzovaném případě se soud postavením žalovaného jako spotřebitele totiž zabýval až na jeho návrh, tedy v situaci, kdy žalovaný projevil iniciativu a sám se za spotřebitele označil. I přestože tedy není odkaz na rozhodnutí podle mého mínění zcela korektní, nebrání nic Slovenskému zákonodárci, aby přijal opatření chránící spotřebitele nad rámec požadavků na jeho ochranu stanovených Evropskou unií. Povinnost soudu přihlížet z úřední povinnosti k námitkám dlužníka se týká všech námitek z vlastních vztahů, tak jak byly popsány v předchozí kapitole. Nejenže tedy dlužník může uplatňovat tyto námitky sám, z vlastní iniciativy, ale soud má zákonem stanovenou povinnost zkoumat, zda neexistuje nějaká námitka z vlastních vztahů, kterou by dlužník nemohl uplatnit, a pokud dospěje ke kladnému závěru, tuto námitku, třeba i proti vůli dlužníka, zohlednit. Tedy nejen námitka neplatnosti kauzálního vztahu, ale i třeba existenci mimosměnečné dohody nebo námitka započtení, a to nejen ve vztahu mezi dlužníkem a žalobcem, ale i ve vztahu mezi dřívějšími vlastníky směnky, tedy indosatři, musí být soudem brána v potaz.

Aby soud mohl tuto svoji povinnost splnit, zakládá § 79 odst. 3 OSŘ žalobci novou procesní povinnost pro případ, že žalovaným ze směnky je fyzická osoba. Žalobce musí v takovém případě v návrhu popsat i rozhodné skutečnosti týkající se vlastního vztahu s žalovaným a k osvědčení těchto informací

<sup>27</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 3. 2013, věc C – 419/11. Společnost Feichter – CZ, s. r. o. vystavila v Brně blankosměnku na řad České spořitelny. Směnka podepsaná za společnost Feichter jejím jednatelem G. Feichterem byla vystavena za účelem zajištění závazku této společnosti vyplývajících ze smlouvy o kontokorentním úvěru, uzavřené téhož dne uvedenou společností s Českou spořitelnou. Gerald Feichter, který má bydliště v Rakousku, podepsal rovněž jako fyzická osoba směnku na líci s doložkou per aval. Česká spořitelna zahájila u Městského soudu v Praze řízení o vydání směnečnému platebnímu rozkazu, ve kterém o Feichterovi požaduje zaplacení směnečného penize. V průběhu tohoto řízení G. Feichter namítal, že s ohledem na skutečnost, že jeho bydliště je v Rakousku, není Městský soud v Praze příslušný. Předkládající soud si klade otázku, zda nároky vyplývající ze směnky, o níž se jedná v původním řízení, mohly být kvalifikovány jako nároky ze smlouvy ve smyslu čl. 5 bodu 1 písm. a) nařízení č. 44/2001 navzdory skutečnosti, že podle českého práva je směnka abstraktním cenným papírem, který nemá smluvní povahu, ačkoli je zhmotněním smlouvy. (Tedy zda Feichter směnku avaloval jako spotřebitel).

předložit soudu další listiny. V důsledku k uplatnění práva ze směnky vůči fyzické osobě proto nestačí předložit směnku, ale je třeba soudu nabídnout i důkazy týkající se její kauzy. K uplatnění práv ze směnky tak nebude postačovat pouhá směnka, ale i listiny vážící se k hospodářskému vztahu, na základě kterého byla směnka vystavena. Povinnost tvrzení a důkazní však nesměřuje pouze k remitentovi směnky, ale týká se i budoucích indosatářů. Indosatář vedle nepřetržité řady indosantů musí rovněž prokázat skutečnosti týkající se vlastního vztahu indosantů a žalovaného.

Odrážem tohoto pravidla je degradace směnky jako abstraktního cenného papíru na cenný papír kauzální. Byť kauza směnky i nadále nemusí být ve směnce vyjádřena, žalobce musí být připraven ji při uplatnění práv ze směnky prokázat. Stejnou povinnost však má i indosatář. Aby mohl v budoucnu úspěšně uplatnit práva ze směnky, nevystačí si pouze se směnkou samotnou, ale při nabývání by měl obdržet rovněž komplex dokumentů týkající se hospodářského důvodu vydání směnky.

## 6 Shrnutí

Hlavním záměrem připravované novely je ochránit spotřebitele před zneužíváním směnek, které se stává trendem úvěrových společností. Nástroje, které zákonodárce zvolil, však dopadají na širší okruh subjektů, než jsou spotřebitelé, a ochrana, která je jejich prostřednictvím poskytována, přesahuje ochranu spotřebitele zakotvenou v jiných právních předpisech.

V důsledku široce nastaveného adresátů hmotněprávní ochrany budou chráněni nejen spotřebitelé, na které je právní úprava primárně zaměřena, ale i fyzické osoby nespotřebitelé a právnické osoby. Kritérium závaznosti ze směnky v souvislosti se spotřebitelskou smlouvou mohou totiž naplnit i nespotřebitelé, pokud budou v pozici např. ručitele ke spotřebitelské smlouvě.

Velmi benevolentně je přístupováno i k okruhu námitek, které jsou těmto osobám přiznány vůči případným indosatářům. Zcela se tak potírá význam garančního účinku indosamentu, díky kterému se směnka vydaná ve formě na řad oprošťuje od vlastních vztahů původních vlastníků.

Dovršením díla zákonodárce a zmaření charakteristického znaku směnky jako abstraktního cenného papíru je zakotvení povinnosti soudu zkoumat



námítky podle čl. I § 17 ZSŠ z úřední povinnosti a založení nových navazujících procesních povinností žalobce přiložit k návrhu listiny dokládající kauzu směnky, a to i v případě, že je v postavení indosatáře.

Opatření přijatá v novele tak překračují cíle, které si zákonodárce vytkl, a překračují i ochranu spotřebitele před nepřiměřenými ujednáními, ke kterým měla nová právní úprava primárně směřovat. Označení novely dlouhá a široká míří na okruh subjektů, které jsou nově chráněny a k okruhu námitek, které jsou při indosaci směnky přípustné. Legitimní záměr zákonodárce chránit spotřebitele však zvolenou právní úpravou dopadá i na nespotebitele a námítky nesouvisející s ochranou slabší smluvní strany. Široce nastavenou právní úpravou sice zákonodárce chrání spotřebitele, ale krátkozrace stírá abstraktní podstatu směnky a garančního účinku rubopisu.

## Literature

### Knihy

KOTÁSEK, J. *Námítky směnečných dlužníků*. Brno: Tribun EU, 2007, 115 s. ISBN 978-80-903744-7-8.

KOTÁSEK, J. *Zákon směnečný a šekový. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, 420 s. ISBN 978-80-7357-965-4.

Kovařík, Z. *Zákon směnečný a šekový. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, 543 s. ISBN 978-80-7400-361-5.

LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský soudní řád I - praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. V tisku.

MACUR, J. *Důkazní břemeno v civilním soudním řízení*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, 172 s. ISBN 80-210-1161-0.

CHALUPA, R. *Zákon směnečný a šekový. Komentář 1. díl směnky*. Praha: LINDE PRAHA, a. s., 2006., 624 s. ISBN 80-7201-570-2.

### Elektronická zdroje

Návrh novely Občianskeho súdneho poriadku[online]. Roman Jurík. Advokátska kancelaria. Zverejnené dne 30. srpna 2015. [cit. 6. 1. 2016]. Dostupné z <http://pravne.eu/navrh-novely-obcianskeho-sudneho-poriadku/>

Nová kauza společnosti POHOTOVOSTĚ, s. r. o. [online]. Roman Jurík. Advokátska kancelaria. Zveřejněno dne 24. srpna 2015. [cit. 6. 1. 2016]. Dostupné z <http://pravne.eu/nova-kauza-spolocnosti-pohotovost/>

Důvodová zpráva k zákonu č. 160/2015 Zz., civilnímu sporovému poriadku § 22. In: Parlamentné tlačé [online], Národná rada Slovenskej republiky, Parlametná tlač 1333, [cit. 15. 1. 2016]. Dostupné z <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/cpt & ZakZborID=13 & CisObdobia=6 & ID=1333>

Důvodová zpráva k zákonu, ktorým se mení a doplňa zákon č. 99/1963 Zb. a ktorým sa menia a doplňajú niektoré zákony. In: Parlamentné tlačé [online], Národná rada Slovenskej republiky, Parlametná tlač 1684, [cit. 20. 12. 2015]. Dostupné z <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/cpt & ZakZborID=13 & CisObdobia=6 & ID=1684>

### **Soudní rozhodnutí**

Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 3. 2013, věc C – 419/11. Česká spořitelna, a. s. proti Gerald Feichterovi.

Rozsudek Krajského soudu v Prešově ze dne 9. 9. 2015, sp. zn. 4Co/202/2015.

Rozsudek Okresního soudu v Bratislavě ze dne 14. 9. 2015, sp.zn. 1CbZm/95/2014.

Rozsudok Okresného soudu Levice ze dne 14. 9. 2015, sp. zn. 7C/165/2013.

Rozsudok Okresného soudu Lečenec ze dne 28. 9. 2015, sp. zn. 5C/51/2014.

### **Zákony**

Zákon č. 191/1950 Zz., zmenkový a šekový zákon.

Zákon č. 99/1963 Zz., občiansky súdny poriadok.

Zákon č. 40/1964 Zz., občiansky zákonník.

Zákon č. 233/1995 Zz., súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti.

Zákon č. 160/2015 Zz., civilný sporový poriadok.

### **Contact – e-mail**

*371539@mail.muni.cz*

# Zákonná regulace akcionářských smluv na Slovensku

*Zdeněk Houdek*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## **Abstract in original language**

Právní řády povětšinou neobsahují zvláštní zákonná pravidla, která by přímo regulovala akcionářské smlouvy mezi společníky kapitálových obchodních korporací. Platnost a vynutitelnost těchto akcionářských smluv určují pravidla obecné části závazkového práva s důrazem na princip autonomie vůle a ochrany dobré víry třetích osob. V současnosti navrhovaná novela slovenského Obchodního zákoníku však takovou zákonnou úpravu akcionářských smluv přináší. Předkládaný příspěvek popisuje praktické problémy navrhovaného způsobu regulace.

## **Keywords in original language**

Akcionářská smlouva; vedlejší ujednání společníků obchodních korporací; deadlock provision; tag-along; drag-along; shootout.

## **Abstract**

Mostly, in legal systems there are no specific statutory formalities for shareholders' agreements. The validity and enforceability of shareholders' agreements is general governed by rules of contract law, notably the principle of contractual freedom and the principle of good faith. At the same time, the proposed amendment to the Slovak Commercial Code brings this kind of a statutory provisions of the shareholders agreements. This paper describes the difficulties of such a regulation.

## **Keywords**

Shareholders Agreements; Side Letters; Deadlock Provision; Tag-along; Drag-along; Shootout.

## 1 Úvodem

Existenci akcionářský smluv – či vedlejších dohod mezi společníky kapitálových obchodních korporací – lze bez větších rozpaků označit za „*Éminence grise*“ fungování domácího práva obchodních korporací. Jakkoliv jde již o zcela běžný, v praxi oblíbený a hojně využívaný právní institut, právní doktrína mu doposud věnovala pozornost jen zcela minimálně a také judikatura Nejvyššího soudu k této problematice prakticky neexistuje. V nejširším pojetí lze za vedlejší společnické dohody (tzv. *sideletters*) či akcionářské smlouvy (*shareholders agreements*) označit taková ujednání, která upravují vzájemné vztahy mezi společníky kapitálových obchodních společností vyplývající z jejich účasti na obchodní korporaci, a to nad rámec povinností, které plynou ze zákona či ze stanov. Obsahově se pak může jednat například o smlouvu mezi akcionáři společnosti o podmínkách výkonu kontroly na obchodní korporaci, či dohodu, ve které si akcionáři vymezují zejména pravidla pro obsazování orgánů společnosti, principy hlasování o zásadních otázkách společnosti, způsoby řešení sporů (např. tzv. *deadlock provisions*) či pravidla pro prodej podílů na společnosti atd.

Jde o oblast, ve které se projevují meze a možnosti smluvní úpravy korporátních vztahů, a to tím spíše, že tradičně právní předpisy – alespoň v reáliích středoevropského prostoru – neobsahují zvláštní souhrnnou regulaci akcionářských dohod, a ta je ponechána na aplikaci obecných norem korporátního či závazkového práva. V této souvislosti může působit velmi překvapivě připravovaná novela slovenského zák. č. 513/1991 Zb., Obchodný zákoník (dále též jen „*obchodní zákoník*“ či „*ObchZ*“),<sup>1</sup> která má s účinností od 1. ledna 2017 do slovenského právního řádu takovou speciální regulaci akcionářských dohod výslovně zavést.

Předkládaný příspěvek má za cíl jednak představit čtenáři obsah této novely slovenského obchodního zákoníku, a jednak zhodnotit, zda lze považovat takový přístup zákonodárce, spočívající ve výslovné regulaci akcionářských dohod, za vhodný vzor i pro domácí právní prostředí.

<sup>1</sup> V době odevzdání příspěvku prošla tato novela pod sněmovním tiskem 1713 k 12. listopadu 2015 třetím čtením NR SR a návrh zákona byl (jako usnesení č. 2111 NR SR) postoupen do redakce (dále též uváděno pouze jako novela ObchZ). Aktuální stav legislativního procesu k dispozici na: <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&ZakZborID=13&CisObdobia=6&CPT=1713>

## 2 Regulace akcionářských dohod – představení novely ObchZ

Vedlejší dohody společníků kapitálových obchodních korporací ve své podstatě představují, vedle obligatorního statutárního práva každé obchodní korporace, paralelní regulaci vztahů osob zúčastněných na korporaci. Jakkoliv není pochyb o tom, že i stanovy společnosti jsou ve své podstatě smlouvu,<sup>2</sup> praxe ukázala, že pro úpravu vzájemných práv a povinností se jeví vhodné některé právní poměry mezi společníky regulovat mimo tento základní dokument společnosti. Mezi hlavní výhody takového způsobu úpravy právních vztahů mezi společníky patří zejména skutečnost, že na takovéto právní jednání se nevztahují formální ani obsahové náležitosti, jinak nutné pro změnu stanov. Akcionářské smlouvy jsou neverejné a nemusí být (zásadně) zakládány do sbírky listin – je tak zaručena diskrétnost (je-li vyžadována) vzájemných práv a povinností mezi společníky. Bezformálnost těchto dohod se projevuje i v tom, že pro jejich sjednání či změnu není vyžadován stejný postup, jaký zákon volí pro změnu stanov, a nemusí mít zákonnou formu notářského zápisu, což dále snižuje transakční náklady. Nadto, akcionářská smlouva ani nemusí zavazovat všechny akcionáře či společníky, tudíž je dána značná flexibilita úpravy vzájemných vztahů. Častý je také arbitrážní režim těchto dohod.

Na druhou stranu s akcionářskými dohodami jsou spojeny též jisté nevýhody. Ty pramení ze stále přetrvávající nejistoty ohledně akceptace akcionářských dohod soudy. Stručně lze odkázat na příklad Ruské federace, kde jsou akcionářské dohody, přes svoji rozšířenost v praxi, považovány za neplatné.<sup>3</sup> Akcionářské smlouvy tak naráží na limity vynutitelnosti. Vymahatelnost akcionářských dohod je principálně omezena též jejich povahou, neboť zavazují pouze smluvní strany dohody – nikoliv již osoby, na které jsou akcie

<sup>2</sup> Viz např. ČERNÁ, S; ŠTENGLOVÁ, I; PELIKÁNOVÁ. I. *Právo obchodních korporací*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 73.

<sup>3</sup> ŠTĚRBA, J. Buďte opatrní při joint venture. IN: *Euro*, 2008, č. 14. [online]. Euro.E15.cz [cit. 30. 12. 2015]. Dostupné z: <http://euro.e15.cz/archiv/budte-opatrní-pri-joint-venture-783600>

převáděny, popřípadě společníky, kteří nejsou smluvní stranou. Na rozdíl do stanov mají vedlejší ujednání ryze obligiční povahu.<sup>4</sup>

Jak bylo shora popsáno, předmětem příspěvku je analýza připravované novely slovenského obchodního zákoníku, která přináší zvláštní specifickou regulaci akcionářských dohod. Je proto třeba zkoumat, zda tato úprava výše uvedené výhody akcionářských dohod zachovává a jak reflektuje možné negativní externality spojené se smluvní regulací akcionářských práv. Nejprve je však třeba zasadit připravovanou legislativní změnu do širšího zákonného rámce obchodního zákoníku.

Jakkoliv doposud nebyly ve slovenském obchodním zákoníku (a totéž bezpochyby platí pro již neúčinný domácí obchodní zákoník) dohody mezi společníky výslovně upraveny, praxe je již delší dobu přijímá, a není žádných pochyb o tom, že tyto smlouvy jsou s ohledem na znění § 261 odst. 6 ObchZ (obdobně dříve § 261 odst. 2 českého obchodního zákoníku) podřízeny režimu obchodního zákoníku.

Díleč přímou úpravu akcionářských smluv představují pouze zákonná omezení dohod o výkonu hlasovacích práv, jež jsou obsažena v § 186a slovenského obchodního zákoníku, a které obdobně obsahoval i § 186d již neúčinného českého obchodního zákoníku.<sup>5</sup> Ani toto ustanovení však nic nevyovídá o právní povaze takovýchto ujednání. Vzhledem k absenci domácí judikatury i odborné literatury lze pro inspiraci odkázat na německou praxi.

<sup>4</sup> Blíže k právním účinkům vedlejších ujednání lze odkázat na článek S. Černé, která uvádí: „Na volbě společníků začlenit to či ono pravidlo do stanov či společenské smlouvy nebo mimo ně závisí jeho právní účinky. Ty jsou věcněprávní, stane-li se ujednání materiální součástí společenské smlouvy či stanov. Pak se taková klauzule stává prvkem korpusu autonomního práva upravujícího vnitřní právní poměry společnosti a její organizaci a zavazujícího jak její akcionářskou, resp. „společnickou“ obec, tak společnost a členy jejích orgánů. Naproti tomu sideletters zavazují pouze své účastníky a práva a povinnosti s nimi spojené nepřecházejí na jejich nástupce, tudíž na dalšího nabyvatele obchodního podílu či akcie. Jinak řečeno práva a povinnosti z vedlejších dohod ulpívají na stranách dohody, nikoli na jejich podílech. Nezakládají tudíž „věcněprávní“ účinky, nejsou „namítatelné“ vůči třetím osobám (budoucím společníkům, věřitelům). Společníci tak mají volbu mezi „přenositelností“ práva či povinnosti, pokud je učiní normativní součástí stanov nebo společenské smlouvy, spojenou oššem na druhé straně s jejich publicitou, a mezi diskretností spojenou s dopadem vedlejšího ujednání na omezený okruh účastníků dohody.“ Viz blíže: ČERNÁ, S. Vedlejší dohody (sideletters) společníků kapitálových společností. IN: *Obchodněprávní revue*. Roč. 2011, č. 1, s. 1 a násl.

<sup>5</sup> K tomu blíže viz např.: KOŽIAK, J. Několik poznámek k úpravě hlasování valné hromady v návrhu obchodního zákona. IN: *Dny práva - 2008 - Days of law*. 2008. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. 6 s. ISBN 978-80-210-4733-4.

Ta na tyto dohody pohlíží jako na *vnitřní společnost (Innengesellschaft)*<sup>6</sup>, která svou povahou odpovídá slovenské *zmluvě o združení* ve smyslu § 829 zák. č. 40/1964 Zb., občanský zákoník, či tuzemské *společnosti* dle § 2716 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

Ačkoliv přímá regulace v tuzemském obchodním zákoníku absentovala (stejně tak v případě zákona o obchodních korporacích), skutečnost, že akcionářské smlouvy jsou nedílnou součástí domácího fungování obchodních korporací, reflektují též některá ustanovení zvláštních předpisů. Například lze odkázat na ustanovení § 118 odst. 5 písm. f) zák. č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, dle kterého jsou obligatorní součástí výroční zprávy emitenta investičních cenných papírů v některých případech též údaje a informace o smlouvách mezi akcionáři nebo obdobnými vlastníky cenných papírů představujících podíl na emitentovi, které mohou mít za následek ztížení převoditelnosti akcií nebo obdobných cenných papírů představujících podíl na emitentovi nebo hlasovacích práv, pokud jsou emitentovi známy.

Rozebíraná novela slovenského obchodního zákoníku popisovanou praxi akceptuje a stvrzuje, když v (nově navrhovaném) ustanovení § 66c ObchZ výslovně připouští tzv. „*dohody mezi společníky*“. Dle této normy si společníci mohou písemnou smlouvou dohodnout vzájemná práva a povinnosti vyplývající z jejich účasti na společnosti, a to zejména a) způsob a podmínky výkonu práv spojených s účastí na společnosti, b) způsob výkonu práv souvisejících se správou a řízením společnosti, c) podmínky a rozsah účasti na změnách základního kapitálu a konečně (či především) d) vedlejší ujednání související s převodem účasti na společnosti. Kriticky se sluší poznamenat, že normativní dosah tohoto ustanovení je omezený, neboť ustanovení pouze demonstrativně uvádí některé z typů vedlejších společnických ujednání, jež však byly přípustné již před touto novelou. Stejně tak odstavec druhý tohoto ustanovení – dle kterého rozpor rozhodnutí orgánu společnosti s dohodou mezi společníky nezpůsobuje jeho neplatnost – je pouze projevem známého (a výše uvedeného), tedy že takováto dohoda zavazuje pouze její strany. Důvodová zpráva k tomuto ustanovení uvádí, že „v zájmu

<sup>6</sup> Viz blíže ROTH, M.: Shareholders' Agreements in Listed Companies: Germany [online]. SSRN, University of Marburg - Faculty of Law, 2013 [cit. 30. 12. 2015]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2234348> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2234348>

podpory investic do začínajících podniků se navrhuje, aby mezi společníky v exemplifikativně vymezených otázkách byly přípustné dohody, ve vztahu ke kterým bude přístupnost pro třetí osoby omezená.<sup>7</sup>

Vzhledem k systematickému zařazení analyzovaného ustanovení není pochyb, že dohody mezi společníky – s limity danými kogentními normami pro danou formu obchodní společnosti – jsou přípustné v zásadě bez ohledu na právní formu obchodní korporace. Celkové zaměření rozebírané novely je však v tomto ohledu jiné, neboť jejím jádrem je představení nové formy obchodní společnosti – jednoduché společnosti na akcie. Právě (avšak pouze) s touto „novou“ právní formou kapitálové obchodní společnosti jsou spojená další ustanovení, která regulují vedlejší ujednání mezi společníky. Je proto na místě věnovat alespoň rámcovou pozornost této nové formě obchodní společnosti.

### 3 Jednoduchá společnost na akcie

Jádrem analyzované novely slovenského obchodního zákoníku jsou ustanovení § 220h - § 220zl ObchZ, která přináší do slovenského právního řádu novou formu kapitálové obchodní společnosti. Ta je nazvaná „jednoduchá společnost na akcie“ (dále též „j. s. a.“). Důvodová zpráva uvádí, že účelem návrhu je vytvořit novou formu obchodní společnosti, která nabídne komplexní řešení pro rizikové investování do obchodních společností.<sup>8</sup> Novela představuje jedno z opatření, které navazují na vládní materiál nazvaný *Koncepcia pre podporu startupov a rozvoj startupového ekosystému v Slovenskej republike*, schválený vládou SR usnesením č. 307/2015 ze dne 10. června 2015.<sup>9</sup> Z uvedeného je patrné, že značný důraz je kladen na flexibilitu právní úpravy nově přijímané formy obchodní společnosti, s tím, že primárním účelem je vytvoření právní formy vhodné pro zabezpečení financování v mimobankovním sektoru pro vznikající startupy.

<sup>7</sup> Citováno z důvodové zprávy k návrhu novele obchodního zákoníku. Dostupné zde: <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&ZakZborID=13&CisObdobia=6&CPT=1713>

<sup>8</sup> Citováno z důvodové zprávy k návrhu novele obchodního zákoníku. Dostupné zde: <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&ZakZborID=13&CisObdobia=6&CPT=1713>

<sup>9</sup> Dostupné na: <http://www.rokovania.sk/Rokovanie.aspx/NezaradenyMaterialDetail?idMaterial=24603>



K samotné právní formě *jednoduché společnosti na akcie* je třeba zdůraznit, že ačkoliv se (s ohledem na § 220h odst. 3 ObchZ) na ni použije – není-li zvláštní úprava – přiměřeně úprava akciové společnosti, nejde o podtyp akciové společnosti. Důvodová zpráva uvádí, že jde o hybridní formu kapitálové obchodní společnosti, která přebírá jak některé prvky akciové společnosti (jde o společnost, jejíž základní kapitál je rozvrhnutý na určitý počet akcií s určitou jmenovitou hodnotou), tak společnosti s ručením omezeným (nízké požadavky na minimální výši základního kapitálu, monistická vnitřní struktura společnosti atd.). Přímým inspiračním zdrojem je patrně francouzský model zjednodušené akciové společnosti (*société par actions simplifiée*, SAS).<sup>10</sup> Praktickým důsledkem konstrukce je zejména skutečnost, že na takovou formu obchodní společnosti nedopadá regulace unijních směrnic týkající se tvorby minimálního základního kapitálu; uvedené reflektuje i navrhovaný § 220h odst. 4 ObchZ, který pro *jednoduchou společnost na akcie* vylučuje aplikaci některých ustanovení „veřejné“ akciové společnosti. Právní forma *„jednoduché společnosti na akcie“* přináší řadu odchylek oproti standardní úpravě akciové společnosti. Vzhledem k tematickému zaměření tohoto příspěvku je nelze postihnout komplexně, přesto je třeba alespoň na ty nejvýznamnější upozornit:

- Hodnota **základního kapitálu** *jednoduché společnosti na akcie* může být i jen 1 € (§ 220 t odst. 2 ObchZ), současně – určili-li tak zakladatelské právní jednání – může být jmenovitá hodnota akcií určena i v eurocentech (§ 220i odst. 2 ObchZ). Opatření zřejmě zdůrazňuje investorský charakter této právní formy obchodní korporace.
- Požadavek transparentnosti má zajistit výhradně **zaknihovaná podoba** akcií s tím, že mohou znít jedině **na jméno** (§ 220i odst. 1 ObchZ).
- Současně novela předpokládá, že místo seznamu akcionářů, který je „běžná“ akciová společnost zásadně povinna vést (srov. § 156 odst. 6 ObchZ), *jednoduchá společnost na akcie* povede registr akcionářů, který seznam akcionářů nahrazuje (§ 220j ObchZ). Úpravu **registru**

<sup>10</sup> ŠUFLIARSKÝ, S. Návrh novely Obchodního zákonníka – podpora startupov – zavedenie zjednodušenej („jednoeurovej“) akciovej spoločnosti. [online]. AK Konečná&Zacha, 2015. [cit. 30. 12. 2015]. Dostupné z: <http://www.konecna-zacha.com/articles/view/102>

**akcionářů jednoduché společnosti na akcie** napříště bude obsahovat zák. č. 566/2001 Zb. o cenných papírech (dále též jen „ZCP“). Vedení registru, aktualizaci a zveřejňování zapsaných údajů zabezpečuje centrální depozitář (to je dáno výše uvedenou skutečností, že společnost může emitovat akcie pouze v zaknihované podobě), který zveřejňuje údaje z registru akcionářů na své webové adrese. Široce pojata je publicita, neboť mezi zveřejňované údaje patří nejen identifikační údaje emitenta, informace o akciích, ale též identifikační údaje akcionáře, včetně údaje o durhu, jmenovité hodnotě a počtu kusů akcií, kterých je akcionář majitelem.

- Větší míra flexibility se projevuje mimo jiné i v tom, že zákon kromě kmenových akcií v j. s. a. připouští vydávat **akcie se zvláštními právy** (§ 220i odst. 3 ObchZ). Rozsah zvláštních práv není výslovně omezen, zákon pouze předpokládá, že tato zvláštní práva mohou spočívat v různém určení práva akcionářů podílet se na zisku či likvidačním zůstatku, určení počtu hlasů akcionářů, ale též je výslovně zmíněno (možná poněkud překvapivě) zvláštní určení rozsahu práva na poskytování informací o společnosti.
- Šířeji je pojata možnost omezení převoditelnosti akcií, neboť kromě tradiční vinkulace novela připouští, aby stanovy j. s. a. **převoditelnost akcií** (nebo některých druhů akcií) dokonce zcela **vyloučily**. Zákon v § 220 l ObchZ předpokládá zvláštní režim těchto akcií, kdy - pokud je převoditelnost akcií omezena či vyloučena - vzniká po uplynutí čtyřleté lhůty od splacení emisního kurzu akcionáři zvláštní právo požadovat, aby společnost akcie za přiměřenou cenu odkoupila.
- Je-li přiznaným cílem analyzované novely podpora startupového způsobu podnikání na Slovensku, pak k tomu má mimo jiné napomáhat i zvláštní pravidlo § 220r ObchZ, dle kterého *jednoduchá společnost na akcie může* (za splnění dalších podmínek) **upisovat i vlastní akcie**, pokud jsou tyto akcie určené k převodu na **zaměstnance** společnosti, či na jiné fyzické osoby, které podnikají a výsledky jejichž činnosti pro společnost jsou předmětem práv duševního vlastnictví. V souvislosti s nabýváním akcií těmito osobami se připouští - za podmínek zachování pravidel kapitálové přiměřenosti - finanční asistence společnosti.

- Z hlediska struktury vnitřního uspořádání j. s. a. postačí konečně uvést, že **dozorčí rada** je v této formě obchodní společnosti zřizována pouze tehdy, pokud tak určí stanovy. Obligatorními orgány společnosti jsou pouze *valné zhromaždenie* a *predstavenstvo*, jakožto statutární orgán.

Shora bylo uvedeno, že deklarovaným cílem novely je přijetí takové právní formy obchodní korporace, která umožní flexibilní nastavení majetkových vztahů, vstupu investora do společnosti, popřípadě ukončení jeho účasti – k podpoře těchto cílů má sloužit zvláštní regulace vedlejších ujednání v akcionářské smlouvě. Další pozornost je zaměřena právě na tuto úpravu.

#### 4 Vedlejší ujednání k akcionářské smlouvě

Výše již bylo popsáno, že nově navrhovaný § 66c ObchZ výslovně připouští uzavírání dohod mezi společníky obchodních korporací, a to pro všechny právní formy společností. Úprava § 220w a násl. ObchZ pak dále specifikuje možnost realizace akcionářských smluv, avšak již pouze v režimu *jednoduché společnosti na akcie*. Jinými slovy, to co bude dále uvedeno o těchto zvláštních akcionářských dohodách,<sup>11</sup> se uplatní pouze v případě *jednoduché společnosti na akcie*. To ovšem neznamená, že by v zásadě nebylo možné obdobnou smlouvu (s limity dále uvedenými) uzavřít v rámci jiné formy obchodní společnosti – úprava vedlejších ujednání k akcionářské smlouvě ve smyslu § 220w a násl. ObchZ však na tyto dohody patrně již nedopadá.

Pod pojmem vedlejších ujednání k akcionářské smlouvě rozumí rozebírané ustanovení trojici „smluvních typů“, kterými akcionáři regulují vzájemná práva a povinnosti v souvislosti s převodem podílu ve společnosti. Konkrétně se jedná dle § 220w odst. 1 písm. a) ObchZ, o **právo přidat se k převodu akcií** (běžně zaužívaný termín *tag-along*), dle § 220w odst. 1 písm. b) ObchZ, **právo požadovat převod akcií** (*drag-along*), a § 220w odst. 1 písm. c) **právo požadovat nabytí akcií** (fakticky jde o jednu z variant tzv. *shootouts*). Tyto typy ujednání byly v praxi běžné již před touto novelou; jejich kodifikace

<sup>11</sup> Legislativní zkratku „akcionářska zmluva“ obsahuje přímo § 220w ObchZ pod rubrikou „vedľajšie dojednania k akcionárskej zmluve“ s tím, že se jimi rozumí dohody akcionářů podle § 66c ObchZ, tedy „dohody medzi společníkmi“. Ačkoliv je tato legislativní zkratka zaváděna pouze v souvislosti s *jednoduchou společností na akcie*, je zřejmé, že se tímto označením rozumí vedlejší dohody společníků v těch formách společností, ve kterých jsou společníci označováni za akcionáře. Domnívám se proto, že lze tyto pojmy používat *promiscue*.

však má dle důvodové zprávy zajistit právní jistotu. Výlučně pro potřeby *jednoduché společnosti na akcie* však bude možné první dvě ze jmenovaných sjednat jako práva vázající na akciích, registrované podle zvláštního předpisu.<sup>12</sup>

Takováto konstrukce však není zcela bezproblematická a vyvolává některé otázky. Jde zejména o to, zda se v případě srovnatelných forem kapitálových obchodních společností (typicky akciová společnost) požadavky uzavírání akcionářských smluv dle § 220w ObchZ uplatní (s limity registrovaných práv, které se bezpochyby uplatní jen pro akcie j. s. a. – viz dále) analogicky, či zda je v případě jiných forem obchodních společností ponechána dosavadní kontraktační volnost. Uvedeno platí i *vice versa* – zda mohou akcionáři *jednoduché společnosti na akcie* uzavřít platně akcionářskou smlouvu mimo režim těchto ustanovení. Praktickým projevem této koncepční neukotvenosti je například požadavek vyjádřený v § 220w odst. 2 ObchZ, dle kterého musí být podpisy na akcionářské smlouvě úředně ověřeny s tím, že akcionářská smlouva nenabude účinnosti dříve než dnem úředního ověření pravosti podpisu smluvních stran. Obecné ustanovení § 66c ObchZ však vyžaduje pro uzavření dohody mezi společníky prostou písemnou formu. Požadavek přísnější formy smlouvy by byl logický v souvislosti s dále rozebíranými registrovanými právy – avšak v těchto případech (jde-li o registrovaná práva) zákon vyžaduje dokonce formu notářského zápisu (§ 220w odst. 3 ObchZ). Vzniká tak nejistota ohledně minimální právní formy akcionářských smluv jak v případě j. s. a., tak i pro jiné formy společností. Domnívám se však, že analogická aplikace přísnější formy akcionářských smluv i pro další obchodní korporace je nevhodná. Vystává otázka, proč je přísnější forma stanovena (právě a jen) pro *jednoduchou společnost na akcie*.

Vyloučení analogické aplikace úpravy vedlejších ujednání k akcionářské smlouvě dle § 220w ObchZ pro ostatní formy obchodních společností však bude mít za následek i to, že se neuplatní například pravidlo § 220w odst. 8 ObchZ, dle kterého se na tyto části akcionářských smluv nepoužijí ustanovení § 289 až 292 ObchZ, tedy regulace smlouvy o uzavření budoucí smlouvy. Právě nejistota ohledně požadavku naplnění zákonných pravidel smlouvy

<sup>12</sup> Z důvodové zprávy k návrhu novele obchodního zákoníku. Dostupné zde: <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&ZakZborID=13&CisObdobia=6&CPT=1713>

o uzavření budoucí smlouvy se jeví jako jedna z příčin výše naznačených pochybností ohledně vynutitelnosti tohoto typu ujednání v akcionářských smlouvách. Svoji povahou jsou dohody typu *tag-along*, *drag-along* i *shootout* fakticky určitým smluvním přímusem, avšak ne vždy tato ujednání naplňovala relativně přísné požadavky obchodního zákoníku pro smlouvu o uzavření budoucí smlouvy. To mohlo vyvolávat oprávněné pochyby, jak by soudy pohlížely na platnost těchto dohod. Skutečnost, že novela výslovně uvádí, že požadavky obchodního zákoníku pro smlouvu o smlouvě budoucí se zde nepoužijí, lze uvítat. Problematický je však fakt, že uvedené (patrně) platí opět pouze pro *jednoduchou společnost na akcie*, byť se domnívám, že je vhodné toto pravidlo vztáhnout na akcionářské dohody jako takové i u jiných forem obchodních korporací.

Totožnou otázku vyvolává i pravidlo § 220w odst. 7 ObcZ, které přináší omezení vzniku těchto práv v tom smyslu, že s jednou akcií může být spojeno jen jedno předkupní právo, jedno právo přidat se k převodu, jedno právo požadovat převod či nabytí akcií. Ačkoliv se připouští, aby z takového práva bylo oprávněno více osob, současně platí, že části akcionářské smlouvy, které jsou v rozporu s uvedeným, jsou neplatné. Výlučně (a v tomto případě bezpochyby) pro *jednoduchou společnost na akcie* se připojuje další omezení vzniku těchto práv, a to pokud je převoditelnost akcií omezena – v těchto případech se vyžaduje splnění podmínek převoditelnosti též pro zřízení zástavního a předkupního práva, ale též práva přidat se k převodu akcií a práva požadovat převod akcií (§ 220p odst. 1 ObchZ).

#### 4.1 Registrovaná práva

V předchozím výkladu bylo již naznačeno, že právo přidat se k převodu akcií (*tag-along*) a právo požadovat převod akcií (*drag-along*) – nikoliv však již právo požadovat nabytí akcií – může být sjednáno jako registrované právo podle zvláštního předpisu. Jde patrně o největší „specifikum“ navrhované novely, neboť právě pouze vznik a právní následky registrovaných práv by nebylo možné smluvně ujednat i bez navrhované novely. Je tomu tak proto, že takto registrovaná práva překračují svoji původně ryze obligacní povahu a platí pro ně pravidla obdobná věcným právům – jinými slovy registrovaná práva vážnou na akciích, či na akciích ulpívají. Podmínkou existence těchto práv

je existence zvláštní právní úpravy, která je přímo připouští - není tak pochyb, že registrovaná práva mohou vznikat jen a pouze v režimu *jednoduché společnosti na akcie*.<sup>13</sup> Jejich povahu vyjadřuje § 220w odst. 4 ObchZ, ze kterého plynou základní odlišnosti práva přidat se k převodu akcií a požadovat převod akcií, pokud byly registrované podle zvláštního předpisu. Tato práva se (i) nepromlčují, (ii) v zákonném rozsahu působí při převodu akcií na základě smlouvy též vůči právním nástupcům majitele akcií, se kterými je spojena povinnost odpovídající těmto právům, a (iii) pokud nejsou vykonána, zůstávají oprávněnému zachována i vůči právnímu nástupci majitele akcií, se kterými je spojena povinnost odpovídající těmto právům. Pro tyto práva jsou také (iv) zvláštním způsobem upraveny důvody jejich zániku (viz § 220w odst. 9 ObchZ) a zejména (v) zákon předpokládá jiné následky jejich porušení – ty budou dále rozebrány v souvislosti s výkladem týkajícím se jednotlivých práv. (vi) Specifiky je u těchto práv také řešení konfliktu se zástavním právem a zajišťovacím převodem práva (viz blíže § 220w odst. 7 ObchZ).

Zvláštním předpisem, který podmiňuje vznik registrovaných práv je *zák. č. 566/2001 Zb. o cenných papírech*. Analyzovaná novela do tohoto zákona vkládá nově vzniklý *registr práv přidat se k převodu akcií* (§ 107f ZCP) a *registr práv požadovat převod akcií* (§ 107j ZCP). Oba registry vede *centrální depozitář*, který vede registr emitenta. V obou případech jde o zvláštní evidenci akcií; sama práva vznikají registrací – tedy vykonáním příslušného zápisu v registru. Obdobně je pro oba dva druhy registrovaných práv definován postup při registraci na základě příkazu k registraci (srov. blíže § 107h a § 107l ObchZ). Jakkoliv nejsou akcionářské smlouvy povinně zveřejňovány, pro účely registrace je povinnou přílohou *potvrzení o obsahu dohody akcionářů*, kterou se zakládá registrované právo. Potvrzení musí obsahovat nejen údaje o emitentovi, ale též údaje o povinné a oprávněné osobě, informace o akciích, na které se právo vztahuje a určení času tohoto práva – jde tedy o relativně široce pojatou informační povinnost. Společný je také princip *materiální publicity* těchto registrů dle 107h ZCP. Otevřenou otázkou je, zda široká pojatá publicita nebude v případě akcionářských smluv působit kontraproduktivně.

<sup>13</sup> To ostatně uvádí i přímo zákon, konkrétně nově zaváděný § 107 zák. č. 566/2001 Zb. o cenných papírech, dle kterého právo přidat se k převodu akcií a právo požadovat převod akcií je možné registrovat pouze ve vztahu k akciím *jednoduché společnosti na akcie*.

## 4.2 Právo přidat se k převodu akcií

Tradičně se pod spojením **tag-along** rozumí ujednání, které opravňuje akcionáře převést svoje akcie **současně a za týchž podmínek** s jiným akcionářem, který své akcie převádí. Jde o tu část akcionářských smluv, která je obvykle určena k ochraně akciové minority, neboť jí umožňuje za situace, kdy většinový akcionář „odchází“ ze společnosti, využít stejných podmínek odkupu, jaké dostane většinový akcionář od nově vstupujícího investora.

Tuto logiku kopíruje ustanovení § 220x ObchZ, které uvádí, že právu přidat se k převodu akcií odpovídá povinnost povinného, který se zavázal, že při převodu svých akcií na základě smlouvy umožní zároveň převést akcie oprávněného na třetí osobu za stejných podmínek. Právo může být sjednáno jako registrované, tak i neregistrované – v tom případě má ryze obligiční povahu. Zákon předpokládá minimální náležitosti ujednání, a to v tom rozsahu, že smlouva o právu přidat se k převodu akcií musí obsahovat alespoň: (i) Určení podmínek výkonu práva přidat se k převodu akcií, (ii) určení rozsahu, anebo způsobu určení rozsahu, v jakém ho oprávněný může vykonat, a (iii) lhůtu, anebo určení lhůty, ve které je možno právo vykonat.

Zvláštní informační povinnost pro tyto případy stanoví § 220x odst. 4 ObchZ, neboť povinný je před převodem svých akcií na základě smlouvy povinen informovat třetí osobu o existenci a podmínkách práva přidat se k převodu. Jedná se o ustanovení, které má napomáhat realizaci tohoto práva, avšak následkem porušení bude „pouze“ vznik delikttní odpovědnosti.

Zákon však přímo reguluje situace, kdy dojde k porušení nikoliv jen informační povinnosti, ale práva přidat se k převodu akcií jako takového. Následky se liší v závislosti na tom, zda jde o právo registrované či nikoliv. V případě **neregistrovaného** práva se oprávněný akcionář může na povinném domáhat, aby nabyl dotčené akcie od oprávněného za stejných podmínek, za kterých převedl své akcie na třetí osobu (§ 220x odst. 5 písm b) ve spojení s § 220x odst. 6 ObchZ). Povinný se tak dostává do role nového nabyvatele a postavení oprávněného by se fakticky nemělo nijak lišit od případu, kdy právo bude řádně splněno. Právo však zaniká, pokud ho oprávněný neuplatní do jednoho roku od převodu akcií povinného na třetí osobu (§ 220x odst. 7 ObchZ).



V případě **registrovaného** práva se však oprávněný může dále domáhat, aby jeho dotčené akcie – za stejných podmínek jako od povinného – nabyla přímo třetí osoba, která nabyla akcie povinného (§ 220x odst. 5 písm a) ObchZ). Zde je patrný výše zmiňovaný věcněprávní charakter registrovaných práv, kdy se oprávněný může svého práva domáhat i vůči třetí osobě, která nebyla z akcionářské smlouvy zavázána. I toto právo prekluduje v jednoroční lhůtě od převodu akcií povinného. Alternativně může oprávněný totéž požadovat přímo po povinném – tedy aby povinný nabyl jeho akcie za stejných podmínek, za kterých převedl své akcie na třetí osobu (jde o stejné oprávnění, jako v případě neregistrovaného práva). Pokud oprávněný ze smlouvy neuplatní shora popsané právo, které bylo zřízeno jako registrované, zůstává mu právo přidat se k převodu zachované i vůči právním nástupcům povinného akcionáře (§ 220x odst. 5 písm c) ObchZ). Volba, který z těchto právních následků porušení sjednaného práva přidat se k převodu bude uplatněn, je v dispozici oprávněného.

Právní následky (řádného) převodu akcií, ke kterým bylo zaregistrováno právo přidat se k převodu akcií, jsou dále obsaženy v § 107i ZCP. Dle druhého odstavce tohoto ustanovení, je součástí *příkazu ke registraci převodu* akcií zapsaných v registru práv, který podává povinný z práva přidat se k převodu akcií, buď písemné prohlášení povinného či oprávněného o tom, že oprávněnému bylo umožněno realizovat jeho právo v souladu s akcionářskou smlouvou, anebo prohlášení oprávněného z práva přidat se k převodu akcií, ve kterém oprávněný vyjádřil s převodem souhlas – v tomto případě **zůstává** oprávněnému právo přidat se k převodu akcií **zachováno**. Pokud by však byl příkaz k registraci práva či jeho změny a zániku podán neoprávněně, nesprávně, neúplně anebo opožděně, odpovídá ten, kdo ho podal za škodu.

### 4.3 Právo požadovat převod akcií

Podobně jako v případě práva přidat se k převodu akcií je nastavena též regulace oprávnění požadovat po jiném akcionáři převod jeho akcií za týchž podmínek, které je označováno jako **drag-along**. Obvykle jde o ty části akcionářských smluv, které směřují k ochraně „většinového akcionáře“, neboť mu umožňují donutit akciovou minoritu připojit se k jeho převodu podílu na společnosti. Může tak nabídnout případnému novému nabyvateli



nabytí 100% podílu na společností i za situace, kdy celý tento podíl nedrží většinový akcionář sám. Fakticky jde o obrácenou variantu shora popsánoho práva *tag-along*.

Podle nově navrhovaného § 220y ObchZ opravňuje toto právo akcionáře (oprávněného) požadovat od jiného akcionáře (povinného), aby současně s převodem akcií oprávněného převedl na třetí osobu i svoje akcie. Právu požadovat převod akcií odpovídá povinnost akcionáře, který se zavázal, že současně s převodem akcií oprávněného na základě smlouvy převede svoje akcie za stejných podmínek na třetí osobu. I v tomto případě zákon normuje minimální náležitosti smlouvy, jež spočívají v (i) určení podmínek výkonu tohoto práva a v (ii) určení rozsahu nebo způsobu určení rozsahu, v jakém ho může oprávněný vykonat. Důvodová zpráva k tomuto uvádí, že podmínkou výkonu může být například ujednání, že povinný nemusí své akcie převést na třetí osobu, pokud ve sjednané lhůtě odkoupí akcie oprávněného a dalších smluvních stran akcionářské smlouvy, s kterými bylo sjednáno právo požadovat převod akcií.<sup>14</sup>

Obdobně jako ve shora popsáném případě práva přidat se k převodu, i právo požadovat převod může být sjednáno buď jako registrované, či ujednáno pouze mezi stranami. V případě registrovaného práva však ustanovení § 220y odst. 4 ObchZ obsahuje zvláštní pravidlo, které lze jeho povahou označit za *self-executing provision*, a které má napomáhat přímé realizaci tohoto práva. Zákon totiž předpokládá, že pokud jsou splněny podmínky pro výkon práva požadovat převod akcií, které bylo registrováno, a současně je kupní cena pro povinného složena do notářské úschovy (popřípadě je ve prospěch povinného otevřen neodvolatelný akreditiv) a současně splnění těchto podmínek je osvědčeno notářem, oprávněný může dotčené akcie povinného převést na třetí osobu **jeho jménem a na jeho účet**. Jinými slovy, pokud je právo požadovat převod akcií, který bylo sjednáno jako registrované, již „aktivizováno“, oprávněná osoba může (za splnění uvedených podmínek – tedy je postaveno na jisto, že bude uhrazena cena za akcie) jednat jako **přímý zástupce** povinného. Toto ustanovení fakticky minimalizuje možnost

<sup>14</sup> Z důvodové zprávy k návrhu novele obchodního zákoníku. Dostupné zde: <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&ZakZborID=13&CisObdobia=6&CPT=1713>

povinného porušit svoji povinnost z práva požadovat převod akcií. Způsob realizace registrovaného práva požadovat převod akcií pak doplňuje § 107 m odst. 2 ZCP, dle kterého může příkaz k registraci převodu akcií podat oprávněný **jménem** povinného jako převodce, pokud současně s tímto příkazem předloží notářské osvědčení.

Právní následky porušení práva požadovat převod akcií pak zákon výslovně reguluje pouze pro případ, kdy právo nebylo registrované podle zvláštního předpisu, a to v § 220y odst. 5 ObchZ. Dle tohoto ustanovení se v případě porušení může **nabyvatel** akcií domáhat (a to opět v prekluzivní lhůtě jednoho roku), (i) aby povinný na něho převedl dotčené akcie v souladu s právem požadovat převod akcií, a to za podmínek, za kterých nabyt akcie od oprávněného, anebo (ii) mu zůstalo zachováno právo požadovat převod akcií. Otázkou se jeví, zda má tato oprávnění i nabyvatel akcií, ke kterým bylo právo registrováno, anebo v tomto případě zákon předpokládá pouze postup shora popsany – tedy, že k realizaci práva může dojít i bez součinnosti povinného. Logice věci by odpovídalo, aby byl nabyvatel akcií s registrovaným právem požadovat převod akcií v případě porušení tohoto práva v (minimálně) stejné pozici, jako v případě práva neregistrovaného. Zákon však výslovně hovoří o neregistrovaných právech, a proto se lze přiklonit spíše k závěru, že v případě registrovaných práv tyto následky s porušením práva požadovat převod akcií zákon nespojuje.

#### 4.4 Právo požadovat nabytí akcií

Poslední z výslovně upravených vedlejších ujednání akcionářů *jednoduché společnosti na akcie* dle rozebírané novely je právo požadovat nabytí akcií. Fakticky jde o kodifikaci jedné z těch částí akcionářských smluv, které upravují postup v případě patové situace ohledně rozhodování o klíčové otázce fungování společnosti (tzv. *deadlock provisions* popřípadě *deadlock resolution clause*). Typicky může jít o situace, kdy je hodnota hlasů akcionářů stejná. Pro tyto případy právní praxe vytvořila několik mechanismů, které určují způsob stanovení ceny akcií, pokud má dojít k ukončení účasti na společnosti některého ze společníků, a jeho podíl má převzít jiný.

A právě jeden z těchto mechanismů „nabízí“ i analyzovaná novela v § 220z ObchZ, a to tak, že sjednání práva požadovat nabytí akcií opravňuje

akcionáře (oprávněný) určit cenu jedné akce a žádat od jiného akcionáře (povinný), aby na něho převedl akcie za takto určenou cenu. Za oprávněného se považuje akcionář, který jako první doručí svůj návrh s určením ceny za jednu akci jinému akcionáři. Pokud však povinný předložený návrh oprávněného nepřijme v lhůtě a způsobem určeným v akcionářské smlouvě, platí, že je za stejných podmínek povinen nabýt akcie od oprávněného. Jinými slovy – v případě patové situace ve společnosti může akcionář požadovat po jiném akcionáři nabytí jeho akcií za cenu, kterou sám určí. Pokud by tento jiný akcionář (označený jako povinný) tento návrh nepřijal, je povinen nabýt za týchž podmínek akcie oprávněného. Zákon k tomuto výslovně uvádí, že ujednání o právu požadovat nabytí akcií musí obsahovat určení podmínek pro jeho výkon (§ 220z odst. 3 ObchZ). Obdobně jako v případech shora popsanych, i zde obsahuje zákon specifické následky porušení tohoto oprávnění. Konkrétně § 220z odst. 4 ObchZ normuje, že pokud povinný v souladu s podmínkami výkonu práva požadovat nabytí akcií neuzavře smlouvu o nabytí akcií oprávněného, je možné se do jednoho roku soudně domáhat nahrazení projevu vůle.

Právo požadovat nabytí akcií – tak jak je upraveno v rozebírané novele – nepředpokládá, že by ho bylo možno sjednat jako registrované, respektive, že by mohlo působit i vůči právním nástupcům. Jde tudíž pouze o ryze obligační ujednání. Variant ujednání typu *shootout*, které se v praxi vytvořily, je značné množství<sup>15</sup>. Je proto otázkou, proč slovenský zákonodárce volí právě tuto variantu a jaký vliv má ustanovení zákona na jiná obdobná dojednání. Jde zejména o stanovenou jednoroční prekluzivní lhůtu pro možnost požadovat nahrazení projevu vůle. Ta by se patrně neuplatnila u jiných typů *deadlock provisions* akcionářských smluv, ale ani v případě obdobného ujednání, které je předpokládáno v § 220z ObchZ, pokud by však šlo o odlišnou formu obchodní korporace. Fakticky tak uvedená novela v tomto ustanovení nepřináší mnoho nového, neboť shodné ustanovení bylo v dispozici společníků i bez výslovného znění zákona.

<sup>15</sup> Mezi tradiční patří zejména tzv. *Russian roulette*, *Texas shoot-out* či *Mexican shoot-out (Dutch auction)*. V zásadě se liší zejména způsobem určení výše kupní ceny akcií.

## 5 Závěrem

Shora byly popsány a analyzovány základní body připravované novely slovenského obchodního zákoníku, která si klade za cíl podpořit vstup investorů do začínajících malých a středních podniků. Cestu k tomu má připravit vytvoření nové formy kapitálové obchodní společnosti - *jednoduché společnosti na akcie*. Specifikem této formy obchodní korporace je – mimo jiné – zvláštní výslovná regulace některých částí akcionářských dohod. Avšak zvláštní způsob regulace akcionářských smluv výhradně v souvislosti s jednou formou obchodní společnosti působí některé interpretační nejasnosti. Problematicky působí zejména otázka normativního dosahu této regulace i na jiné formy obchodních společností. Fakticky jedinou výraznější změnou v oblasti akcionářských smluv představuje zcela nově konstruovaná možnost sjednání zvláštních registrovaných práv, které překračují dispozici smluvní volnosti společníků.

Lze tedy uzavřít, že slovenským zákonodárcem předkládanou koncepci nelze považovat za nejvhodnější inspirační zdroj. Důvody tohoto závěru již byly popsány výše. Navrhovaná novela na jedné straně pouze proklamativně (v některých případech) připouští to, co si již právní praxe osvojila. Takovýto způsob regulace však implicitně naráží na problematiku (sic tradičně zdůrazňované) kogentnosti práva obchodních společností a vyvolává otázku smluvních dispozic účastníků soukromoprávních vztahů v případech, kdy se odchylují od zákonného vzoru. Domnívám se, že v tomto rozsahu analyzovaná novela slovenského obchodního zákoníku reálně nepřináší nic, co by nebylo možné realizovat i v režimu tuzemského zákona o obchodních korporacích. Na druhé straně novela tuto smluvní dispozici překračuje, a to v podobě tzv. registrovaných práv. Lze však mít za to, že vzhledem k relativně přísné zákonné formě a rigidnosti vniku registrovaných práv nelze předpokládat, že by sloužily k naplnění deklarovaného účelu novely – tedy podpoře investorského vstupu širší veřejnosti do začínajících startupů. Závěrečné hodnocení je proto kritické s tím, že je však pouze otázkou právní praxe, zda si možnost sjednávání zvláštních registrovaných práv osvojí, či zůstanou jen okrajově využívanou možností.

**Literature**

- ČERNÁ, S. Vedlejší dohody (sideletters) společníků kapitálových společností. IN: *Obchodněprávní revue*. Roč. 2011, č. 1, s. 1 a násl.
- ČERNÁ, S; ŠTENGLOVÁ, I; PELIKÁNOVÁ, I. *Právo obchodních korporací*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, 637 s. ISBN 978-80-7478-735-5.
- KOŽIAK, J. Několik poznámek k úpravě hlasování valné hromady v návrhu obchodního zákona. IN: *Dny práva - 2008 - Days of law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, 6 s. ISBN 978-80-210-4733-4.
- ROTH, M.: *Shareholders' Agreements in Listed Companies: Germany* [online]. SSRN, University of Marburg - Faculty of Law, 2013 [cit. 30. 12. 2015]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2234348> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2234348>
- ŠTĚRBA, J. Buďte opatrní při joint venture. IN: *Euro*, 2008, č. 14. [online]. Euro.E15.cz [cit. 30. 12. 2015]. Dostupné z: <http://euro.e15.cz/archiv/budte-opatrní-pri-joint-venture-783600>
- ŠUFLIARSKÝ, S. *Návrh novely Obchodného zákonníka – podpora startupov – zavedenie zjednodušenej („jednoeurovej“) akciovej spoločnosti*. [online]. AK Konečná & Zacha, 2015. [cit. 30. 12. 2015]. Dostupné z: <http://www.konecna-zacha.com/articles/view/102>

**Contact – e-mail**

[zbondek@email.cz](mailto:zbondek@email.cz)

# Flexibilita SIEC testu při posuzování spojení soutěžitelů

*Kamil Nejezchleb*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## Abstract in original language

„...Úřad (pro ochranu hospodářské soutěže) spojení nepovolí, pokud by mělo za následek podstatné narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu“. Toto kogentní ustanovení je základním testem pro posouzení fúzí. Je však natolik obecné a má tak širokou škálu možných výkladů a přístupů, že ve skutečnosti substantivní přezkum fúzí závisí a je formován především díky soft law a rozhodovací praxi soutěžních úřadů. Lze dospět k závěru, že takto široce formulované substantivní pravidlo ve své podstatě umožňuje téměř neohraničený vývoj toho, co reguluje, neboť pod korektivem „podstatné narušení hospodářské soutěže“ si lze představit mnohé.

## Keywords in original language

Spojení soutěžitelů; Relevantní trh; Kogentní a dispozitivní norma; Soft Law; Metodika; Ekonomický přístup; Spotřebitelský blahobyť,

## Abstract

“...The Office (The Czech NCA) shall not approve a concentration provided it would result in a substantial distortion of competition in the relevant market”. This obligatory rule is basic test for merger review which is so wide and general that in fact merger assessment is driven and formed almost exclusively by soft law and case law of competition authorities. Conclusion might be that so widely formulated substantive rule if fact enables almost unbounded development of regulation because under the term “substantial distortion of competition” one could imagine a lot.

## Keywords

Merger; Relevant Market; Mandatory and Discretionary Rules; Soft Law; Guidelines; Economic Approach; Consumer Welfare.

## Úvod

„Úřad (pro ochranu hospodářské soutěže) spojení nepovolí, pokud by mělo za následek podstatné narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu“.<sup>1</sup> Toto kogentní ustanovení obsažené v zákoně č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOHS“) je základním testem pro posouzení fúzí (dále též „SIEC test“),<sup>2</sup> který je však natolik široký, že ve skutečnosti substantivní přezkum spojování soutěžitelů závisí především na rozhodovací praxi soutěžních úřadů výrazně ovlivňované prostřednictvím soft law. Lze dospět k závěru, že takto široce formulované substantivní pravidlo ve své podstatě umožňuje velmi neohraničený výklad toho, co reguluje, neboť pod korektivem „podstatné narušení hospodářské soutěže“ si lze představit mnohé.

### 1 Obecná „nejednotnost“ v cíli ochrany hospodářské soutěže

Otázkou, jaká jednání vlastně mohou narušit hospodářskou soutěž, se obvykle zabývají soutěžní orgány při formulování tzv. teorií újmy,<sup>3</sup> které mají vysvětlovat, zejména z ekonomického hlediska, proč určitá jednání působí negativně na hospodářskou soutěž. Prakticky se však při jejich formulaci děje to, že se zkoumá, zda vlivem určitého jednání dojde ke snížení spotřebitelského blahobytu, resp. k jevům jako je zvýšení cen, snížení produkce, snížení variability výrobků nebo omezení inovací. Přitom jsou zvažovány především dva aspekty, a to, zda soutěžitel (soutěžitelé) mají svým jednáním schopnost hospodářskou soutěž narušit a dále, zda k tomu mají motivaci z hlediska jejich předpokládaného racionálního chování, za který je v oblasti hospodářské soutěže zásadně považována maximalizace zisku.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Srovnej § 17 odst. 3 ZOHS.

<sup>2</sup> Podrobněji např. RÖLLER, Lars-Hendrik; DE LA MANO, Miguel. The impact of the new substantive test in European merger control. *European Competition Journal*, 2006, 2.1: 9-28.

<sup>3</sup> Blíže k teoriím újmy zejména v oblasti posuzování spojení soutěžitelů např. FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. Antitrust evaluation of horizontal mergers: An economic alternative to market definition. *The BE Journal of Theoretical Economics*, 2010, 10. 1.

<sup>4</sup> Při zkoumání chování soutěžitelů se obvykle využívá z tzv. teorie her. Blíže např. BINMORE, K. *Teorie her: —a jak může změnit váš život*. 1. vyd. v českém jazyce. Praha: Dokořán, 2014, 230 s. Aliter (Argo: Dokořán): Dokořán). ISBN 978-80-7363-549-7.

Pokud se však nad výše uvedeným zamyslíme hlouběji, dospíváme nezbytně k závěru, že ochrana samotné efektivní hospodářské soutěže je, minimálně z hlediska aktuálně účinného znění ZOHS, tím základním chráněným zájmem.<sup>5</sup> Nicméně při použití teorie újmy jako základu jejího posuzování, je úroveň soutěže zkoumána v praxi nikoliv na základě její samotné existence, či podmínek pro ni, ale spíše až dle toho, jaký má určité soutěž ovlivňující jednání efekt na blahobyt spotřebitele. Jinak řečeno jednání soutěžitelů měřené a zkoumané na základě teorie újmy vlastně není posuzováno dle svého vlivu na hospodářskou soutěž jako ekonomický jev *sui generis*, ale spíše podle svého dopadu na blahobyt spotřebitele. Teorie újmy se totiž neptá na to, zda je narušena soutěž jako ekonomický jev, ale na to, jaký vliv má určité jednání na blahobyt, a pokud je tento vliv negativní, dovozuje, že se jedná o jednání protisoutěžní. Je pak otázkou, zda je dodržován opravdu v ZOHS stanovený cíl ochrany hospodářské soutěže, přičemž ten plyne z předpokladu, že soutěž jako taková sama o sobě garantuje a generuje maximalizaci blahobytu, a to tak, že vlastně nelze předem měřit a odhadovat jakým způsobem.

Lze tedy shrnout, že můžeme buď věřit tomu, že je třeba chránit soutěž samu o sobě jako hodnotu, která dlouhodobě zajistí blahobyt bez ohledu na vše ostatní, nebo posuzovat, jaké reálné účinky hospodářskou soutěž ovlivňující jednání soutěžitele(ů) má na blahobyt spotřebitele, a pokud jsou tyto účinky negativní, je takové jednání třeba reprobovat. Jedná se vlastně o to, co je prostředkem, a co je cílem, resp. zda lze chránit prostředek na základě zkoumání cíle, nebo je třeba jej chránit na základě jiných kritérií. Otázkou je však jakých, protože bez jejich stanovení a ještě s úvahou, že dopad jednání na cíl ochrany nelze vlastně brát na zřetel, neboť je ekonomicky měřitelný jen krátkodobě,<sup>6</sup> hrozí riziko, že ochrana hospodářské soutěže bude nekonzistentní a bude snadno zneužitelná.

<sup>5</sup> Srovnej § 1 odst. 1 ZOHS.

<sup>6</sup> O tom, že ochrana soutěže by neměla být redukována na ekonomicky měřitelný blahobyt spotřebitele, a že ochrana soutěže má i další cíle např. BEJČEK, Josef. Ekonomický redukcionismus a normativní individualismus v evropském soutěžním právu? In *Dny práva – 2008 – Days of Law, 2. ročník mezinárodní konference*. Brno: Masarykova univerzita, 2008. s. 1039 - 1068, 20 s. ISBN 978-80-210-4733-4.



## 2 Substantivní přezkum spojování soutěžitelů – jak vlastně na něj?

Pokud se touto, a uznávám, že velmi rozostřenou, optikou platnou obecně pro celé soutěžní právo, podíváme na posuzování spojování soutěžitelů, je třeba si položit otázku, čím se tedy máme zabývat. Zda tím, že výsledkem toho, že dříve samostatní soutěžitelé budou na trhu působit jako jedna entita (díky spojení, či nabytí nebo změně kvality kontroly), dojde k výše popsaným negativním efektům na spotřebitele (zvvyšování cen, snižování výběru, inovací), nebo tím, zda spojení ovlivní hospodářskou soutěž tak, že bude podstatně narušena. Přitom ZOHS v tomto ohledu hovoří v SIEC testu sice jasně,<sup>7</sup> ale na druhé straně nedává sám o sobě návod, na základě jakých kritérií bychom měli zjišťovat, zda a kdy je opravdu hospodářská soutěž podstatně narušena.

Uspokojivou odpověď na to, kdy taková situace nastane, rozhodně nenalézáme ani jinde v textu ZOHS. Nicméně je zde alespoň stanoveno, že pokud podíl soutěžitelů na relevantním trhu nepřesáhne 25 %, existuje vyvratitelná domněnka, že dané spojení soutěžitelů nebude mít za následek podstatné narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu, a dále k podstatnému narušení soutěže dochází zejména, pokud v jeho důsledku vzniká či je posíleno na relevantním trhu dominantní postavení.<sup>8</sup> Lze dovozovat, že to, zda je hospodářská soutěž podstatně narušena, závisí a mělo by se vzhledem ke znění ZOHS posuzovat a zkoumat zásadně především s ohledem na tržní podíl spojujících se soutěžitelů a dále s ohledem na to zda spojení soutěžitelů nějakým způsobem posílí, či zapříčiní vznik dominantního postavení.

Nicméně, tím, že ZOHS obsahuje výše uvedené kritérium založené na tržním podílu pouze jako vyvratitelnou domněnku a posilování či vytváření dominantního postavení pouze jako demonstrativní uvedení nejtypičtějšího případu, kdy spojení soutěžitelů může podstatně narušovat hospodářskou soutěž, nutně vyvstává otázka, v jakých případech k tomuto jevu opravdu dochází, přičemž o tom dle ZOHS má rozhodovat výhradně Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „ÚOHS“).

<sup>7</sup> Text § 17 odst. 3 ZOHS, resp. SIEC test nikde nehovoří o dopadu na spotřebitele, ani blahobyť. Lze tak dovodit, že za jediné kritérium považují ochranu hospodářské soutěže jako takové.

<sup>8</sup> Srovnej § 17 odst. 3 ZOHS.

Vedle toho v ZOHS existuje obecný demonstrativní seznam kritérií, ke kterým má ÚOHS přihlížet při rozhodování o návrhu na povolení spojení, tedy nepochybně především při analyzování dopadu spojení na hospodářskou soutěž.<sup>9</sup> Tato kritéria jsou potřeba zachování a rozvíjení účinné hospodářské soutěže, struktura všech spojení dotčených trhů, podíl spojujících se soutěžitelů na těchto trzích, jejich hospodářská a finanční síla, právní a jiné překážky vstupu dalších soutěžitelů na spojení dotčené trhy, možnost volby dodavatelů nebo odběratelů spojujících se soutěžitelů, vývoj nabídky a poptávky na dotčených trzích, potřeby a zájmy spotřebitelů a výzkum a vývoj, jehož výsledky jsou k prospěchu spotřebitele a nebrání účinné soutěži. ZOHS však již nedává žádný návod, jak by tato kritéria měl ÚOHS zkoumat, hodnotit, jakou mají např. vzájemnou váhu, jak je měřit a kdy které použít či naopak nepoužít.

To evidentně dokládá, že zákonodárce dal v této oblasti obrovskou diskreci pro ÚOHS a světil mu tak vlastně vymezení toho, kdy vlivem spojení soutěžitelů dochází k podstatnému narušení hospodářské soutěže, a to zejména přímo prostřednictvím v čase se vyvíjející rozhodovací praxe a dále obecné možnosti v tomto ohledu eventuálně vydat nějaký metodický pokyn či svou politiku v této oblasti např. proklamovat na odborných konferencích atd. Rozhodovací praxe ÚOHS pak podléhá následné korekci ze strany soudů, jež by měla zaručovat její legalitu. Při soudním přezkumu může samozřejmě dojít i ke zkoumání závaznosti a platnosti případných metodických pokynů vydaných ze strany ÚOHS. To však jen za předpokladu, že se dané rozhodnutí v rámci svého přezkumu vůbec k soudu dostane.

K tomu je však třeba říci, že v České republice je situace v oblasti možnosti přezkumu spojování soutěžitelů ze strany soudů poněkud specifická, neboť za stávající právní úpravy je šance, že rozhodnutí povolující spojení soutěžitelů bude přezkoumáno soudy extrémně nízká díky tomu, že účinně a smysluplně lze napadnout vlastně pouze rozhodnutí, kterým spojení soutěžitelů ÚOHS zakazuje.<sup>10</sup> Když k tomuto závěru přidáme realitu přezkumu

<sup>9</sup> Viz § 17 odst. 1 ZOHS.

<sup>10</sup> Srovnej NEJEZCHLEB, Kamil. Rozklad podaný „neúčastníkem“ řízení proti rozhodnutí o povolení fúze - překvapivé rozhodnutí Krajského soudu. In *Dny práva 2013 – Days of law 2013, Část IV., Právní ochrana proti nepravomocným správním aktům (individuálním i smíšeným)*. Brno: Masarykova Univerzita, 2013. s. 178-191, 14 s. ISBN 978-80-210-6811-7 ve spojení s rozhodnutím Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs. 72/2013 – 127.

spojování soutěžitelů ze strany ÚOHS v ČR, kdy za celou dobu existence ÚOHS<sup>11</sup> byla zakázána pouze tři spojení, z toho poslední v roce 2001,<sup>12</sup> je nasnadě, že soudní judikatury v oblasti přezkumu spojování soutěžitelů je v České republice velmi málo.<sup>13</sup> V tomto ohledu lze však říci, ani v unijní praxi není příliš časté, aby rozhodnutí Evropské komise (dále jen „Komise“) byla přezkoumávána soudy, a to především s ohledem na to, že i na úrovni EU je drtivá většina spojení povolována.<sup>14</sup>

S ohledem na relativní chudost soudní judikatury týkající se substantivního přezkumu spojování soutěžitelů v České republice mohou být nesporně těžištěm toho, kde nalézáme informace o tom, jaká spojení soutěžitelů povedou či nepovedou k podstatnému narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu, především příslušné metodické pokyny soutěžních orgánů<sup>15</sup> a samozřejmě jejich rozhodovací praxe. Pro ÚOHS jako člena evropské sítě soutěžních orgánů ECN a rovněž obecně pro Českou republiku, která je členským státem Evropské unie, jsou, při absenci jeho vlastních, nepochybně nejvýznamnější metodické pokyny týkající se substantivního přezkumu spojování soutěžitelů vydané Komisí.<sup>16</sup>

11 Samostatný ÚOHS zahájil svoji činnost od 1. listopadu 1996. Před jeho vznikem byla ochrana hospodářské soutěže svěřena Ministerstvu pro hospodářskou soutěž.

12 Rozhodnutí ÚOHS č. j. S 31/01-1648/01 ze dne 27. 9. 2001.

13 Většina soudní judikatury v oblasti spojování soutěžitelů se týká přiznání postavení účastníka řízení a možnosti obrany proti rozhodnutím ÚOHS ze strany neúčastníků řízení o povolení spojení a nikoliv substantivního přezkumu spojení.

14 Od roku 2004 Komise nepovolila pouze 5 notifikovaných spojení soutěžitelů. Srovnaj statistiku týkající se kontroly spojování soutěžitelů Komise. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

15 Nejznámější jsou zejména metodické pokyny Komise a soutěžních orgánů USA. Konkrétně se jedná o Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03). Úřední věstník C 031, 05/02/2004 S. 0005 – 0018, Pokyny pro posuzování nehorizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2008/C 265/07). Úřední věstník C 265, 18/10/2008 S. 0006 – 0025, Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice a the Federal Trade Commission ze dne 19. 8. 2010 a Non-Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (Původně vydány jako součást “U.S. Department of Justice Merger Guidelines,” ze dne 14. června, 1984.)

16 ÚOHS na ně ve svých rozhodnutích týkajících se spojení soutěžitelů relativně pravidelně odkazuje a podpůrně k nim přihlíží, přičemž vlastní metodický pokyn pro substantivní přezkum spojování soutěžitelů zatím nepublikoval.

Obecně je třeba zdůraznit, že metodické pokyny při svém vzniku neprocházejí tedy legislativním procesem, a je třeba je ve světle judikatury<sup>17</sup> považovat za pouze doporučující, resp. ukazující, jakým způsobem jejich tvůrci řeší v nich upravenou problematiku. Je nutno dodat, že pro své tvůrce by měly být jimi vydávané metodické pokyny závazné,<sup>18</sup> resp. soutěžní orgán, který vydá metodiku, by se jí měl při svém rozhodování řídit, případně náležitě a podrobně odůvodnit, proč příslušná metodika nelze v tom kterém konkrétním případě uplatnit. Vzhledem ke svému charakteru pokyny a metodiky mohou být relativně snadno měněny a novelizovány bez nutnosti, aby docházelo ke změně odpovídajících zákonných ustanovení, přičemž zásadním kritériem při jejich přijímání je, že nesmějí být v rozporu s obecně závaznými právními předpisy. V tomto smyslu lze říci, že metodické pokyny Komise obecně díky tomu, že je nevydal ÚOHS sám, pro něj dle mého názoru nutně postrádají výše uváděnou závaznost metodických pokynů pro své tvůrce, a může se tak od nich ve své rozhodovací praxi teoreticky odchylovat. To samozřejmě platí i pro pokyny Komise v oblasti substantivního posuzování spojování soutěžitelů.

V případě metodických pokynů týkajících se substantivní kontroly spojování soutěžitelů by k jejich tvorbě mělo zřejmě docházet zejména s ohledem na vývoj poznání ohledně toho, jaký skutečný dopad mají různá spojení

<sup>17</sup> Srovnej rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze den 6. 10. 2015 ve věci C-23/14, Post Danmark II, ve kterém bylo řečeno, že test pro posuzování zneužití dominantního postavení stanovený v metodice Komise není nezbytný pro prokázání zneužití. Je tedy nepochybně analogicky možné dovodit, že jiný test obsažený v metodice týkající se kontroly koncentrací může být ze strany soudů rovněž označen za nikoliv nezbytný, či dokonce špatný.

<sup>18</sup> Rozsudek NSS č. j. 2 Ans. 1/2005 - 55 ze dne 28. 4. 2005 uvádí: „*Pokyny ministerstev jsou interními předpisy, které upravují a sjednocují praxi správních orgánů. Přestože pokyny ministerstev nejsou obecně závaznými právními předpisy, správní orgány mají povinnost se jimi ve své právní praxi řídit, což neplatí pouze v případě, že by se taková praxe neslučovala s obecně závaznými právními předpisy. Nejvyšší správní soud se povahou metodických pokynů a závazností správní praxe správních orgánů zabýval již v několika svých rozhodnutích, na základě kterých je možné stručně definovat závaznou správní praxi pomocí 1. kritéria zákonnosti – musí se jednat výhradně o praxi (činnost, příp. nečinnost), která je stanovena v souladu se zákonem, resp. vytvořena na základě zákonem svěřené pravomoci, přičemž nesmí zasahovat do zákonem zaručených práv soukromých osob, a 2. kritéria předvidatelnosti – praxe je ze strany příslušných správních orgánů všeobecně přijímána a dodržována, je možné legitimně očekávat stejný postup v podobných případech. Jestliže se taková praxe vytvořila, správní orgán se od ní nemůže v jednotlivém případě odchýlit, neboť takový jeho postup by byl libovůlní, která je v právním státě (viz čl. 1 odst. 1 Ústavy) nepřijatelná. Ze zásady zákazu libovůlně a neodůvodněné nerovného zacházení (viz čl. 1 věta první Listiny základních práv a svobod) vyplývá princip vázanosti správních orgánů vlastní správní praxí v případě, že mu zákon dává prostor pro uvážení, pokud se taková praxe vytvořila“.*

soutěžitelů na trhu na hospodářskou soutěž, případně jak její narušení ovlivňuje cíl ochrany hospodářské soutěže, ať už je stanoven jakkoliv. Toto je zásadně ovlivněno poznáním zejména ekonomickým a je třeba říci, že v nemalé míře závisí i na množství dostupných dat, na základě kterých lze více či méně přesně odhadovat či zpětně analyzovat dopady jednotlivých spojení. Je však třeba se v tomto ohledu ptát „dopady“ na co? Zda na trh obecně (jak to ale měřit), inovace, ceny, pluralitu výrobků a služeb, množství zboží atd.

Uvnitř stále stejného základního substantivního pravidla pro kontrolu spojování soutěžitelů tak v praxi v průběhu času může docházet k vývoji jeho posuzování (nové metodické pokyny, rozhodovací praxe, nové ekonomické testy a metody atd.), přičemž legalita tohoto vývoje je v České republice v podstatě nepřezkoumávána a nekontrolována ze strany soudů. Navíc tento vývoj může být prakticky ovlivňován do značné míry např. i pouhou aplikací nových statistických či ekonometrických postupů a použitím nových metod a testů jako jsou např. UPP, GUPPI, CMC R či sofistikované simulační modely fúzí<sup>19</sup> v konkrétních rozhodnutích ÚOHS.

Lze shrnout, že díky vysoké obecnosti substantivního testu pro posuzování, zda spojení soutěžitelů má či nemá být umožněno, a skutečnosti, že k soudnímu přezkumu rozhodnutí v této oblasti v České republice, nicméně i na úrovni Komise, dochází velmi zřídka, hrají klíčovou roli pro vývoj substantivního přezkumu spojování soutěžitelů především metodické pokyny soutěžních orgánů a jejich rozhodovací praxe.

Jejich vývoj však z hlediska zákonnosti musí být za všech okolností vždy podřízen jedinému nejvyššímu kritériu určovanému právě v nejvyšší obecnosti základním substantivním testem, tedy zda vlivem spojení soutěžitelů nedojde k podstatnému narušení hospodářské soutěže (SIEC test). Otázkou však zůstává jak posuzovat, kdy k němu tedy má vlastně dojít? Jestliže odpověď na to je specifikována v rámci metodik a rozhodnutí vztahujících se ke spojování soutěžitelů, je třeba zkoumat jejich obsah, abychom pochopili, na jakých principech tedy soutěžní orgány zkoumají, zda je soutěž podstatně narušena a jakým způsobem je podstatné narušení soutěže měřeno.

<sup>19</sup> Blíže k různým testům použitelným při analyzování spojování soutěžitelů např. WERDEN, Gregory J.; FROEB, Luke M. Choosing among tools for assessing unilateral merger effects. *European Competition Journal*, 2011, 7.2: 155-178.

Lze uzavřít, že bez znalosti jasné a srozumitelné odpovědi na otázku, jak poznáme, že hospodářská soutěž je podstatně narušena, není patrně možné, aby vývoj rozhodování v této oblasti byl koherentní a současně bylo zaručeno, že její ochrana nebude zneužita k jiným účelům, než kvůli kterým byla zavedena.<sup>20</sup> Osobně se domnívám, že k tomuto poznání nelze dospět bez jasné formulace toho, co je cílem soutěžního práva. V tomto ohledu je pak třeba říci, že dosavadní judikatura českých soudů ohledně smyslu ZOHS uvádí, že jeho smyslem je ochrana hospodářské soutěže jako ekonomického jevu.<sup>21</sup> To však považuji za poněkud problematické z hlediska aplikace ZOHS nejen v oblasti spojování soutěžitelů, ale i obecně, neboť nevím, jakým způsobem zjistit či dokonce měřit, že nějaký jev sám o sobě, je jednáním narušen, či narušen podstatně, a to bez toho, abych věděl, k čemu má tento jev směřovat. Je to jinými slovy podobné, jako bych chtěl zkoumat a chránit jev „světlo“ bez toho, abych formuloval, jak měřit jeho dostatečnost či alespoň, zda je lepší než to stávající, a to navíc bez toho, abych věděl k čemu má vlastně ve svém důsledku vést a co konkrétně kladného má přinášet.

### 3 Přezkum na bedrech soutěžních úřadů

Významněji se ke koncepci a smyslu ochrany hospodářské soutěže v oblasti kontroly koncentrací vyjadřuje NSS v již starším rozhodnutí týkajícím se rozhodnutí ÚOHS, kterým nebylo povoleno spojení soutěžitelů působících na trhu balené přírodní vody minerální a stolní a trhu balené ochucené vody minerální a stolní. K uvedenému rozhodnutí je třeba poznamenat, že je z doby, kdy ještě byl účinný minulý zákon o ochraně hospodářské soutěže č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže. Přesto, díky jeho obecnosti a neexistenci novějšího soudního rozhodnutí týkajícího se substantivního posuzování dopadu spojení soutěžitelů na hospodářskou soutěž

<sup>20</sup> I v tomto ohledu je třeba si uvědomit, že neexistuje ani jednotnost v tom smyslu, co je vlastně cílem ochrany hospodářské soutěže, resp. cíle např. v USA a Evropě se zdají být různé, byť dle mého názoru zejména v posledních letech ze strany Komise dochází k přichylování se k chápání cíle soutěžního práva podobně jako v USA, tedy ochranu spotřebitelského blahobytu. K různým cílům a východiskům soutěžní politiky blíže např. BEJČEK, Josef. Ekonomický redukcionismus a normativní individualismus v evropském soutěžním právu? In *Dny práva – 2008 – Days of Law*, 2. ročník mezinárodní konference. Brno: Masarykova univerzita, 2008. s. 1039- 1068, 20 s. ISBN 978-80-210-4733-4.

<sup>21</sup> Např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále též „NSS“) č. j. 6 As. 47/2014 – 82 ze dne 11. 03. 2015.

v České republice, lze v něm uvedené obecné závěry k substantivnímu posuzování spojování soutěžitelů ze strany ÚOHS, a především vymezení úlohy případného soudního přezkumu rozhodnutí ÚOHS v této oblasti, vztahovat i na současnou dobu.

Zmiňované rozhodnutí přímo k posuzování spojování soutěžitelů uvádí... *Pravidla, jimiž se úřad* (ÚOHS – pozn. autora) při svém rozhodování řídí, mohou vycházet z různých konceptů, z nichž nejbližší, které ovlivňuje naše nazírání na trh, je teorie efektivní soutěže a teorie svobody soutěže. Hayekova teorie efektivní soutěže, vycházející z protipólů trhu dokonalé konkurence a monopolního trhu, byla dále v dílech J.M.Clarka, Posnera a Stiglera rozvinuta a zůstává při faktu nedokonalé konkurence. Je tak třeba usilovat o dosažení efektivní soutěže; **hlavním cílem je přitom blahobyt spotřebitelů, nabytý cestou zvyšování efektivity podniků a ochrana soutěže je nástrojem k dosažení tohoto cíle** (zvýrazněno autorem). *Freiburská škola třicátých let XX. století, jež ovlivnila německé kartelové právo* (Katzenbach, Hoppmann) *vychází z teze, že soutěžní politika má chránit soutěž samu o sobě, přibližovat strukturu trhu co nejvíce modelu dokonalé konkurence a potom se pozitivní ekonomické efekty dostaví samy. Omezení soutěže není možno normativně vymezit a je potřebné je posuzovat případ od případu. Zohledňují se přitom politické a sociální aspekty. Neujasněnost právní filozofie při formulování citovaného paragrafu neumožňuje správnímu orgánu ani soudu důslednou aplikaci toho kterého vyhraněného pojetí soutěžní politiky a současně ani včlenit mezi kritéria přezkumu zákonnosti správního rozhodnutí konkrétní dílčí aspekty, jimiž má být poměr mezi újmou a výhodami poměřován. Je zde tedy významný prostor, který zákonodárce správnímu orgánu světil, pro úvahu o povolení fúze... Rozhraničení relevantních výrobních a oblastních trhů, zhodnocení pozice na trhu, odhad nedovolených omezení hospodářské soutěže v odpovídajícím tržním kontextu jsou veskrze záležitostí posouzení. Toto je pak vedeno ekonomickým chápáním, ekonomickou teorií, mírou odpovědnosti či zdravým rozumem. Ekonomická analýza stěží dokáže s matematickou přesností přesvědčit o jediném možném výsledku hmotněprávního přezkumu fúzí. V tomto směru je pak z důvodů shora podaných jasné, že role*



*soudu se vyčerpává na typických prvcích přezkumu správních rozhodnutí, jakými jsou zákonnost, kontinuita rozhodnutí, základní principy, přesvědčivost. Čím více je však rozhodnutí závislé na posouzení jiných, nežli právních argumentů, tím více odpovědnosti za výsledek se přenáší na správní orgán, a v tomto je role orgánu moci výkonné nezastupitelná (zvýrazněno autorem). Na tom se v konečné fázi projevuje dělba moci ve státě a soud má za to, že není důvod na tom cokoli měnit.<sup>22</sup>*

Z uvedeného textu relativně jasně vyplývá, že NSS je srozuměn s tím, že ÚOHS nese zcela zásadní zodpovědnost za výběr hledisek a kritérií, kterými se při svém substantivním přezkumu spojování soutěžitelů řídí a současně uvádí, že dle něj není možné normativně vymezit, co se rozumí omezením hospodářské soutěže.<sup>23</sup> Je dále možno rovněž dovozovat, že odpovědnost za výsledek i vývoj substantivního přezkumu spojování soutěžitelů do značné míry navíc nutně přechází a přecházela na ÚOHS v závislosti na tom, nakolik používá kvantitativních technik, resp. ekonomických metod a modelů při svém substantivním přezkumu spojování soutěžitelů.

Pro srovnání, v oblasti přezkumu spojení soutěžitelů co do substantivní stránky na úrovni unijní dochází v posledních letech k jeho výrazné ekonomizaci ze strany Komise. Ta je však založena na pravidelném využívání teorií újmy a předpokladu, že dopady spojení na hospodářskou soutěž jsou měřitelné a posuzovatelné na základě zkoumání jejich efektu na spotřebitelský blahobyt. Z toho vyplývá, že spotřebitelský blahobyt<sup>24</sup> je tedy standardem, na základě kterého v současné době Komise ve svém důsledku posuzuje,

<sup>22</sup> Rozhodnutí NSS č. j. 2 A 10/2002 - OL - 269 ze dne 13. 4. 2004.

<sup>23</sup> Je však nutno si uvědomit, že ty nejprestižnější soutěžní autority na světě, např. Komise a americké DOJ a FTC, při substantivním posuzování spojení soutěžitelů zásadně formulují různé teorie újmy o tom, jak posuzované spojení dopadne ve výsledku na spotřebitele a při jejich verifikování pak zásadně kvantifikují tento dopad, k čemuž používají čím dál více ekonomických metod a modelů, založených na čím dále větším množství dat. Tedy že při v podstatě velmi podobném formulovaném substantivním testu spojování soutěžitelů jako je v ZOHS, vycházejí při jeho aplikaci ze zkoumání dopadu spojení na blahobyt spotřebitele.

<sup>24</sup> K diskuzi o tom, zda spotřebitelský blahobyt je tím správným cílem ochrany soutěžního práva, či zda by měly být zvažovány i jiné standardy blíže např. BLAIR, Roger D. a Daniel SOKOL. Welfare Standards in U.S. And EU Antitrust Enforcement. SSRN Electronic Journal. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2195938>.



zda spojení soutěžitelů má, či nemá být povoleno.<sup>25</sup> Na rozdíl od ní ÚOHS jasný standard a cíl ochrany, dle kterého by posuzoval spojování soutěžitelů, a ostatně i jiné praktiky, formulován nemá, ani se oficiálně dle mých vědomostí k žádnému takovému cíli nehlásí. Navíc, pokud se podíváme do rozhodovací praxe soudů a ostatně i praxe samotného ÚOHS, nutně musíme dojít k závěru, že ÚOHS může jen obtížně bez změny zákona či změny příslušné soudní judikatury oficiálně formulovat a proklamovat za jednotný cíl ochrany soutěžního práva bez dalšího souladně s Komisí spotřebitelský blahobyt, ale v souladu s dosud nepřekonanou judikaturou,<sup>26</sup> by měl za tento cíl patrně vnímat spíše obecně ochranu hospodářské soutěže jako ekonomického jevu. Je však samozřejmě možné a dle autora vhodné, aby se ÚOHS pokusil v některém ze svých rozhodnutí, či přímo vydáním nějaké metodiky tento stávající cíl ochrany soutěžního práva překonat a formulovat jej nově, souladně s Komisí, jako ochranu spotřebitelského blahobytu.

I bez výslovného pokusu o jasné formulování cíle ochrany hospodářské soutěže v oblasti spojování soutěžitelů spočívajícího v ochraně spotřebitelského blahobytu díky flexibilnímu nastavení a vysokému stupni obecnosti SIEC testu má ÚOHS v praxi možnost pomocí aplikace kvantitativních metod a různých ekonomických testů a rovněž odkazováním se na praxi Komise ve své podstatě aplikovat standard spotřebitelského blahobytu jakožto cíl ochrany hospodářské soutěže, byť se to zdá býti v určité disproporcii s nahlížením na stávající soudy aprobovaný cíl spočívající v ochraně soutěže jakožto ekonomického jevu.

<sup>25</sup> Srovnej Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03). Úřední věstník C 031, 05/02/2004 S. 0005 – 0018 a Pokyny pro posuzování nehorizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2008/C 265/07). Úřední věstník C 265, 18/10/2008 S. 0006 – 0025, ze kterých lze na mnoha místech vyčíst, že posuzování spojení je zásadně činěno s ohledem na újmu, kterou způsobí spotřebitelům, resp. při ekonomickém modelování jsou zpravidla zkoumány parametry ovlivňující blahobyt konečného spotřebitele a na jejich základě je dovozováno, zda spojení bude mít značný negativní dopad na hospodářskou soutěž a dále např. EDITED BY MEL MARQUIS AND PHILIP LOWE. European competition law annual 2010: merger control in European and global perspective. Oxford: Hart, 2012. ISBN 18-494-6200-3. S.61-62.

<sup>26</sup> Tento cíl, jak už je uvedeno výše, je formulován i v relativně recentním rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále též „NSS“) č. j. 6 As. 47/2014 – 82 ze dne 11. 03. 2015.

## 4 SIEC test v praxi ÚOHS z hlediska aplikace ekonomických metod

Pokud chceme zjistit, jak moc je výše zmiňovaná flexibilita SIEC testu využita a nakolik praxe ÚOHS vlastně zapřičiňuje „prorůstání“ ekonomického přístupu a myšlení i do oblasti substantivního přezkumu spojování soutěžitelů a vede tedy ve svém důsledku k přibližování se standardu cíle soutěžního práva spočívajícího v ochraně spotřebitelského blahobytu, je tedy nezbytné zkoumat to, jakým způsobem ÚOHS dosud ve své rozhodovací praxi posuzoval dopady spojení a zda přitom využil nástroje a postupy, které ve svém důsledku nutně vedou ke zmiňovanému standardu.

Konkrétně, jestli je ze strany ÚOHS, zejména v posledních letech, kdy tento trend je zřetelný v praxi Komise, pravidelně využíváno různých více či méně sofistikovaných kvantitativních ekonomických metod, resp. jakým způsobem a zda ÚOHS využívá kvantitativní, statistické či ekonometrické testy používané Komisí,<sup>27</sup> a to nejen k posouzení jejich dopadu přímo z hlediska substantivního posouzení dopadu spojení, ale rovněž např. pro účely vymezení relevantního trhu,<sup>28</sup> které při dosud v České republice naprosto převládajícím nepřímém (strukturálním) posuzování dopadů spojení soutěžitelů založeném především na zkoumání jejich podílů na trhu a obecně jeho koncentraci, je v drtivé většině případů naprosto klíčové.

Dále je vhodné se podívat, zda ÚOHS využívá i některé přímé indikátory potenciálně problematických spojení (např. UPP či GUPPI)<sup>29</sup> a rovněž, zda ÚOHS ve svých rozhodnutích v oblasti spojování soutěžitelů využívá

<sup>27</sup> Blíže k různým testům používaným v této oblasti např. NEJEZCHLEB, Kamil a Zuzana HAJNÁ. Ekonomická analýza a kvantitativní metody při posuzování spojování soutěžitelů. *Antitrust, Sdružení KAIROS*, 2015, roč. 2015, č. 1, s. 4-10. ISSN 1804-1183.

<sup>28</sup> Blíže k problematice vymezení relevantního trhu pro účely soutěžního práva např. viz OECD Round table on Market Definition. Note by the Delegation of the European Union (2012). Dostupné z: [http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2012\\_jun\\_market\\_definition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2012_jun_market_definition_en.pdf)

<sup>29</sup> Testy UPP a GUPPI, neboli testy zvané upward pricing pressure a gross upward pricing pressure spočívají ve zkoumání toho, zda spojením soutěžitelů vzniklý subjekt bude mít motivaci zvyšovat ceny, a to bez nutnosti zkoumat relevantní trhy a podíly spojujících se soutěžitelů na nich. K těmto testům blíže např. OLDALE, A.; PADILLA, J. EU Merger Assessment of Upward Pricing Pressure: Making Sense of UPP, GUPPI, and the Like. *Journal of European Competition Law*. 2013-07-30, vol. 4, issue 4, s. 375-381. DOI: 10.1093/jeclap/lpt042. Dostupné z: <http://jeclap.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/jeclap/lpt042>.

obecně odkazů na ekonomickou literaturu a opírá se o ekonomické teorie. Přitom je nezbytné rovněž analyzovat, jaké kvalitativní argumenty používá ÚOHS v rozhodnutích při substantivním posuzování fúzí.

Z rozhodovací praxe ÚOHS vyplývá, že více ekonomický přístup, resp. užití ekonomických metod a testů, se i v rámci ČR sice omezeně, ale přesto již viditelně v oblasti přezkumu spojování soutěžitelů projevuje. ÚOHS v této oblasti využil některých kvantitativních metod, zejména pro stanovení relevantního trhu, avšak i pro samotné posouzení efektů spojení.<sup>30</sup> Je samozřejmě možné, že ÚOHS využil i další kvantitativní nestrukturální metody, avšak pokud je mi známo, muselo by k tomu dojít pouze neformálně při předběžném či doplňujícím zkoumání. Nicméně toto použití nelze hodnotit, neboť i kdyby k němu došlo, nemůže mít právně žádný vliv na výsledné substantivní posouzení spojení, pokud není obsaženo a vyargumentováno přímo v textu rozhodnutí.

Je třeba shrnout, že v české praxi zatím ÚOHS nedospěl v tomto ohledu zdaleka tak daleko jako např. Komise. ÚOHS sice již ve své rozhodovací praxi v oblasti spojování soutěžitelů využil různých ekonomických testů a metod,<sup>31</sup> avšak spíše základních a dosud naopak nevyužil některé na unijní úrovni již relativně standardně používané a ustálené postupy, metody a testy. Jako příklady lze uvést např., že ve svých rozhodnutích nepoužil dosud žádný simulační model fúze či výše zmiňované indikátory UPP a GUPPI.

## Závěr

Z hlediska samotného využívání ekonomických kvantitativních metod v praxi ÚOHS při posuzování spojování soutěžitelů (které, jak je výše popsáno, není

<sup>30</sup> Pro ilustraci některé kvantitativní metody byly využity např. v rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S472/2011/KS-7043/2012/840/RPI a rozhodnutí ÚOHS ze dne 13. 12. 2011, č. j. ÚOHS-S489/2011/KS-19817/2011/840/DVá.

<sup>31</sup> Určité základnější ekonomické metody jsou zmíněny v rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S489/2011/KS-19817/2011/840/DVá ze dne 13. 12. 2011 (Aelia Czech Republic, s. r. o. a UG Air, a. s.), rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S178/2011/KS-16953/2011/840/RPI ze dne 25. 10. 2011 (Český Aeroholding, a.s., Letiště Praha, a. s. a Realitní developerská, a. s.), rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S472/2011/KS-7043/2012/840/RPI ze dne 12. 4. 2012 (AGROFERT HOLDING, a. s. a EURO BAKERIES HOLDING, a. s.), rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S353/2010/KS-2418/2011/840/RPI ze dne 14. 2. 2011 (UPS Česká republika, a. s. a Sloane Park Property Trust, a. s.) či rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S746/2013/KS-11957/2014/840/MWí ze dne 5. 6. 2014 (FORTUNA sázky, a. s. a TIPSPORT, a. s.).

příliš výrazné), není zřejmě možno tvrdit, že by jím v nějaké výraznější míře než dříve docházelo k ještě výraznějšímu přesouvání odpovědnosti za jeho substantivní přezkum na bedra ÚOHS. Přesto i jejich občasná aplikace některých ekonomických metod v rozhodnutích ÚOHS, pravidelné odkazování se na metodiky Komise týkající se substantivního přezkumu spojování soutěžitelů v rozhodnutích ÚOHS a samozřejmě i přímé argumentování rozhodnutími Komise v této oblasti nepochybně značí, že praxe ÚOHS se při substantivním přezkumu spojování soutěžitelů nutně svým způsobem ubírá směrem k cíli soutěžního práva v oblasti kontroly spojování soutěžitelů spočívajícím v ochraně spotřebitelského blahobytu.

Lze tak dospět k závěru, že být obecně je jako cíl ochrany soutěžního práva v oblasti spojování soutěžitelů v České republice stále explicitně v rozhodnutích zmíněna především ochrana soutěže jako ekonomického jevu, je díky praxi ÚOHS i beze změny znění příslušného substantivního pravidla (SIEC test) či nové judikatury soudů v dané oblasti, patrně přesto stále více rozhodováno s ohledem na spotřebitelský blahobyt, který však není vlastně v české praxi ani prohlášeních ÚOHS nikde deklarován, jakožto vlastní cíl ochrany soutěžního práva.

Tento trend, umožněný právě díky vysoké flexibilitě a obecnosti SIEC testu, považují obecně za správný, neboť nastavení takového cíle ochrany soutěžního práva umožňuje jeho koherentní a jen obtížně zneužitelnou aplikaci, na rozdíl od cíle spočívajícího v ochraně soutěže jako jevu, který je dle mého názoru velmi obtížně uchopitelný a měřitelný a umožňuje velkou škálu různých výkladů a přístupů.

Rovněž považují za správné, že SIEC test je nastaven natolik široce a otevřeně, že umožňuje flexibilní vývoj své praktické aplikace, tedy vývoj substantivního posuzování, jaké spojení soutěžitelů narušuje podstatně hospodářskou soutěž, s ohledem na aktuální stav a vývoj poznání nejen v oblasti práva, ale především i v oblasti ekonomie, specificky ekonometrie případně statistiky, bez nutnosti změny vlastního substantivního právního pravidla. A to i s vědomím rizika, že takovéto nastavení může přinášet určitou právní nejistotu, zejména při novátorském používání sofistikovaných ekonometrických nástrojů a testů.

Obecně lze dle mého názoru úplným závěrem shrnout, že vysoká flexibilita SIEC testu, i přes v české praxi téměř nulovou soudní kontrolu jeho aplikace ze strany ÚOHS, za předpokladu vnímání ochrany spotřebitelského blahobytu jakožto cíle soutěžního práva, je naprosto správná a vysoce potřebná. Za tohoto předpokladu totiž umožňuje ÚOHS při aplikaci SIEC testu zohledňovat nové poznatky, trendy a obecně související vývoj právní a ekonomické vědy i praxe bez obavy z případné nekoherentní a zmatečné aplikace či přímo zneužití. Nutno si však postesktnout, že jasná formulace cíle ochrany soutěžního práva jak pro oblast spojování soutěžitelů, tak obecně v ČR z mého pohledu chybí.

## Literature

BEJČEK, Josef. Ekonomický redukcionismus a normativní individualismus v evropském soutěžním právu? In *Dny práva – 2008 – Days of Law, 2. ročník mezinárodní konference*. Brno: Masarykova univerzita, 2008. s. 1039 - 1068, 20 s. ISBN 978-80-210-4733-4.

BINMORE, K. *Teorie her: —a jak může změnit váš život*. 1. vyd. v českém jazyce. Praha: Dokořán, 2014, 230 s. Aliter (Argo: Dokořán): Dokořán. ISBN 978-80-7363-549-7.

BLAIR, Roger D. a Daniel SOKOL. Welfare Standards in U.S. And EU Antitrust Enforcement. *SSRN Electronic Journal*. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2195938>

EDITED BY MEL MARQUIS AND PHILIP LOWE. European competition law annual 2010: merger control in European and global perspective. Oxford: Hart, 2012. ISBN 18-494-6200-3

FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. Antitrust evaluation of horizontal mergers: An economic alternative to market definition. *The BE Journal of Theoretical Economics*, 2010, 10. 1.

NEJEZCHLEB, Kamil. Rozklad podaný “neúčastníkem” řízení proti rozhodnutí o povolení fúze - překvapivé rozhodnutí Krajského soudu. In *DNY PRÁVA 2013 – DAYS OF LAW 2013, Část IV., Právní ochrana proti nepravomocným správním aktům (individuálním i smíšeným)*. Brno: Masarykova Univerzita, 2013. s. 178-191, 14 s. ISBN 978-80-210-6811-7.

- NEJEZCHLEB, Kamil a Zuzana HAJNÁ. Ekonomická analýza a kvantitativní metody při posuzování spojování soutěžitelů. *Antitrust, Sdružení KAIROS*, 2015, roč. 2015, č. 1, s. 4-10. ISSN 1804-1183
- OLDALE, A., PADILLA, J. EU Merger Assessment of Upward Pricing Pressure: Making Sense of UPP, GUPPI, and the Like. *Journal of European Competition Law*. 2013-07-30, vol. 4, issue 4, s. 375-381. DOI: 10.1093/jeclap/lpt042. Dostupné z: <http://jeclap.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/jeclap/lpt042>
- RÖLLER, Lars-Hendrik; DE LA MANO, Miguel. The impact of the new substantive test in European merger control. *European Competition Journal*, 2006, 2.1: 9-28.
- OECD Round table on Market Definition. Note by the Delegation of the European Union (2012). Dostupné z: [http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2012\\_jun\\_market\\_definition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2012_jun_market_definition_en.pdf)
- Nařízení Rady (ES) č. 139/2004 ze dne 20. ledna 2004 o kontrole spojování podniků (Nařízení ES o spojování) Text s významem pro EHP.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs. 72/2013 – 127.
- Rozhodnutí ÚOHS č. j. S 31/01-1648/01 ze dne 27. 9. 2001.
- Nařízení rady (ES) číslo 139/2004 ze dne 20. 1. 2004 o kontrole spojování podniků (Nařízení ES o spojování), Úřední věstník L 024, 29/01/2004 S.
- Nařízení rady (ES) číslo 802/2004 ze dne 7. 4. 2004 doplňující** Nařízení rady (ES) číslo 139/2004 o kontrole spojování podniků, 2004 O.J. (L 133) 1.
- Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství. *Úřední věstník C 372, 09. 12. 1997 S. 0005 – 0013.*
- Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03). *Úřední věstník C 031, 05/02/2004 S. 0005 – 0018.*
- Pokyny pro posuzování nehorizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2008/C 265/07). *Úřední věstník C 265, 18/10/2008 S. 0006 – 0025.*

Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice a the Federal Trade Commission ze dne 19. 8. 2010.

Non-Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (Původně vydány jako součást „U.S. Department of Justice Merger Guidelines,“ ze dne 14. června, 1984.

Rozhodnutí Komise ve věci M.5658 ze dne 17. 11. 2010 ve věci UNILEVER / SARA LEE BODY CARE. ÚOHS č. j. ÚOHS-S489/2011/KS-19817/2011/840/DVá ze dne 13. 12. 2011 (Aelia Czech Republic, s. r. o. a UG Air, a. s.).

Rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S178/2011/KS-16953/2011/840/RPI ze dne 25. 10. 2011 (Český Aeroholding, a.s, Letiště Praha, a. s. a Realitní developerská, a. s.).

Rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S472/2011/KS-7043/2012/840/RPI ze dne 12. 4. 2012 (AGROFERT HOLDING, a. s. a EURO BAKERIES HOLDING, a. s.).

Rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S353/2010/KS-2418/2011/840/RPI ze dne 14. 2. 2011 (UPS Česká republika, a. s. a Sloane Park Property Trust, a. s.).

Rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S746/2013/KS-11957/2014/840/MW ze dne 5. 6. 2014 (FORTUNA sázky, a. s. a TIPSPORT, a. s.).

XXXIst Report on Competition Policy (2001), para. 252.

### **Contact – e-mail**

*73160@mail.muni.cz*

## Projevy vůle spojené s nabytím firmy

*Jarmila Pokorná, Eva Večerková*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

### **Abstract in original language**

Nová úprava obchodní firmy v občanském zákoníku přinesla uvolnění pravidel pro tvorbu firmy i její převody. Ponechala však nejasnosti, pokud jde o vyjádření souhlasu s používáním firmy, která byla převedena na nového nabyvatele nebo která přešla na právního nástupce z jiného důvodu, zejména smrtí původního podnikatele. Příspěvek by se proto měl věnovat souhlasu původního podnikatele, popř. jeho právních nástupců, jako projevu vůle podmiňujícímu užívání firmy, která přechází na nového vlastníka.

### **Keywords in original language**

Občanský zákoník; obchodní firma; převod obchodní firmy; přechod obchodní firmy; souhlas původního podnikatele; užívání firmy po převodu nebo přechodu na nového vlastníka.

### **Abstract**

The new regulation of business names in Civil Code made way for simplification of rules for forming of business names and their transfer. However uncertainty related to approval of use of transferred business name by the new owner did not remain solved. The same stands for the business names that passed to successor's possession for other reasons, especially by death of former owner. The contribution deals with the problem of former owner's approval as a token of will that determines the use of business name passed to a new owner.

### **Keywords**

Civil Code; Business Name; Transfer of Business Name; Passing of business Name; Approval of Former Owner; Use of the Business Name after the Transfer or Passing to a New Owner.



## 1 Obecná východiska

Obchodní firma<sup>1</sup> je základním znakem, jenž identifikuje podnikatele v obchodním styku. Zákon<sup>2</sup> zakazuje její zaměnitelnost a klamavost, je to tedy označení jedinečné, jehož smyslem je chránit jistotu podnikatelských právních vztahů a odstraňovat pochybnosti o identitě účastníků těchto vztahů.

Kromě identifikační funkce však plní obchodní firma i funkci soutěžní, neboť označuje původce zboží a služeb nabízených na trhu, a vytváří tak v závislosti na hodnocení produktů dobrou či špatnou pověst jejich zhotovitele. Vycházíme-li z předpokladu, že se každý podnikatel bude snažit získat pověst co nejlepší, potom může dojít k tomu, že se dlouhodobě používaná obchodní firma stane synonymem pro výrobky či služby určitého druhu a zákazníci s ní budou spojovat garanci kvality, moderního designu či užitečných vlastností signalizujících životní styl a společenské postavení jejich uživatelů. Historické doklady této úvahy nacházíme např. v tzv. patronymech, původně jménech prvních výrobců dnes proslulých produktů, která postupem času s těmito produkty splynula a stala se symboly luxusu, prestiže či originality (uvedme jen jako příklad automobily Lamborghini nebo Ferrari). Naplnění soutěžní funkce vyžaduje stabilitu obchodní firmy a cílevědomé vytváření dobré pověsti jejího nositele, což předpokládá, že obchodní firma bude označovat určitou fyzickou nebo právnickou osobu po delší dobu.

Firemní označení s dobrou pověstí má jako takové i významnou tržní hodnotu, a proto může být pro svého nositele důležité i samo o sobě jako samostatně obchodovatelná věc. Obchodní firma je tak schopna plnit též funkci investice, pokud se stane předmětem smluvního převodu nebo tvoří součást pozůstalosti.<sup>3</sup>

Právní úprava obchodní firmy reaguje na soutěžní a investiční funkce firmy úpravou možnosti firmu převést nebo s ní disponovat pro případ smrti,

<sup>1</sup> V příspěvku používáme též pouze slova „firma“ - důvody jsou čistě stylistické, i tímto slovem rozumíme obchodní firmu ve smyslu § 423 občanského zákoníku (zákona č. 89/2012 Sb. – dále jen OZ).

<sup>2</sup> Srov. § 424 OZ.

<sup>3</sup> K funkcím firmy viz POKORNÁ, Jarmila in POKORNÁ, Jarmila; VEČERKOVÁ, Eva a kol. *Firemní právo v České republice: vývoj a srovnání s Německem a Slovenskem*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2013, 332 s. Rada teoretická, Ed. S, č. 415, ISBN 978-80-210-6566-6, s. 49–51.

a dále pravidly pro užívání tzv. staré firmy. Právě v oblasti této právní regulace dochází s účinností nového občanského zákoníku k 1. lednu 2014 k zásadnímu obratu v nakládání s obchodní firmou, neboť se uvolňuje pouto mezi firmou a závodem podnikatele a firma se stává samostatnou nehmotnou věcí, s níž je možno obchodovat. I při oddělení obchodní firmy a závodu však právní úprava dále respektuje identifikační poslání firmy a její význam pro právní jistotu účastníků obchodního styku. V průběhu principů převodní autonomie a právní jistoty potom vznikají interpretační obtíže, na něž by chtěl upozornit tento příspěvek.

## 2 Nakládání s firmou a pravidla pro užívání tzv. staré firmy

Pro účely větší přehlednosti a popisu původní (podle zák. č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku) i nynější právní úpravy (podle OZ) shrneme pravidla stanovená pro převody firmy i pro užívání tzv. staré firmy do následující tabulky, která poskytne též potřebnou oporu pro další výklad.

	Obchodní zákoník (§ 11)	Občanský zákoník (§ 427)
Právní důvod nabytí firmy	dědění, nabytí smlouvou	nabytí (bez další charakteristiky nabývacího titulu)
Podmínky dovolující podnikat pod tzv. starou firmou	výslovný souhlas zůstavitele nebo dědiců nebo právního předchůdce doplnění nástupnického dodatku	souhlas nabyvatelova předchůdce nebo právního nástupce nabyvatelova předchůdce připojení údaje vyjadřujícího právní nástupnictví
Kogentní limity nabytí firmy	nepřípustnost převodu firmy bez současného převodu podniku. přípustnost převodu firmy i při převodu části podniku, bude-li podnikatel zbývajícím část provozovat pod jinou firmou nebo tato část zanikne likvidací	_____
Speciální pravidla pro nabytí firmy právnické osoby	firma právnické osoby přechází na nástupnickou právnickou osobu s podnikem, pokud původní právnická osoba zaniká bez likvidace a nástupnická právnická osoba firmu převezme; musí být změněn dodatek o právní formě, pokud má nástupce právnické osoby jinou právní formu	při přeměně právnické osoby firma přejde na právního nástupce, pokud s tím souhlasí; souhlas jiné osoby se nevyžaduje má-li právnická osoba více právních nástupců a neurčí-li se, na kterého z nich firma přechází, nepřejde firma na žádného z nich

## 2.1 Smluvní převody

I když občanský zákoník nespécifikuje jednotlivé tituly nabytí obchodní firmy, předpokládáme, že výraz „nabude firmu“ užitý v § 427 odst. 1 OZ kryje všechny typy smluvních převodů (koupě, darování, směna, nepojmenované či smíšené smlouvy) i všechna jednání pro případ smrti.

Pokud jde o **souhlas s užíváním nabyté obchodní firmy**, nevyžaduje § 427 odst. 1 OZ nějakou zvláštní formu či vyjádření souhlasu. Domníváme se proto, že u převodů obchodní firmy bude souhlas s dalším užíváním firmy jejím nabyvatelem z povahy věci součástí projevu vůle převodce firmu převést, tj. zbavit se vlastnického práva k firmě, přestat ji užívat a současně umožnit, aby vlastnické právo i právo užívat firmu převzal její nabyvatel. Neočekáváme, že by převodce nabyvateli užívání firmy povoloval nějakým speciálním k tomuto účelu směřujícím právním jednáním. Převod chápeme jako realizaci investiční funkce obchodní firmy, kdy převodce jen mění formu investičního statku z nehmotné věci na peníze a sklízí tak plody svého dlouhodobého úsilí o dobrou pověst a proslulost firemního označení.<sup>4</sup>

Za problematickou součást právní úpravy převodu obchodní firmy (srov. § 427 odst. 1 OZ) považujeme **povinnost připojit údaj vyjadřující právní nástupnictví**. Pokud je smysl této povinnosti spatřován v ochraně právní jistoty veřejnosti, neboť ji upozorňuje na to, že se vlastník firmy změnil a že firma nyní označuje jiného podnikatele, lze tuto ochrannou funkci údaje o právním nástupnictví pochopit u podnikatelů – fyzických osob, neboť by užívání obchodní firmy po jejím převodu novým vlastníkem mohlo být matoucí zejména v těch případech, kdy je obchodní firma tvořena jménem podnikatele. Upozornění na nastalou změnu formou údaje vyjadřujícího právní nástupnictví vychází vstříc i zákazu klamavého působení obchodní firmy. I přes tyto poměrně závažné argumenty se domníváme, že užívání nástupnických označení (údajů) může být v denní praxi problematické a vyvolává celou řadu dalších otázek (např. jak má znít údaj o právním nástupnictví, pokud je obchodní firma převedena z prvního nabyvatele

<sup>4</sup> Vycházíme z předpokladu, že pravidelným titulem k smluvnímu nabytí obchodní firmy bude kupní smlouva, tj. že firma bude převáděna za úplatu vyjadřující její tržní hodnotu. Bezúplatné převody (darování), popř. směnu zde považujeme za netypické případy převodů firmy, k nimž by patrně vedly důvody osobní či rodinné povahy.

na dalšího nabyvatele, zda by pro používání údaje o nástupnictví neměl být stanoven nějaký časový limit, protože po několika letech od převodu již postrádá aktuálnosti...).

U převodů firem právnických osob nespojujeme s nástupnickým dodatkem žádný ochranný ani jiný význam. Pro činnost obchodních korporací je určující kvalita jejich managementu, popř. jejich společnická struktura. Obojí je proměnlivé a změny osobního obsazení výkonných či dozorčích orgánů obchodních korporací či změny osob společníků nebo členů korporací se nijak nepromítají do jejich obchodních firem.<sup>5</sup> Domníváme se proto, že přítomnost nástupnického údaje v obchodní firmě nabyvatele (např. původně „DEKORA, a. s.“, po převodu „LAVANDE, a. s., právní nástupce“ nebo „LAVANDE, a. s., dříve DEKORA, a. s.“) neposkytuje ani převodci ani nabyvateli či širší veřejnosti žádný informační přínos.<sup>6</sup>

## 2.2 Nabytí firmy v případě smrti podnikatele

Z povahy věci je zřejmé, že nabytí firmu po smrti podnikatele je možné pouze v případě, že zemřelý byl podnikatelem – fyzickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku, neboť pouze takový podnikatel – fyzická osoba může mít obchodní firmu. Tato skutečnost sama o sobě významně snižuje počet případů, na něž bude právní úprava v § 427 odst. 1 OZ dopadat.

Smrt původního vlastníka obchodní firmy komplikuje zákonný **požadavek souhlasu předchůdce** k užívání firmy nabyvatelem, protože nelze očekávat, že by souhlas mohl poskytnout již zemřelý podnikatel. Situace však nebude tak obtížná, jak by se na první pohled mohlo zdát. Pokud podnikatel za svého života pořídil závěť nebo uzavřel dědickou smlouvu, v nichž projevil svou vůli ohledně obchodní firmy, považujeme za logické vykládat tento jeho projev vůle jako souhlas s tím, aby obchodní firmu po jeho smrti používaly osoby určené ve zmíněných pořízeních pro případ smrti. Totožně posuzujeme situaci, kdy zůstavitel předem ustanovil ohledně firmy

<sup>5</sup> Výjimku tvoří obchodní firmy, jejichž součástí je jméno osoby, zpravidla společníka nebo člena korporace (blíže srov. § 133 OZ). Užití jména člověka ve firmě je vázáno na souhlas dané osoby a odvolání souhlasu upravuje § 428 OZ.

<sup>6</sup> K problematice nástupnických údajů a potíží spojených s jejich užitím v praxi viz též KOŽIAK, Jaromír. *Obchodní firma v novém občanském zákoníku*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2013, 126 s. Rada teoretická, Ed. S, č. 412, ISBN 978-80-210-6420-1, s. 53–54.

odkazovníka, pokud budeme vycházet z charakteru firmy jako nehmotné movité jednotlivě určené věci, kterou má podle vůle zůstavitele nabýt odkazovník. Předpokládáme zde, že z povahy věci vyplývá, že odkaz je projevem vůle, v němž se spojuje vůle předat firmu konkrétní osobě i souhlas s používáním firmy touto osobou.

Situace je komplikovanější, pokud projev vůle zůstavitele (původního vlastníka obchodní firmy) chybí. Občanský zákoník zde vyžaduje **souhlas právního nástupce zůstavitele**. Aplikace tohoto požadavku vede k poněkud absurdnímu závěru, že zůstavitelův právní nástupce musí souhlas poskytnout sám sobě, pokud je nástupcem jediným. V tomto případě zastáváme názor, že jako souhlas právního nástupce zůstavitele lze interpretovat rozhodnutí nástupce obchodní firmu převzít a užívat. Pokud je právních nástupců více, bude nutno řešit otázku, zda musí být dosaženo souhlasu všech nástupců nebo zda bude stačit souhlas jen některých z nich. Podle našeho názoru je optimálním řešením dosažení souhlasu všech právních nástupců zůstavitele (původního vlastníka firmy). Hlubšího rozboru, který však přesahuje zamýšlený účel tohoto příspěvku, by si vyžádala i otázka právního postavení nabyvatele dědictví při jeho zcizení, pokud jde o poskytnutí či obdržení souhlasu s používáním obchodní firmy zůstavitele.

Osamostatnění obchodní firmy od závodu pro případ převodu firmy může vyvolat v případě smrti původního vlastníka firmy otázku, zda může zůstavitel rozhodnout o nakládání s firmou samostatně nezávisle na osudech závodu i pro případ své smrti? Návazně je potom možno ptát se, zda má být firma chápána při vypořádání pozůstalosti jako samostatná věc i tehdy, kdy zůstavitel neučinil ohledně ní žádný projev vůle.

Podle našeho názoru by odpověď na první otázku měla být kladná. Nevidíme žádný právní důvod, který by nutil zůstavitele (původního vlastníka firmy) k tomu, aby pro případ své smrti upravoval další nakládání s obchodní firmou vždy jen jako nakládání s jedním prvkem tvořícím součást jeho závodu. Domníváme se, že může být praktické, jestliže se dědicem obchodní firmy stane osoba odlišná od dědice obchodního závodu. Pokud však zůstavitel ohledně své firmy žádnou vůli v porizení pro případ smrti neprojevívá, má se pak postupovat tak, že se obchodní firma začlení do obchodního závodu jako součást jmění, které podnikatel vytvořil a které sloužilo

k provozování jeho činnosti (srov. § 502 OZ), nebo i zde je nutno chápat obchodní firmu jako samostatnou nehmotnou movitou věc? V prvním případě by firma tvořila spolu se závodem jednotu a následovala by při vypořádání pozůstalosti jeho osud, v případě druhém by bylo nutno obchodní firmu vypořádat v rámci pozůstalosti samostatně a jejím nabyvatelem by se mohla stát i osoba, která nenabyla obchodní závod. Pro první přístup hovoří věcné sepětí obchodní firmy a obchodního závodu, jejich vzájemná podmíněnost, v níž mohla např. být proslulost firmy odvozena od originality výrobků produkovaných podnikatelem v jeho obchodním závodě. Druhý přístup vychází z identifikační funkce obchodní firmy, její výlučnosti označující určitého podnikatele, nikoli jeho závod, a otevírající pro firmu možnost její samostatné existence. Nejpraktičtější řešení problému spatřujeme v postupu, při němž všichni dědicové určí svou dohodou, který z nich nabývá z pozůstalosti obchodní závod a zda ho nabývá včetně firmy, popř. který z dědiců nabývá obchodní firmu, jež není začleněna do jmění závodu.

Pro nástupnické údaje u obchodní firmy, která přešla z titulu smrti podnikatele na jeho právní nástupce, platí podle našeho názoru tytéž úvahy, jaké již byly vysloveny u převodu obchodní firmy.

### 3 Závěry

Některé závěry byly již naznačeny v textu předchozích částí příspěvku, nicméně považujeme za vhodné vyjádřit je výslovně.

Pro smluvní převody obchodní firmy považujeme za nadbytečné požadovat souhlas převodce s užíváním obchodní firmy nabyvatelem, neboť právě toto je účelem převodu a podmiňuje projev vůle obou smluvních stran směřující k převodu firmy.

Zákonná pravidla by se měla věnovat přechodu firmy při smrti podnikatele – fyzické osoby. Měla by výslovně upravit udělování souhlasu právních nástupců zůstavitele k užívání tzv. staré obchodní firmy a určit, zda při neexistenci projevu vůle zůstavitele má být pro účely vypořádání pozůstalosti nakládáno s obchodní firmou jako se samostatnou věcí náležející do pozůstalosti nebo jako se součástí závodu, která bude následovat jeho osudy.

Obchodní firma začleněná do obchodního závodu by podle našeho názoru poskytovala jednodušší řešení v situaci, kdy soud pozůstalost nerozdělí, ale potvrdí dědicům nabytí dědictví podle dědických podílů.

Povinnost připojit k nabyté obchodní firmě údaj vyjadřující právní nástupnictví (§ 427 odst. 1 občanského zákoníku, část věty za středníkem) považujeme za nadbytečnou a nesdílíme názor o ochranném působení nástupnických údajů. Domníváme se naopak, že tyto údaje v praxi užívání obchodních firem spíše komplikují. Povinnost připojovat je k firemnímu označení by měla být vyhrazena jen pro takové případy, v nichž by připojení nástupnického dodatku znamenalo překonání zaměnitelnosti či klamavosti obchodní firmy.

### Literature

KOŽIAK, Jaromír: *Obchodní firma v novém občanském zákoníku*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2013, 126 s. Řada teoretická, Ed. S, č. 412, ISBN 978-80-210-6420-1.

POKORNÁ, Jarmila; VEČERKOVÁ, Eva a kol.: *Firemní právo v České republice: vývoj a srovnání s Německem a Slovenskem*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2013, 332 s. Řada teoretická, Ed. S, č. 415, ISBN 978-80-210-6566-6.

### Contact – e-mail

[pokorna@law.muni.cz](mailto:pokorna@law.muni.cz)

[evecerke@law.muni.cz](mailto:evecerke@law.muni.cz)

# Dispozice s právem na vypořádání v obchodní korporaci

*Radek Ruban, Jaromír Kožíak*

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

## Abstract in original language

Bližší zkoumání otázek spjatých s právem na výplatu vypořádacího podílu po zániku účasti společníka či člena družstva v obchodní korporaci je v kruzích tuzemské teorie převážně ojedinelé. Je tomu tak nejspíše proto, že většina soudobé nauky považuje téma vypořádání společníků či členů družstev za vyčerpané, a tak nemá potřebu se jím dále zabývat. Mnohé z praktických otázek všedních dní však dosud nebyly uspokojivě vyřešeny. Jednou z nejpálčivějších je v tomto směru otázka limitů volní dispozice s právem na výplatu vypořádacího podílu, a právě tomuto tématu je předložený text věnován.

## Keywords in original language

Vypořádací podíl, autonomie vůle společníků obchodních korporací.

## Abstract

In the Czech legal environment, the number of closer researches on the topic of shareholders' right to compensation (after s/he left the company) is rare. The reason probably is the major part of the Czech legal theoreticians regard the topic as fully clarified; thus, they have no need to deal with it. However, plenty of issues touching the topic have not been solved, yet; and the shareholders' right to compensation is thus ignored unreasonably. One of the most "burning issues" is the matter of limits while disposing of shareholders' right to compensate on the ground of his/her will; which is the topic addressed by this paper.

## Keywords

Shareholders' Right to Compensation; Shareholder s' Autonomy of Will.



## 1 Úvodem

Bližší zkoumání otázek spjatých s právem na výplatu vypořádacího podílu po zániku účasti společníka či člena družstva v obchodní korporaci je v kružích tuzemské teorie převážně ojedinelé.<sup>1</sup> Je tomu tak nejspíše proto, že většina soudobé nauky považuje téma vypořádání společníků či členů družstev za vyčerpané, a tak nemá potřebu se jím dále zabývat. Mnohé z praktických otázek všedních dní však dosud nebyly uspokojivě vyřešeny. Jednou z nejpálčivějších je v tomto směru otázka limitů volní dispozice s právem na výplatu vypořádacího podílu, a právě tomuto tématu je předložený text (sepsaný jako surová prvotina budoucího odborného pojednání) věnován.

## 2 Právo na vypořádání jako odraz střetu zájmů

Vypořádací podíl je pro společníka či člena družstva konečným vyčíslením investice, kterou nabytím účasti v korporaci učinil; přirozeným cílem bývalých společníků je proto získat vypořádání v co nejširší míře. Tendencí korporace, jejíž majetkové poměry jsou vypořádáním zasazeny, je naproti tomu snaha vydat ze svých prostředků co možná nejméně. Právo na výplatu vypořádacího podílu je tak imanentně postiženo popsáním střetem zájmů obou hlavních aktérů, což vychází také z toho, že účast bývalých společníků či členů družstva (mnohdy nedobrovolně) zanikla a ti proto nemají potřebu zájmy korporace jakkoli šetřit.

Potud nejde o střet zájmů jakkoli atypický, který by se vymykal obecným tendencím myšlenkových pochodů valné většiny dlužníků, resp. věřitelů, což by mohlo vést ke zjednodušenému závěru, že dispozice s právem na vypořádání je limitována pouze neobecnějšími korektivy závazkového práva. Pro úvahy o dispozici s právem na vypořádání je však nezbytné zohlednit též zájmy dalších (třetích) osob.

Povinnost vyplatit vypořádací podíl bezprostředně zasahuje do majetkové podstaty společnosti, což může – v případě extenze práva na vypořádání – znamenat riziko narušení jejího fungování či v krajním případě i ohrožení

---

<sup>1</sup> Naposledy publikované texty se přitom zabývají převážně („účetní“) otázkou mechanismu výpočtu výše vypořádacího podílu, resp. otázkou jeho zdanění (viz například BĚHOUNEK, P. Vypořádací podíl společníka, s. r. o. *Dané a právo v praxi*, 2005, č. 7. s. 39-44).

její další existence. Ohrožení platebních schopností korporace je přitom z pohledu jejích věřitelů problémem značně palčivým. Proti tomu stojí zájmy věřitelů bývalého společníka či člena družstva, neboť též u něj se otázka práva na výplatu vypořádacího podílu bezprostředně promítá v jeho majetkových poměrech. Nejde přitom o úvahu jakkoli hypotetickou, neboť účinná právní úprava pracuje s postižením účasti společníka či člena družstva (resp. pohledávky z práva na vypořádání) jako s *možným* - byť v případě komanditistů, společníků společností s ručením omezeným a členů družstev *krajním* - nástrojem nuceného výkonu povinnosti uložené rozhodnutím nalézacího soudu (§ 320–320ab EŘ), resp. nástrojem insolvenčního práva.

Dispozice s právem na vypořádání se tak nedotýkají pouze účastníků tohoto (závazkového) vztahu, nýbrž též věřitelů korporace či bývalých společníků, což může vést v krajním případě až ke zneužití korporátní masky. Nad rámec korektivů autonomie vůle, jež vyplývají z obecné úpravy závazkového práva, je proto nezbytné zvažovat též tyto aspekty.

### 3 Dispozice s právem na vypořádání v abstraktní a konkrétní podobě (základní východiska)

Jak již bylo řečeno, právo na výplatu vypořádacího podílu je na místě vnímat především jako konečné vyčíslení zhodnocení investice učiněné společníkem či členem družstva po (zpravidla nedobrovolném) zániku jeho účasti. Pro naše další úvahy je však nezbytné rozlišovat mezi právem na vypořádání v *abstraktní* a *konkrétní* podobě.<sup>2</sup>

*Abstraktním* právem na vypořádání rozumíme dosud nedospělé právo společníka či člena družstva, jež je součástí jeho podílu v obchodní korporaci a vyjadřují (obecné) nastavení, *mechanismu výpočtu*, *splatnosti* či *formy*, v níž by mu byl vypořádací podíl vyplacen, jestliže by za trvání korporace došlo k zániku jeho účasti jinak než udělením příklepu v řízení o výkonu rozhodnutí. Přestože je tedy nezbytné o *abstraktním* právu na vypořádání uvažovat jako o jednom ze *subjektivních* práv společníků či členů družstev, které

<sup>2</sup> Srov. POKORNÁ, J. in POKORNÁ, J.; HOLEJŠOVSKÝ, J.; LASÁK, J.; PEKÁREK, M. a kol. *Obchodní společnosti a družstva*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2014, s. 78-79.

(jako jedna z mnoha složek) tvoří jejich podíl, jde toliko o budoucí příslib (zpravidla majetkové) „*reparace*“, pro případ předčasného ukončení účasti v korporaci.

Konkrétním právem na vypořádání rozumíme „*materializaci*“ či „*zhmotnění*“ práva abstraktního; tedy již existující (byť ne nutně *dospělý*) dluh korporace vůči svému bývalému společníkovi či členovi družstva, který vznikl v důsledku ukončení jeho účasti na korporaci za doby jejího trvání (jinak než udělením příklepu v řízení o výkonu rozhodnutí), a jehož „*vlastnosti*“ (*vyšše, splatnost* či *forma*) jsou určeny na půdorysu *abstraktního* práva na vypořádání.

Rozlišování *abstraktního* a *konkrétního* práva je pro celou problematiku zcela klíčové. Zatímco nastavení *abstraktních* pravidel práva na vypořádací podíl je určeno ve společenské smlouvě či stanovách samotnými společníky či členy družstva, a to před tím, než k zániku účasti některého z nich dojde (tj. *ex ante*), spadá výplata konkrétního vypořádacího podílu do působnosti členů statutárních orgánů a jsou to zásadně oni, kdo o dispozici s dluhem společnosti rozhodují.

To s limity dispozice s právem na vypořádání bezprostředně souvisí, neboť zatímco společníci či členové družstev jsou při prosazování vlastních zájmů omezeni v zásadě toliko obecnými korektivy zákazu *zneužití hlasovacích práv*, resp. *obecnou korporační loajalitou* (jenž není možné směřovat s loajalitou ve smyslu § 159 odst. 1 ObčZ)<sup>3</sup> [srov. § 212 ObčZ], jsou požadavky kladené na výkon funkce členů statutárních orgánů výrazně vyšší; členové statutárních orgánů jsou povinni jednat s péčí řádného hospodáře, tj. s nezbytnou loajalitou, potřebnými znalostmi a pečlivostí (§ 159 odst. 1 ObčZ), resp. informovaně a v obhajitelném zájmu korporace (§ 51 odst. 1 ZOK).

V této souvislosti pak nelze přehlédnout závěry judikatury Nejvyššího soudu, která připouští, aby se všichni společníci v konkrétním případě dohodli na tom, jakým způsobem bude určena výše vypořádacího podílu společníka, jehož účast ve společnosti končí, za předpokladu, že taková dohoda neodporuje zákonu ani jej neobchází (tj. například nepoškozuje věřitele společnosti) a není ani rozporná s dobrými mravy či zásadami poctivého obchodního

<sup>3</sup> Srov. LASÁK, J. in LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník: komentář. I, Obecná část* (§ 1-654). 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2014, s. 1075.

styku.<sup>4</sup> Z toho vyplývá, že zaniká-li účast jednoho ze společníků v důsledku dohody společníků, jsou obecná – výše popsaná – východiska prolomena, neboť je připuštěno, aby též konkrétní právo na vypořádání svým rozhodnutím stanovili členové vlastnické struktury *ad hoc*.

Jako dílčí závěr vstupní části textu lze shrnout, že je na místě rozlišovat mezi abstraktním a konkrétním právem na vypořádací podíl. Zatímco abstraktní právo na vypořádací podíl je chápáno jako obecné nastavení práv společníků či členů družstva v případě zániku jejich účasti za trvání společnosti (o němž rozhoduje *ex ante* vrcholný orgán korporace), rozumí se konkrétním právem na vypořádání subjektivní právo bývalého společníka či člena družstva poté, co jejich účast zanikla (o dispozicích s konkrétním právem na vypořádání rozhodují zásadně členové statutárního orgánu, ve výjimečných případech však je připuštěno, aby o nakládání s konkrétním právem na vypořádání disponovali členové vlastnické struktury korporace).

#### 4 Limity nastavení abstraktního práva na vypořádání ve společenské smlouvě či stanovách

Zakotvení úpravy vypořádání ve společenské smlouvě či stanovách je základním způsobem modifikace práva na vypořádání společníků či členů družstva v abstraktní rovině. Po formální stránce se uplatní postup předepsaný pro změnu společenské smlouvy či stanov; rozhodnutí tedy bude v pravomoci nejvyššího orgánu korporace a bude pro ně předepsána kvalifikovaná forma (písemná s ověřenými podpisy nebo notářský zápis).

Autonomie vůle společníků či členů družstva při dispozici s nastavením abstraktních pravidel vypořádání však není bezbřehá. V rámci obecně aplikovatelných pravidel s vysokou mírou generalizace je nutno uvažovat v první řadě o použití korektivů nejobecnějších ustanovení § 1 odst. 2 ObčZ.

S tím v zásadě korespondují též závěry judikatury, která stanovuje (byť pro případy, v nichž společenská smlouva či stanovy neurčí jinak) jako nejzákladnější korektiv poctivosti, přičemž za poctivé označuje takové vypořádání, které odpovídá hodnotě majetku připadající na podíl bývalého

<sup>4</sup> Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. dubna 2009, sp. zn. 29 Cdo 2254/2007.

společníka či člena družstva,<sup>5</sup> resp. jako obecné kritérium, jímž je soud povinen poměřovat všechny případy, ve kterých má základem pro určení vypořádacího podílu být hodnota vycházející z účetnictví korporace.<sup>6</sup>

Kromě uvedeného obecného korektivu obsahu modifikací práva na vypořádání (dobré mravy a veřejný pořádek) se zde uplatní také princip ochrany nabytých práv. V tomto případě poskytuje zvýšenou ochranu společníkovi či členovi družstva, který má právo na vypořádací podíl, před změnou tohoto práva v jeho neprospěch. Pro vypořádání je předně rozhodné znění společenské smlouvy platné a účinné ke dni zániku účasti společníka<sup>7</sup> a nikoli pozdější znění. To platí, i pokud by byl vypořádací podíl splatný teprve po uplynutí určité doby (znění společenské smlouvy či stanov ke dni splatnosti vypořádání není rozhodné).

Co do rozhodné většiny hlasů platí většina stanovená pro změnu společenské smlouvy či stanov (tedy v osobních korporacích zpravidla jednomyslnost, v kapitálových korporacích kvalifikovaná většina). Změna práva na vypořádání za trvání účasti společníka je ale zásahem do práv všech společníků nebo alespoň do práv určité kategorie společníků, pokud společenská smlouva či stanovy určí rozdílný režim vypořádání pro různé kategorie společníků (např. společnost s ručením omezeným s různými druhy podílů). Z toho důvodu se uplatní ochranná ustanovení ZOK pro případ zásahu do práv všech společníků (např. § 172/2 ZOK, který předepisuje pro společnost s ručením omezeným souhlas všech společníků) nebo společníků, jejichž práva jsou změnou dotčena.

## 5 Způsob určení abstraktního práva na vypořádání ve společenské smlouvě či stanovách

Při stanovení pravidel pro určení vypořádacího podílu ve společenské smlouvě či stanovách není pochyb o tom, že společenská smlouva či stanovy mohou vypořádací podíl určit přesným vymezením (typicky prostřednictvím

<sup>5</sup> Viz například rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. března 2007, sp. zn. 29 Odo 513/2005, uveřejněný v časopise Soudní judikatura číslo 8, ročník 2007, pod číslem 118; či usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. července 2011, sp. zn. 29 Cdo 752/2011, uveřejněné v časopise Soudní judikatura pod číslem 5, ročník 2012, pod číslem 67.

<sup>6</sup> Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. dubna 2014, sp. zn. 29 Cdo 3610/2013.

<sup>7</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. srpna 2003, sp. zn. 29 Odo 146/2003, uveřejněný v časopise Soudní judikatura číslo 10, ročník 2013, pod číslem 179.

zakotvení způsobu výpočtu), jako může učinit vypořádání závislé též na podmínce nebo stanovit způsob určení, který závisí na dalších skutečnostech, které nejsou v době určení zřejmé nebo které stojí mimo vnitřní sféru korporace (například v závislosti na ekonomických výsledcích korporace, vývoji trhu a podobně). Potřeba je pouze, aby byl tento způsob dostatečně srozumitelný a určitý.

Výkladovou otázkou je, zda může být určení vypořádacího podílu (ať již co do výše, způsobu nebo lhůty k plnění, popř. jiné charakteristiky) svěřeno také třetí osobě nebo dokonce jedné ze stran (typicky vypořádání stanoví pro individuální případ statutární orgán korporace). Nejvyšší soud se k tomu vyjádřil do jisté míry restriktivně, když judikoval, že stanovy družstva nemohou určit způsob určení vypořádacího podílu tak, aby o něm mohlo rozhodovat pouze samo družstvo.<sup>8</sup>

Toto rozhodnutí se opírá o předcházející právní úpravu, konkrétně o § 269 odst. 3 již zrušeného obchodního zákoníku, podle něž může být dohoda o určité části smlouvy nahrazena dohodou stran o způsobu umožňujícím dodatečné určení obsahu závazku, jestliže tento způsob nezávisí jen na vůli jedné strany. Nový občanský zákoník již obdobné ustanovení neobsahuje, domníváme se však, že pravidlo, podle kterého nemůže jedna ze stran určit obsah závazku nezávisle na druhé, je nadále součástí právního řádu jako jeden z právních principů. Tomu nasvědčuje též to, že občanský zákoník výslovně upravuje pouze situace, kdy obsah závazku bude dodatečně ujednán mezi stranami (§ 1748 OZ) a situace, kdy bude obsah závazku určen třetí osobou nebo soudem (§ 1749 OZ). Kloníme se proto k názoru, že rozhodnutí je nadále použitelné.

Jsme tedy přesvědčeni o tom, že společenská smlouva či stanovy mohou obdobně jako jiné závazkové vztahy určit, že právo na vypořádání bude určeno třetí osobou nebo soudem, nikoli však, že bude možné ponechat určení na korporaci nebo společníkovi či členovi družstva. I v případě určení vypořádání třetí osobou je třeba trvat alespoň na zachování přiměřenosti vypořádání (jiné určení vypořádání by bylo v rozporu s dobrými mravy).

<sup>8</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. srpna 2003, sp. zn. 29 Odo 146/2003, uveřejněný v časopise Soudní judikatura číslo 10, ročník 2013, pod číslem 179.

Vznikají zde také další praktické otázky jako např. co činit, pokud třetí osoba vypořádání neurčí (není k tomu povinna, pokud se sama výslovně nezavázala).

Byť jsme výše dovodili, že společenská smlouva či stanovy v obecné rovině nemohou svěřit určení práva na vypořádání libovůli jedné ze stran, neznamená to, že nelze nikdy zasáhnout do práva na vypořádání jednostranným právním úkonem - takovéto zásahy se ale musejí týkat konkrétního práva na vypořádací podíl jako již vzniklého a individualizovaného závazku a musí je předvídat zákon popř. smlouva. Příkladem takové situace může být jednostranné započtení pohledávek při splnění zákonných podmínek. Uvažovat lze také o tom, že ke změně práva na vypořádání v konkrétní podobě dojde na základě jiné právní skutečnosti, než je projev vůle stran - např. promlčení nebo ztráta výhody splátek v důsledku prodlení (pokud se v daném případě uplatní).

## 6 Popření abstraktního práva na vypořádání

Sporné zůstává, zda ve společenské smlouvě či stanovách lze vyloučit abstraktní právo na vypořádání jako celek; tedy stanovit, že společníkům či členům družstev, kterým zanikla účast za trvání korporace, nenáleží vypořádání.

Část teorie dovozuje, že abstraktní právo na vypořádání může být omezeno, avšak nikoli zcela vyloučeno.<sup>9</sup> To se jeví být racionálním závěrem, neboť plné vyloučení abstraktního práva na vypořádání by mohlo znamenat zásah do jednoho ze základních práv společníků či členů družstva vůči korporaci; zejména u kapitálových společností by mohlo jít o popření základního principu účasti v korporaci. S poukazem na text důvodové zprávy k návrhu zákona o obchodních korporacích, která stanoví, že „*bodnota vypořádacího podílu se určuje z účetních závěrek, nicméně tato pravidla jsou dispozitivní a je tak možné například společenskou smlouvou sjednat, že vypořádací podíl je nula*“;<sup>10</sup> se však tento závěr nejvíce jeví obhajitelný (čemuž odpovídá též textace ust. § 36 odst. 2 ZOK, který v průběhu legislativního procesu nedoznal změn).

<sup>9</sup> Srov. ŠTENGLOVÁ, I.; HAVEL, B.; CILEČEK, F.; KUHN, P.; ŠUK, P. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 88.

<sup>10</sup> Důvodová zpráva k návrhu zákona o obchodních korporacích, s. 201.

V otázce plného vyloučení abstraktního práva na vypořádání tedy nejsme schopni kategoricky určit, zda takové ujednání odporuje účinné právní úpravě. Konstatovat však lze, že toto právo je možné omezit, a to též ve vztahu k jednotlivým (zvláštním druhům) podílů.

## 7 Suspendování pravidel určených společenskou smlouvou či stanovami

Jak již bylo výše řečeno,<sup>11</sup> Nejvyšší soud připustil, aby došlo k modifikaci abstraktního práva na vypořádání také dohodou všech členů vlastnické struktury bez současné změny společenské smlouvy či stanov.

Důsledkem takovéto dohody mezi společníky či členy družstva je jednorázové suspendování pravidel pro vypořádání stanovených ve společenské smlouvě či stanovách a jejich nahrazení jinými pravidly dojednanými pro konkrétní případ. Co do smyslu této operace jde o alternativu ke změně společenské smlouvy či stanov. Nejvyšší soud (dle našeho mínění) správně dovodil, že je-li účast některého z členů vlastnické struktury ukončena dohodou všech společníků či členů družstva, je nadbytečné, aby byli společníci či členové družstva nuceni pro jednorázovou „*odchylku*“ od dohodnutých pravidel abstraktního práva na vypořádání měnit společenskou smlouvu či stanov. To je racionální zejména proto, že je-li suspenze pravidel výpočtu abstraktního práva na vypořádání provedena jako součást dohody všech společníků či členů družstva o ukončení účasti jednoho z nich, jednájí všichni členové vlastnické struktury ve shodě a změna společenské smlouvy či stanov pro ně proto představuje pouze formální (nikoli materiální) překážku.

## 8 Dispozice s konkrétním právem na vypořádání

Jak bylo výše naznačeno, je dohoda stran základním nástrojem pro modifikaci práva na vypořadací podíl v konkrétní podobě. Jednou ze stran je v tomto případě vždy sama korporace, druhou stranou je společník, kterému zanikla účast nebo jeho právní nástupce (např. dědic).

Pro tuto dohodu není předepsána žádná zvláštní forma. Nejde podle našeho názoru o případ právního jednání týkajícího se založení, vzniku, změny, zrušení nebo zániku obchodní korporace ve smyslu § 6 odst. 1 zákona

<sup>11</sup> Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. dubna 2009, sp. zn. 29 Cdo 2254/2007.



o korporacích, neboť k takovým jednání byl právní důvod pro zánik účasti daného společníka (např. vystoupení společníka) a dohoda o vypořádání již sama společnost nemění, ale jen modifikuje závazkové právo společníka na obdržení vypořádání.

Zákon o korporacích také nestanoví žádná zvláštní pravidla pro schválení dohody ze strany společnosti, rozhodnutí o uzavření dohody a její podpis tak náleží do působnosti statutárního orgánu korporace. Statutární orgán je při uzavírání takové smlouvy stejně jako v jiných případech vázán standardem péče řádného hospodáře. Porušení péče řádného hospodáře ovšem nevede samo o sobě k neplatnosti úkonu, nýbrž ke vzniku odpovědnosti člena orgánu za porušení povinnosti vůči korporaci.

## 9 Dohoda stran a společenská smlouva

Při určení vypořádání dohodou mezi společností a společníkem může dojít ke konfliktu mezi obecnými pravidly pro vypořádání určenými společenskou smlouvou a pravidly určenými dohodou pro konkrétní případ - tedy že dohoda určí výši, způsob, dobu nebo jinou vlastnost vypořádání odchylně od režimu uvedeného ve společenské smlouvě.

V tomto případě má podle našeho názoru přednost režim určený dohodou mezi společností a společníkem a pravidla určená společenskou smlouvou pro vypořádání se pro daný případ nepoužijí. Ustanovení § 36 ZOK je nutno vykládat tak, že určuje, jakými způsoby lze modifikovat zákonný režim abstraktního práva na vypořádání, nikoli však tak, že by změnu závazků vyplývajících z konkrétního práva na vypořádání nebylo možné provést. Opačný výklad by vedl k tomu, že stanoví-li společenská smlouva pravidla pro vypořádání, nebylo by možné dohodou stran vypořádání modifikovat, což je dle našeho názoru závěrem nesprávným.

Tomu konec konců nasvědčují též závěry judikatury, která (byť tak činí v poměrech úpravy obchodního zákoníku), změnu konkrétního práva na vypořádání založenou dohodou stran (tj. dohodou bývalého společníka či člena družstva a obchodní korporace) připouští, když stanoví, že *„dohodnou-li se obě strany, že vypořádací podíl nebude uhrazen v penězích, nýbrž družstvo bývalému členovi vydá nemovitost, jde o změnu v obsahu dosavadního závazku, kterou*

*zákon zásadně připouští*“.<sup>12</sup> Dlužno doplnit, že též v tomto případě je judikaturou kladen důraz na to, aby změna v obsahu závazků z konkrétního práva na vypořádací podíl nebyla učiněna na úkor majetku společnosti (tj. pravděpodobně neodporovala korektivitu dobrých mravů).

Otázkou je, zda společenská smlouva může stanovit zvláštní pravidla pro uzavření dohody stran o vypořádání, kupříkladu může pro takovou dohodu mezi společností a společníkem požadovat zvláštní formu (písemnou s ověřenými podpisy) nebo požadovat předchozí udělení souhlasu orgánu společnosti s uzavřením smlouvy (souhlas dozorčí rady nebo valné hromady), případně zapovědět uzavírání smluv o vypořádání.

Připustíme-li takové ujednání společenské smlouvy či stanov jako možné, vyvstává otázka následků nedodržení režimu stanoveného společenskou smlouvou. V případě absence souhlasu orgánu korporace by nebylo možné uvažovat o neplatnosti takového ujednání podle § 48 ZOK, neboť toto ustanovení sankcionuje pouze případy, kdy souhlas orgánů korporace vyžaduje zákon (nikoli společenská smlouva či stanov). Uvažovat by ale bylo možné o tom, že dohoda stran mění konkrétní právo společníka či člena družstva na vypořádání před tím, než dojde k naplnění požadavků společenské smlouvy či stanov, nenabude účinnosti. Ani toto řešení však nenachází přímou oporu v právních předpisech a lze jej tak dovozovat pouze zprostředkovaně.

## 10 Závěrem

Jako závěr tohoto pojednání budiž uvedeno, že autonomie vůle stran při dispozici s právem na vypořádání je omezena specifickým postavením korporace, resp. bývalého společníka či člena družstva, jež je dáno tím, že dispozice s právem na vypořádání je též dispozicí s jejich majetkovou podstatou, jež odvozeně dopadá též do sféry reálné vykonatelnosti práv věřitelů obou těchto skupin. Při stanovování limitů autonomie vůle je přitom rozhodující, zda se jedná o *abstraktní*, či *konkrétní* právo na vypořádání, neboť zatímco abstraktní právo na vypořádání je ve stanovách či společenské smlouvě

<sup>12</sup> Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. října 2015, sp. zn. 29 Cdo 954/2015.

stanovováno zpravidla *ex ante*, jde u konkrétního práva na vypořádání o dispozici s již existujícím (dospělým) subjektivním právem společníka či bývalého člena.

Při nastavování obecných abstraktních pravidel práva na vypořádání je nezbytné respektovat obecný požadavek *poctivosti*. Ten se promítá též v konkrétních případech dispozice s výší, formou či splatností vypořádacího podílu. Dispozice s konkrétním právem na vypořádání je omezena v zásadě toliko obecnými limity závazkového práva, přičemž z pohledu korporace je prostřednictvím postavení členů statutárního orgánu limitována též požadavkem na výkon jejich funkce s péčí řádného hospodáře. Nakládání s konkrétním právem na vypořádání přitom nesmí nedůvodně zasahovat do majetkové podstaty společnosti (a tím krátit pohledávky věřitelů či rezi-duální nároky zbylých členů).

## Literature

BĚHOUNEK, P. Vypořádací podíl společníka, s. r. o. *Daně a právo v praxi*, 2005, č. 7. s. 39-44. ISSN 1211-7293.

LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník: komentář. I, Obecná část (§ 1-654)*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2014, 2380 s. ISBN 978-80-7400-529-9.

LASÁK, J.; POKORNÁ, J.; ČÁP, Z.; DOLEŽIL, T. a kol. *Zákon o obchodních korporacích: komentář. I. díl, (§ 1 až 343)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, 1578 s. ISBN 9788074785375.

POKORNÁ, J.; HOLEJŠOVSKÝ, J.; LASÁK, J.; PEKÁREK, M. a kol. *Obchodní společnosti a družstva*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2014, 414 s. ISBN 978-80-7400-475-9.

ŠTENGLOVÁ, I.; HAVEL, B.; CILEČEK, F.; KUHN, P.; ŠUK, P. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, 994 s. ISBN 978-80-7400-480-3*.

## Judikatura

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. srpna 2003, sp. zn. 29 Odo 146/2003, uveřejněný v časopise Soudní judikatura číslo 10, ročník 2013, pod číslem 179.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. března 2007, sp. zn. 29 Odo 513/2005, uveřejněný v časopise Soudní judikatura číslo 8, ročník 2007, pod číslem 118.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. dubna 2009, sp. zn. 29 Cdo 2254/2007.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. července 2011, sp. zn. 29 Cdo 752/2011, uveřejněné v časopise Soudní judikatura pod číslem 5, ročník 2012, pod číslem 67.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. dubna 2014, sp. zn. 29 Cdo 3610/2013.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. října 2015, sp. zn. 29 Cdo 954/2015.

### **Contact – e-mail**

*jaromir.koziatek@law.muni.cz*

*radek.ruban@law.muni.cz*

# Transakční náklady kontraktačního procesu: standardizace obchodních podmínek

*Monika Příkazská*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta v Brně, Česká republika

## **Abstract in original language**

Stěžejním tématem příspěvku jsou obchodní podmínky jako zvláštní modifikace standardního kontraktačního procesu. Základním východiskem je skutečnost, že obchodní podmínky představují jeden z typů standardizace kontraktačního procesu, který může ušetřit transakční náklady obou smluvních stran. Příspěvek využívá připodobnění obchodních podmínek k produktu, s nímž se obchoduje na zvláštním relevantním trhu. Touto perspektivou pak zkoumá současnou právní úpravu a nabízí úvahy de lege ferenda.

## **Keywords in original language**

Hospodářská soutěž; kontraktační proces; monopol; obchodní podmínky; relevantní trh; smlouva; standardní formy kontraktace; standardizace smluv; transakční náklady.

## **Abstract**

This paper deals with one central theme – a standard terms as a special modification of standard formation of a legally binding contract. The basis is the fact that a standard terms represent one type of standardization of formation of a contract, which can save transaction cost of both contractual parties. This article compares a standard terms to the special product, which is traded on a separate relevant market. From this point of view it deals with the current legislation and attempts to find an appropriate solutions.

## **Keywords**

Competition; Contract; Formation of a Contract; Monopoly; Standard Terms; Standard Formation of a contract; Standard Form of Contract; Relevant Market; Transaction Costs.

## 1 Obchodní podmínky jako modifikace kontraktačního procesu

Obchodní podmínky nepochybně představují zásadní odklon od „klasického“ kontraktačního procesu. Jejich použití totiž zpravidla do jisté míry popírá vyjednávací povahu kontraktačního vyjednávání, a to ze dvou důvodů, které jsou pro užití obchodních podmínek zcela charakteristické. Prvním z nich je skutečnost, že obchodním podmínkám je imanentní, že je navrhuje pouze jedna smluvní strana, a dále se u institutu obchodních podmínek často setkáváme s tím, že je jedna ze smluvních stran druhé smluvní straně předkládá adhezním způsobem. Zatímco jedna smluvní strana tedy iniciuje podstatnou obsahu smlouvy, druhá smluvní strana jej zpravidla nemá možnost ani nijak ovlivnit.

Obchodní podmínky jsou samozřejmě velmi frekventovaným nástrojem užívaným v kontraktačním procesu, a to zejména v podnikatelských vztazích. Pro ně je rovněž typické, že stejného účinku, tedy určení podstatné části obsahu smlouvy prostřednictvím odkazu na své obchodní podmínky, se snaží dosáhnout zpravidla obě ze smluvních stran. Právě v podnikatelských vztazích proto dochází velmi často ke zvláštnímu jevu, kterým je střet obchodních podmínek. Střet vzájemně si odporujících smluvních podmínek pak částečně řeší v českém právním prostředí ustanovení § 1751 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „OZ“), ale také celá řada vědeckých statí.<sup>1</sup>

Ačkoliv jsou obchodní podmínky institutem natolik frekventovaným, a to jak ve vztazích mezi podnikateli, tak ve vztazích podnikatelsko-spotřebitelských, právní úprava tuto skutečnost až tolik nereflektuje. Masovost využívání obchodních podmínek je přitom natolik zásadní, že naopak na individuálně sjednané smlouvy vzniklé jako výsledek oboustranného kontraktačního procesu lze v současné době z pohledu praxe pohlížet spíše jako na menšinový způsob uzavírání smluv. Přesto se však právní úprava obchodních podmínek jako zvláštnímu způsobu určení obsahu smlouvy věnuje

<sup>1</sup> Jedná se např. o BEJČEK, Josef. Některá úskalí racionality obchodních podmínek. *Právní rozhledy*. 2015, č. 18, s. 611 a násl.; ŠPAČKOVÁ, Michala. Všeobecné obchodní podmínky a řešení jejich kolize po rekonstrukci. *Obchodněprávní revue* [online]. 2015, č. 4., s. 106 a násl. [cit. 2016-01-08]. In: Beck-online.cz. Bližší rozbor tohoto důležitějšího tématu týkajícího se obchodních podmínek však přesahuje tematické zaměření tohoto příspěvku.

prakticky pouze ve třech ustanoveních, a to v ustanovení § 1751 až 1753 OZ. Současně bude – mimo řady obecných ustanovení OZ o závazcích – v případě obchodních podmínek přicházet v úvahu také aplikace ustanovení § 1798 a násl. OZ – soubor ustanovení obsahujících specifickou právní úpravu pro smlouvy uzavírané adhezním způsobem.

Navzdory tomu, že právě uvedené lze pokládat pravděpodobně za v současné době zřejmě nejčastější model procesu uzavírání smlouvy (zejména obchodní), obecnému kontraktačnímu procesu věnuje OZ podstatně větší pozornost (v podstatě celý soubor ustanovení § 1731 a násl. OZ). Obchodní podmínky tak z pochopitelných důvodů i zákonodárce pojímá jako odchylku od obecné právní úpravy kontraktačního procesu, která by asi měla být spíše výjimkou než pravidlem. V praxi se však užívání obchodních podmínek stává zcela všední až automatickou skutečností; pakliže totiž porovnáme tzv. transakční náklady obecného kontraktačního procesu a modifikovaného kontraktačního procesu, kdy jedna ze smluvních stran využije možnosti určit část obsahu smlouvy prostřednictvím obchodních podmínek, je zřejmé, proč obliba tohoto institutu napříč právními vztahy při racionálním ekonomickém uvažování natolik vzrostla. Obchodní podmínky ve smyslu modifikace standardního kontraktačního procesu se stávají jakýmsi živoucím paralelně se rozvíjejícím mechanismem, který sice staví na obecné právní úpravě a několika specifických ustanoveních, ale současně představuje jakousi spontánní samoregulaci vznikajících právních vztahů.

Ustanovení § 1751 až 1753 OZ přitom představují právě bezprostřední reakci zákonodárce na samovolný vývoj společenských vztahů. Do doby, než nabyl účinnosti nový OZ, byla právní úprava obchodních podmínek ještě více strohá.<sup>2</sup>

## 2 Transakční náklady kontraktačního procesu

Tzv. teorie transakčních nákladů jako součást širší ekonomické analýzy práva postupně obratně proniká do právní doktríny a udává tón rozumnému chápání a uchopení právního řádu, resp. právního systému. Ekonomický přístup k právu je vlastní modernímu přístupu pojetí práva ve smyslu *Law and*

<sup>2</sup> Například neexistovala žádná obdoba nynějšího ustanovení § 1753 odst. 1 o neúčinnosti překvapivých ustanovení. Veškerá právní úprava pro podnikatelské vztahy se soustředila do ustanovení § 273 již nečinného obchodního zákoníku z roku 1991.

*Economics*, který v současné podobě ovlivňuje tvorbu a výklad práva od 60. let minulého století; jeho vznik se pojí především se založením periodika *Journal of Law and Economics*.<sup>3</sup> Již tehdy se zjistilo, že právo a ekonomie mají zřejmě společného více, než se na první pohled zdá a obě disciplíny dohromady začaly pozvolna utvářet zcela nový koncept, tzv. ekonomickou analýzu práva. Podstata ekonomického přístupu k právu je – jak jinak – než pragmatická. Vychází totiž z předpokladu, že efektivní právní řád by měl brát v úvahu individuální ekonomické zájmy smluvních stran; současně však také ekonomické zájmy celé společnosti. Jako ekonomický zájem společnosti lze chápat například racionální alokaci rizik, tedy takové rozložení dodatečných nákladů právních vztahů, které půjde k tíži té ze smluvních stran, která mohla spíše vzniklé riziko ovlivnit či eliminovat.<sup>4</sup> Tato teorie se pak bude aplikovat i v případech, v nichž ani jedna ze smluvních stran nemohla ovlivnit. Z pohledu ekonomického vyrovnání se mezi stranami je však třeba určit subjekt, který tyto náklady ponese, byť jejich vznik například nijak nezavinil. Takový přístup lze chápat jako důsledek ochrany určitého veřejného zájmu, kterým je to, aby se účastníci předmětného právního vztahu vzájemně majetkově vypořádali. V tomto směru je možné uvést příkladem například rozložení náhodného nebezpečí škody na věci či její zkázy v případě kupní smlouvy či smlouvy o dílo dle OZ.

Individuálním ekonomickým zájmem stran je zase především snaha o co nejvýhodnější plnění ze smlouvy. Cena za plnění ve smlouvě však není jediným ukazatelem ekonomické hodnoty konkrétního smluvního vztahu pro jeho účastníky, byť bude ve většině případů nepochybně ukazatelem klíčovým. Kromě ceny plnění určené ve smlouvě je třeba ještě počítat s další „cenou za smlouvu“, která zahrnuje náklady spojené se smlouvou jako takovou, nikoliv pouze s plněním, které je jejím předmětem. Právě tuto skupinu nákladů chápe ekonomická analýza práva jako tzv. transakční náklady, tedy náklady spojené vůbec se samotnou smluvní transakcí.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> VELJANOVSKI, Cento. *Economic Principles of Law*. 1. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 3 s násl.

<sup>4</sup> ŠILHÁN, Josef In BEJČEK, Josef; HAJN, Petr; POKORNÁ Jarmila a kol. *Obchodní právo*. Obecná část. Soutěžní právo. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 22.

<sup>5</sup> Tamtéž, s. 24. Hovoří se zde též o tom, že transakční náklady představují „cenu za použití trhu.“



Transakční náklady provázejí každý smluvní vztah a jsou vysoce individuální. Racionálním ekonomickým zájmem každé ze smluvních stran je pochopitelně snažit se o dosažení minima těchto transakčních nákladů. Může se totiž stát, že navzdory samotné ceně plnění ze smlouvy, která může být pro účastníka smlouvy velice příznivá, nedojde k uzavření konkrétní smlouvy právě z toho důvodu, že součet ceny za plnění ze smlouvy a transakčních nákladů je v rozporu s ekonomickými zájmy konkrétní smluvní strany (v dané výši se jí již jednoduše nevyplatí). Uvádí se také, že transakční náklady jsou fyzické náklady hledání, vyjednávání a vytváření smlouvy, dále také náklady spojené se sledováním a kontrolou plnění této smlouvy.<sup>6</sup>

Transakční náklady spojené s konkrétní smlouvou lze dělit<sup>7</sup> do několika skupin<sup>8</sup>:

1. Náklady spojené s uzavřením smlouvy
2. Náklady spojené se změnou a s ukončením smlouvy
3. Náklady spojené se spornými otázkami smlouvy, zejména s výkladem smlouvy a s případnými soudními spory
4. Další odvozené náklady – právní zastoupení a další.

I v případě teorie transakčních nákladů se vyplatí investovat. Pokud se smluvní strany budou snažit ušetřit na vypracování smlouvy (jejím bezrozporném znění apod.), mohou v konečném důsledku transakční náklady ještě podstatně zvýšit – především o náklady soudního řízení a promarněný čas, který jim v důsledku soudního sporu vznikne.

Pro úplnost je třeba dodat, že transakční náklady se jistě netýkají pouze smluvních transakcí, navzdory tomu, že pro ně jsou typické a právě u nich lze význam transakčních nákladů velmi názorně ilustrovat. Obdobně lze chápat

<sup>6</sup> C. Veljanovski uvádí ve své publikaci pojetí transakčních nákladů v tzv. Coasově teorému („The Coase Theorem“), který se však stal také předmětem kritiky. VELJANOVSKI, Cento. *Economic Principles of Law*. 1. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 47.

<sup>7</sup> Dělení navazuje na výčet jednotlivých druhů transakčních nákladů uvedený v kapitole J. Šilhána. K tomu viz BEJČEK, Josef; HAJN, Petr; POKORNÁ Jarmila a kol. *Obchodní právo*. Obecná část. Soutěžní právo. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 23.

<sup>8</sup> Obchodní podmínky plní přitom celou řadu jiných funkcí; snižování transakčních nákladů představuje pouze jednu z mnoha funkcí dobře koncipovaných obchodních podmínek. Více viz BEJČEK, Josef. Některá úskalí racionality obchodních podmínek. *Právní rozhledy* [online]. 2015, č. 18, s. 615. [cit. 2015-01-08]. In: Beck-online.cz.

transakční náklady také v korporátním právu – jedná se např. o vztah minimální výše vkladu, resp. základního kapitálu a ostatních nákladů spojených se založením a vznikem obchodní společnosti. Například v případě společnosti s ručeným omezením může minimální vklad činit již zcela zanedbatelnou 1 Kč, avšak budoucí společníci se nevyhnou dalším administrativním nákladům spojeným se založením a vznikem společnosti s ručením omezeným, které se budou pohybovat řádově v tisících až desetitisících (soudní poplatky za prvozápis, poplatky za právní služby notáře apod.). Právě tyto administrativní náklady lze chápat ve smyslu nákladů transakčních.

Transakční náklady si lze ovšem představit také v případě právních vztahů vznikajících na poli existenční ochrany hospodářské soutěže, a to z pohledu preventivních a sankčních opatření ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. V případě spojení podniků, které jako spojení soutěžitelů podléhá oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, musí nepochybně účastníci soutěžního spojení zvážit také administrativní (časové, finanční) náklady spojené se správním řízením. Účastníci zakázané kartelové dohody si zase musí spočítat, zda se jim riskování nepovoleného kartelu vyplatí i v případě, kdy dojde k jeho odhalení a uložení pokuty ve správním řízení. Navzdory tomu, že se v těchto případech jedná o kvalitativně zcela odlišnou kategorii transakčních nákladů, stále se v širším slova smyslu o transakční náklady může jednat. Transakční náklady na poli existenční ochrany hospodářské soutěže lze proto chápat jako součást širšího „více ekonomického přístupu“, který se stal novou výzvou unijního práva mezi 60. a 80. léty minulého století.<sup>9</sup> Právě diskutovaný více ekonomický přístup k soutěžnímu právu představuje typickou ukázkou ekonomické analýzy práva. Jeho hlavním cílem je především maximalizace blahobytu spotřebitele.<sup>10</sup> Ekonomický přístup v právu má tak možná právě ve veřejnoprávní regulaci práva soutěžního vůbec nejdelsí tradici.

Obchodní podmínky, stejně jako také smlouvy uzavírané adhezním způsobem či obchodní potvrzovací dopis, představují v podstatě standardizovaná

<sup>9</sup> PATEL, Kiran Klaus; SCHWEITZER, Heike. EU Competition Law in Historical Context. Continuity and Change. In SCHWEITZER, Heike; PATEL, Kiran Klaus. *The Historical Foundations of EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press: 2013, s. 220.

<sup>10</sup> Tamtéž, s. 221

právní jednání. Tato standardizovaná jednání lze chápat právě jako výsledek racionální ekonomické úvahy smluvních stran o tom, jak co nejvíce ušetřit transakční náklady. Všechna tato právem a probovaná jednání současně představují modifikaci kontraktačního procesu, a to z pohledu stránky obsahové (smlouvy uzavírané adhezním způsobem), nebo po stránce formální, tedy z pohledu odchýlení se od klasického průběhu kontraktačního vyjednávání (obchodní potvrzovací dopis či obchodní podmínky). V případě některých institutů lze dokonce hovořit i o smíšeném charakteru, kdy dochází k modifikaci kontraktačního procesu nejen po stránce formální, ale také může dojít k odchylkám po stránce obsahové (např. v případě obchodního potvrzovacího dopisu, jehož součástí je odkaz na obchodní podmínky<sup>11</sup>). V každém případě však základním motivem pro odklony od obecného kontraktačního procesu zůstává snaha smluvních stran ušetřit transakční náklady.

I užití obchodních podmínek je tedy ve smyslu výše řečeného výsledkem racionálního chování subjektů právních vztahů. Současně právě teorie transakčních nákladů odpovídá na otázku, jaký motiv se skrývá za tímto preferovaným, modifikovaným způsobem kontraktačního procesu. Napovídá také, že tlak na snížení transakčních nákladů je ze strany smluvních stran natolik velký, že lze nárůst užívání obchodních podmínek ve smluvních transakcích i nadále očekávat.

### **3 Trh s obchodními podmínkami: obchodní podmínky jako produkt**

Právě reálné jednání a chování adresátů a motivy tohoto jejich jednání by měly být jedním ze základních hledisek, kterým se zákonodárce při vytváření právní normy (či celého souboru právních norem) nechává vést. Pokud jej nereflktuje, často se totiž stává, že přijatá právní norma nebude dostatečně efektivní. Pokud jsou motivy adresátů velmi silné a právní úprava je nijak nebere v úvahu, bude následkem právních norem pravděpodobně to, že se jejich adresáti pokusí působnosti právní normy nějakým způsobem obejít. Pro pochopení chování adresátů právních norem ve vztahu

<sup>11</sup> O tomto tématu blíže pojednává příspěvek PŘÍKAZSKÁ, Monika. Obchodní podmínky a obchodní potvrzovací dopis. Písemné vyhotovení bylo vytvořeno při příležitosti konference konané v Omšenie ve dnech 9. – 10. 11. 2015. Sborník se v současné době připravuje.

k užívání obchodních podmínek a následnému zhodnocení v současné době účinné právní úpravy je možné využít určitých zákonitostí právní úpravy práva na ochranu hospodářské soutěže a představit si obchodní podmínky jako specifický produkt – produkt, který se směňuje na samostatném relevantním trhu, trhu s obchodními podmínkami. Tento přístup přitom není ničím novým; již dříve odborná literatura upozorňuje, že existuje vztah mezi standardními formami uzavírání smluv a soutěžním právem.<sup>12</sup> Pokud si dovolíme akceptovat tuto paralelu, otevírá se nám nový pohled na institut obchodních podmínek a jejich právní úpravu.

Obchodní podmínky se totiž skutečně mohou podobat produktu. V jistém slova smyslu u nich funguje poptávka a nabídka, ačkoliv v tomto směru se koncept poněkud odklání od klasického vnímání hlavních zákonitostí trhu. Na obchodních podmínkách – primárně z toho důvodu, že podstatným způsobem šetří transakční náklady – se totiž každý podnikatel snaží co nejvíce získat. To v případě obchodních podmínek znamená zejména, aby

- plnily svůj účel;
- mohly se užívat dlouhodobě;
- přitom málo stály.

Takové požadované vlastnosti se vlastně nijak neliší od požadavků na jakýkoliv jiný produkt či službu, s nimiž se na trhu obchoduje.

Obchodní podmínky však díky své „neměnnosti“ mohou být výhodné také pro druhou smluvní strany, v tomto případě pro podnikatele, kterému jsou obchodní podmínky předkládány. Je tomu tak proto, že v ekonomickém zájmu adresáta obchodních podmínek zase naopak bude, aby seznámení se s jejich zněním musel věnovat co možná nejméně času a současně se mu v důsledku jeho (s mírnou nadsázkou řečeno) ignorance nezhoršilo právní postavení v předmětném právním vztahu. Takovou hrozbou může být typicky nekalosti obchodních podmínek, které více či méně skrytě obsahují zvláště nevýhodná ustanovení pouze pro jednu smluvní stranu.

---

<sup>12</sup> K tomu srov. dílo M. R. Pattersona, které stálo u zrodu myšlenky, která se objevuje v tomto příspěvku. PATTERSON, Mark R. *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*. *William&Mary Law Review*, 2010, v. 52, n. 2., s. 327-414. Dostupné z: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3364&context=wmlr>

Pokud tedy hovoříme o obchodních podmínkách ve smyslu produktu, lze uzavřít, že pokud jejich adresát nebude mít zájem na tom, aby prosadil vlastní obchodní podmínky s převahou ustanovení zvýhodňující právě jeho samotného, zřejmě bude jeho postoj ke studiu obchodních podmínek velmi vlažný. Průměrný adresát obchodních podmínek zřejmě nebude očekávat, že mu obchodní podmínky přinesou výraznější užitek (resp. bude očekávat, že užitek se bude pohybovat těsně u hranice zákonem předepsaného minima) a spíše bude v jeho zájmu, aby mu nezpůsobily výrazné zhoršení jeho postavení. Navzdory tomu, že výraznému zhoršení pozice smluvní strany lze předejít právě tím, že si adresát smluvních podmínek jejich znění pečlivě přečte, právě racionální ekonomické uvažování adresátů zřejmě zapříčiní to, že většina z nich to neudělá, smlouvu podepíše včetně obchodních podmínek a případné nesrovnalosti bude řešit až *ex post*. Toto zjištění, s nímž se v praxi zcela běžně setkáváme, není přitom novinkou ani z pohledu právní teorie; hovoří se o něm jako o tzv. racionální rezignaci.<sup>13</sup>

Obchodní podmínky ve smyslu specifického produktu představují z hlediska podnikatelů poptávaný a žádaný produkt, neboť pokud je má vytvářet zcela nově a od počátku, transakční náklady se podstatně zvyšují. Dochází proto k určité „monopolizaci“ struktury trhu s obchodními podmínkami.<sup>14</sup> Tento jev popisují i empirické zkušenosti sociologických výzkumů. Např. v roce 2013 se zveřejnil průzkum, za nímž stala New York University School of Law.<sup>15</sup> Kolektiv autorů zkoumal během let 2003 – 2010 obchodní podmínky, resp. standardizované formy kontraktace. Tyto autoři zkoumali

<sup>13</sup> Jedná se o případ tzv. paušálního souhlasu se zněním obchodních podmínek, kdy právní úprava v podstatě počítá s určitou dávkou „racionální rezignace“. BEJČEK, Josef. Některá úskalí racionality obchodních podmínek. *Právní rozhledy* [online]. 2015, č. 18, s. 620. [cit. 2016-01-08]. In: Beck-online.cz.

<sup>14</sup> Prvotní myšlenkou, která iniciovala námět tohoto příspěvku, byla myšlenka M. R. Pattersona o tom, že standardizace napříč podnikateli způsobuje omezení soutěže na poli obchodních podmínek. Na tuto myšlenku autor navazuje v celé své práci. PATTERSON, Mark R. *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*. *William&Mary Law Review*, 2010, v. 52, n. 2., s. 333. Dostupné z: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3364&context=wmlr>

<sup>15</sup> K tomu viz MAROTTA-WURGLER, Florencia, TAYLOR, Robert. Set in Stone? Change and Innovation in Consumer Standard-Form Contracts. *New York University Law Review*. New York: New York University School of Law [online]. 2013, v. 88, n. 1, s. 240-285. [cit. 2016-01-08]. Dostupné z: <http://www.nyuulawreview.org/issues/volume-88-number-1/set-stone-change-and-innovation-consumer-standard-form-contracts>

na vzorku 264 obchodních podmínek na trhu se softwarovými licencemi. Vzali v úvahu několik proměnných a dospěli k mnoha zajímavým poznatkům, mimo jiné k tomu, že obchodní podmínky mají tendenci se s postupem času stávat delšími, méně srozumitelnými a celkově jsou zaměřeny stále více ve prospěch prodávajícího. I z tohoto úhlu pohledu můžeme tedy hovořit o určité „standardizaci“.<sup>16</sup> Významný vzorek zkoumaných obchodních podmínek začal vykazovat výše uvedené znaky; u různých typů obchodních podmínek se tedy objevila určitá tendence. Začaly si být podobné. Lze předpokládat, že za tímto vývojem stojí empirická zkušenost podnikatelů s použitím různých typů obchodních podmínek. Po nějaké době jejich užívání vyšlo najevo, že některé obchodní podmínky „zbytečně“ poskytují výhody druhé smluvní straně, ačkoliv dost dobře mohou bez rizika existovat i obchodní podmínky, které takové výhody nezakládají. Naopak v případě přílišných výhod ve prospěch smluvní strany, která obchodní podmínky předkládala, se ukázalo, že jsou až příliš „troufalé“, a proto byly např. ve větší míře odmítány soudy.<sup>17</sup>

Takové empirické poznatky pak zřejmě vedou k určitému přirozenému výběru právě těch obchodních podmínek, které jsou z hlediska vyvažování oprávněných zájmů obou stran optimální. Hraniční případy obchodních podmínek jednoduše nepřežily a vymizely. Přirozeným následkem této evoluce však je, že vzniknou právě standardizované obchodní podmínky, které se vzájemně u jednotlivých podnikatelů vůbec neliší. Tím pádem se v průběhu času tyto standardní obchodní podmínky na relevantním trhu s obchodními podmínkami ujalý určitého monopolu. Důvodem je reakce adresátů právních norem na přirozený evoluční výběr a fixace na ten typ obchodních podmínek, který se již (byť u jiných podnikatelů) osvědčil.

<sup>16</sup> K tomu viz MAROTTA-WURGLER, Florencia, TAYLOR, Robert. Set in Stone? Change and Innovation in Consumer Standard-Form Contracts. *New York University Law Review*. New York: New York University School of Law [online]. 2013, v. 88, n. 1, s. 240 obecně, dále s. 244 a násl. [cit. 2016-01-08]. Dostupné z: <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-88-number-1/set-stone-change-and-innovation-consumer-standard-form-contracts>

<sup>17</sup> Tamtéž, s. 266 a násl.

Obdobně jako v případě hospodářské soutěže se standardními produkty či službami i v případě přeneseného trhu obchodních podmínek s sebou vznik monopolistické struktury relevantního trhu přináší zcela konkrétní dopady.

#### **4 Důsledky monopolizace trhu s obchodními podmínkami jako relevantního trhu**

Vzhledem k tomu, že se účastníci smluvních vztahů (a adresáti právních norem obecně) snaží šetřit transakční náklady a obchodní podmínky mají tudíž tendenci se standardizovat, vzniká na jejich relevantním trhu monopolizace, která má za následek následující jevy, které jsou běžné i v rámci obecné hospodářské soutěže.

Prvním zvláštním jevem je v přeneseném významu bariéra vstupu nových účastníků na relevantní trh. Počáteční náklady na vyhotovení nového typu obchodních podmínek se zvyšují, neboť se dokola užívají „zavedené“ obchodní podmínky. Odpadá proto v případě ekonomicky uvažujících adresátů právních norem motivace obchodní podmínky zásadnějším způsobem měnit.<sup>18</sup> Lze tudíž předpokládat, že v návaznosti na tento trend se ani do budoucna nebudou obchodní podmínky příliš měnit.

Právě shora popsaná racionální rezignace může mít za následek zcela záměrné, anebo naopak zcela iracionální setrvání druhé smluvní strany v určitém právním vztahu, který pro ni již od počátku nebyl výhodný, anebo který se nevýhodným následně stal. V ekonomii se obecně stav, kdy určitý subjekt nebo objekt setrvává ve stejném stavu i přes změnu okolních (výchozích) podmínek, označuje obecně pojmem „sticky“. Nejčastěji se v ekonomickém kontextu hovoří o tzv. „sticky price“ nebo „price stickiness“.<sup>19</sup> S jistú dávkou analogie však není třeba uvažovat pouze o objektech, ale přívlastek „sticky“ lze vztáhnout i k subjektům. Uvedené slovní spojení může vyjadřovat situaci, kdy subjekt (spotřebitel, podnikatel či obecně zákazník) setr-

<sup>18</sup> Uvádí se, že právě jednotlivé výhody spojené se standardizací, jako například síťový efekt, snižují iniciativu smluvních stran k tomu, aby obchodní podmínky měnily. Tamtéž s. 246.

<sup>19</sup> Srov. např. obecnou definici na webových stránkách InvestigAnswers. Price Stickiness. *InvestigAnswers* [online]. [cit. 2016-01-08]. Dostupné z: <http://www.investiganswers.com/financial-dictionary/economics/price-stickness-3178>

vává u jednoho produktu či služby i přesto, že se již pro něj tento produkt či služba ve srovnání s jinými nejsou natolik výhodné. Vzhledem k tomu, že toto pojednání se zabývá především vztahy čistě mezi podnikateli, bude se v textu uvedená situace nazývat „sticky customer“ (v obecném smyslu „zákazník“). Obdobné setrvání se totiž nevyhne jakémukoliv subjektu v roli zákazníka obecně, ať je podnikatelem či nikoliv. Situace, kdy se zákazník, tedy smluvní partner, „přilepí“ na druhou smluvní stranu a racionálně či naopak iracionálně u něj nadále setrvává i přes změnu vnějších podmínek, mohou nastat i v případě pomyslného trhu s obchodními podmínkami.<sup>20</sup>

Konečně je třeba zabývat se také zvláštní povahou obchodních podmínek jako komodity, u níž platí stejně jako u řady dalších komodit tzv. síťový efekt (network effect).<sup>21</sup> U něj platí, že s počtem uživatelů roste hodnota komodity (produktu). V případě typických síťových odvětvích, jako je např. energetický trh, telekomunikační trh, poštovní služby apod., se zpravidla jedná o vznik přirozeného monopolu (který vzešel ze spontánního vývoje trhu).<sup>22</sup> Pro tato typická síťová odvětví budou charakteristické zejména významné úspory z rozsahu při velkých objednávkách, a to především proto, že existuje určitá infrastruktura, jejíž užívání se zlevňuje s nárůstem uživatelů.

I obchodní podmínky by perspektivou práva na ochranu hospodářské soutěže vznikly spontánním vývojem na relevantním trhu. V jejich případě však bude zřejmě hledání výhod navýšení počtu „uživatelů“ (tedy podnikatelů a jejich zákazníků) zřejmě poněkud méně zjevné. Přesto však existují. Z pohledu obou smluvních stran se jedná například o rychlejší tvorbu výkladu soudů. Pokud je problematické ustanovení ve velkém množství znění obchodních podmínek, je také samozřejmě mnohem pravděpodobnější, že spor mezi smluvními stranami o toto ustanovení nakonec skončí před soudem a soudy tak dostanou možnost se k němu v rámci odůvodnění

<sup>20</sup> Literatura spojuje vyšší míru odolnosti vůči změnám (tedy vyšší míru lpění) právě i se síťovým efektem. K tomu viz MAROTTA-WURGLER, Florencia, TAYLOR, Robert. Set in Stone? Change and Innovation in Consumer Standard-Form Contracts. *New York University Law Review*. New York: New York University School of Law [online]. 2013, v. 88, n. 1, s. 246. [cit. 2016-01-08]. Dostupné z: <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-88-number-1/set-stone-change-and-innovation-consumer-standard-form-contracts>

<sup>21</sup> Tamtéž, s. 246.

<sup>22</sup> TOMŠÍK, Vladimír. *Ekonomie a zdravý rozum*. 1. vyd. Praha: Fragment, 2011, s. 140.



konkrétního rozhodnutí vyjádřit. Určí tak směr dalšího vývoje tohoto ustanovení, neboť buď mohou deklarovat, že se jedná o ustanovení z pohledu právního řádu platné, anebo naopak vysloví jeho neplatnost.

Sít'ový efekt se dále pozitivně projevuje ve vztahu k adresátům obchodních podmínek, kteří – obdobně jako jejich smluvní partneři – díky znalosti rozšířeného typu obchodních podmínek šetří transakční náklady opět tím, že mohou zkoumáním textu obchodních podmínek věnovat podstatně méně času.

Z veškerých výše uvedených jevů v rámci hospodářské soutěže vyplývá zcela zásadní skutečnost – pro obě smluvní strany je monopolizace obchodních podmínek v podstatě výhodnější, než pokud bychom přeneseně hovořili o „dokonalé konkurenci“. Pro podnikatele předkládající obchodní podmínky je pochopitelně snazší převzít a minimálně si upravit již zavedený typ obchodních podmínek. V důsledku monopolizace obchodních podmínek totiž skutečně vznikly bariéry na pomyslném relevantním trhu; pro každého podnikatele, který chce určit část smlouvy prostřednictvím obchodních podmínek, tak bude těžší prosadit jejich zcela nové znění. Obdobně lze očekávat, že ani jejich smluvní partneři nebudou ve skutečnosti mít zájem studovat nové znění obchodních podmínek. Přirozené tendence smluvních partnerů setrvávat u jednoho podnikatele, tudíž u jednoho znění obchodních podmínek také mohou demotivovat ostatní podnikatele, aby obchodní podmínky měnily. I kdyby vymysleli obchodní podmínky více výhodné pro druhou stranu, ke změně smluvního partnera nemusí ani tak dojít právě pro efekt „sticky customer“. Konečně také výhody sít'ového efektu představují argument, proč se zněním obchodních podmínek příliš neexperimentovat.

## **5 Obchodní podmínky z pohledu hospodářské soutěže: dopady do úvah de lege ferenda?**

Z výše uvedeného lze dovodit neochota účastníků právních vztahů měnit výrazným způsobem již zavedené obchodní podmínky.

Současná účinná právní úprava má tendenci klást vysoký důraz na ochranu svobodné vůle smluvních stran. V případě, kdy však smluvní strany na základě vlastního ekonomického racionálního úsudku přistoupí k racionální rezignaci, je však tato právní úprava v podstatě neúčinná. Obdobně

je tomu v případech, kdy adresát obchodních podmínek sice neupadá do racionální rezignace, ale vyjednávací síla druhé smluvní strany je tak obrovská, že pro něj stejně neexistuje možnost o obsahu smlouvy skutečně vyjednávat.

V současné právní úpravě v OZ existují zejména tři významné kategorie ustanovení, která se pokouší zachovat rovnováhu mezi smluvními stranami a ochránit tu smluvní stranu, která v právním vztahu (v tomto případě hovoříme hlavně o vztahu podnikatelském, neboť právní ochrana spotřebitele užívá ještě mnoha dalších ochranných institutů) vystupuje v postavení slabší smluvní strany. Jedná se o:

- možnost jednostranné změny obchodních podmínek dle ustanovení § 1752 OZ
- různé druhy informačních povinností; v nejobecnější rovině se jedná o ustanovení § 1751 OZ
- ochranu v případě překvapivých ustanovení dle ustanovení § 1753 OZ.

Na první pohled tato ustanovení vypadají, že ve skutečnosti straní spíše podnikatelům, kteří obchodní podmínky předkládají. Například v případě jednostranné změny obchodních podmínek vyvolala nová koncepce poměrně zásadní otázky – jak je vůbec možné měnit dvoustranné právní jednání jednostranně? Při podrobnějším rozboru těchto ustanovení však vidíme přímou vazbu na ekonomický přístup v právu, který se vlastně v dotčených ustanoveních přímo uplatňuje.

Pokud jde o jednostrannou změnu obchodních podmínek, tato je zcela v souladu s ekonomickou analýzou práva, jak byla uvedena výše. Především je toto ustanovení nutné chápat jako reakci zákonodárce na racionální rezignaci adresátů obchodních podmínek. Ti se tak pouze snaží snížit doprovodné transakční náklady, neboť jejich hlavním ekonomickým zájmem je – jak se uvádí výše – věnovat zkoumání obchodních podmínek pokud možno co nejmenší úsilí, avšak neohrozit či nezhoršit svoji dosavadní pozici.

Fixace adresátů na určitý typ obchodních podmínek – vyvolaná efektem „*sticky customer*“ – zase naznačuje, že zřejmě nemá smysl zahlcovat smluvní partnery (zejména slabší smluvní strany) přílišnou informační povinností, neboť většina z nich sděleným informacím stejně nebude věnovat zvýšenou

pozornost. Ekonomicky na první pohled iracionálně, ale dost možná častokrát racionálně stejně setrvávají u stejného typu obchodních podmínek, případně u stejného podnikatele, s nímž uzavřeli smlouvu. Ve znění obchodních podmínek tedy nemá smysl „soutěžit“; současně však není ani tlak na inovaci či zlepšování znění obchodních podmínek. I tento dílčí závěr ostatně vyplynul z empirických výzkumů, neboť se zjistilo, že pokud se znění obchodních podmínek inovuje, pak převážně tak, že se do textu „dosadí“ ustanovení, aniž by se však revidoval zbylý text smlouvy.<sup>23</sup> Není tedy tlak na rozumnou inovaci obchodních podmínek, protože není s kým soupeřit. To je další přirozený důsledek pomyslné monopolizace relevantního trhu s obchodními podmínkami.

Obdobně také ochrana ex post v případě překvapivých ustanovení, která se mohou v obchodních podmínkách objevit, dává smysl. Oběma smluvním stranám totiž sníží (alespoň počáteční) transakční náklady na minimum. Současně však také zhatí i ten drobný zbytek motivace adresátů obchodních podmínek, aby se jimi blíže zabývali.

Při zvážení výše uvedeného je tak zřejmé, že zákonodárce – možná zcela záměrně – vycházel při tvorbě právní úpravy také z úvahy o ekonomickém přístupu k právu. Výše uvedené příklady představují jen reprezentativní výběr; není vyloučeno, že by se úvaha o monopolizaci trhu s obchodními podmínkami uplatnila i v řadě dalších ustanovení.

## 6 Závěrem a k zamyšlení

Nová právní úprava obchodních podmínek v OZ mohla vyvolat v mnoha bodech přinejmenším rozpaky. Jak je možné, že smlouva jako dvoustranný právní úkon může být měněna i jednostranným právním jednáním? Proč

<sup>23</sup> K tomu viz MAROTTA-WURGLER, Florencia, TAYLOR, Robert. Set in Stone? Change and Innovation in Consumer Standard-Form Contracts. *New York University Law Review*. New York: New York University School of Law [online]. 2013, v. 88, n. 1, s. 266 a násl. [cit. 2016-01-08]. Dostupné z: <http://www.nyu-lawreview.org/issues/volume-88-number-1/set-stone-change-and-innovation-consumer-standard-form-contracts>. Pro zachování objektivnosti tohoto tvrzení je však třeba upřesnit, že řada zkoumaných podnikatelů naopak svoje obchodní podmínky inovovala a revidovala. Tamtéž, s. 247. Tato skutečnost se však týká spíše jen specifické skupiny podnikatelů, než že by z ní bylo možné učinit trend.

se před překvapivými ustanoveními chrání až ex post – jedná se vlastně o zákonné přivolení k tomu, že obchodní podmínky opravdu mohou tato ustanovení obsahovat?

Zatímco většina úvah *de lege ferenda*, které se týkají obchodních podmínek, se zaměřují zpravidla do oblasti závazkového práva, toto pojednání si kladlo za cíl analyzovat právní úpravu obchodních podmínek perspektivou soutěžního práva. Představit si obchodní podmínky jako zvláštní produkt a uvažovat nad strukturou a zvláštnostmi příslušného relevantního trhu, na němž obchodní podmínky působí. Takové přirovnání umožnilo aplikovat také ve větší míře ekonomický přístup k právu a zamyslet se nad skutečnými motivy adresátů právních norem. Základním motivem účastníků smluvního vztahu (v němž mohou figurovat obchodní podmínky) je přitom zpravidla snaha o maximalizaci vlastního užitku minimalizací transakčních nákladů.

Hlavní myšlenkou pojednání je pohled na trh s obchodními podmínkami jako na zvláštní relevantní trh, který má výrazné sklony ke vzniku přirozeného monopolu. Monopolizace s sebou pak přináší celou řadu zvláštních doprovodných jevů – např. síťový efekt, nulový tlak na inovaci obchodních podmínek a další. Právě tyto jevy a zájem na minimalizaci transakčních nákladů mohou způsobovat tzv. racionální rezignaci adresátů obchodních podmínek. Pokud vezmeme všechny shora uvedené proměnné, pak se současná právní úprava jeví jako vhodná reakce zákonodárce na racionální ekonomické chování smluvních stran. Například v případě jednostranné změny obchodních podmínek se jedná o logický krok, kterým zákonodárce reflektuje zvyšující se racionální rezignaci adresátů obchodních podmínek, kteří jim zpravidla nehodlají věnovat přílišnou pozornost. Použití „staronového“ přístupu k právu – ekonomické analýzy práva – a inspirace v obecných zákonitostech veřejnoprávní větve práva soutěžního tak mohly pootevřít nové náhledy na právní úpravu obchodních podmínek.

## Literature

BEJČEK, Josef. Některá úskalí racionality obchodních podmínek. *Právní rozhledy* [online]. 2015, č. 18, s. 611 a násl. [cit. 2016-01-08]. In: Beck-online.cz.

BEJČEK, Josef, HAJN, Petr, POKORNÁ Jarmila a kol. *Obchodní právo. Obecná část. Soutěžní právo*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 140 s. ISBN 978-80-7400-547-3.

MAROTTA-WURGLER, Florencia, TAYLOR, Robert. Set in Stone? Change and Innovation in Consumer Standard-Form Contracts. *New York University Law Review*. New York: New York University School of Law [online]. 2013, v. 88, n. 1, s. 240-285. [cit. 2016-01-08]. Dostupné z: <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-88-number-1/set-stone-change-and-innovation-consumer-standard-form-contracts>

TOMŠÍK, Vladimír. *Ekonomie a zdravý rozum*. 1. vyd. Praha: Fragment, 2011, 160 s. ISBN 978-80-253-1393-0.

PATEL, Kiran Klaus, SCHWEITZER, Heike. *The Historical Foundations of EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press: 2013, 239 s. ISBN 978-0-19-966535-8.

PATTERSON, Mark R. *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*. *William & Mary Law Review*, 2010, v. 52, n. 2., s. 327-414. Dostupné z: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3364&context=wmlr>

ŠPAČKOVÁ, Michala. Všeobecné obchodní podmínky a řešení jejich kolize po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue* [online]. 2015, č. 4., s. 106 a násl. [cit. 2016-01-08]. In: [Beck-online.cz](http://beck-online.cz).

VELJANOVSKI, Cento. *Economic Principles of Law*. 1. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, 281 s. ISBN 978-0-521-69546-6.

### Contact – e-mail

[prikazska@lam.muni.cz](mailto:prikazska@lam.muni.cz)

# Zamyšlení nad akcesoritou podnájmu

*Michal Vitek*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## **Abstract in original language**

Příspěvek se zabývá podnájmem, jakožto právním vztahem, v němž nájemce dává pronajatou věc do užívání další osobě, podnájemci. Podnájem je běžně charakterizován jako vztah akcesorický, tedy závislý na vztahu nájemním. Tato závislost se projevuje tím, že zánikem užívacího práva nájemce zaniká i užívací právo podnájemce. Tento příspěvek rozebírá situaci, kdy se původní nájemce stane vlastníkem věci. Přestože nájem zaniká, užívací právo a způsobilost jej převést na další osobu zůstávají zachovány. Příspěvek se zabývá dopady této situace na podnájemní vztah a otázkou jeho další existence a obsahu.

## **Keywords in original language**

Nájem; podnájem; akcesorita; změna vlastnictví pronajaté věci; přechod smluvního vztahu.

## **Abstract**

This paper deals with the sublease as the legal relationship in which the tenant gives the subtenant the right to use the thing. The sublease is generally characterised as an accessory relationship, therefore dependent on the lease. The dependence is demonstrated by the fact that the subtenant's right of use is terminated by the termination of tenant's right of use. The contribution examines the situation when the original tenant becomes the owner. Although the lease is terminated, the right of use and the capacity to transfer it to the third party remains. The paper analyses the impacts of this situation to the sublease relationship and deals with the question of its existence and subject-matter.

## **Keywords**

Lease; Sublease; Accessoriness; Changes in Ownership of the Leased Thing; Transfer of Contractual Relationship.

## 1 Úvod<sup>1</sup>

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (OZ) ve své části čtvrté, hlavě druhé, dílu druhém, oddílu třetím upravuje nájem jakožto právní vztah, v rámci něhož se pronajímatel zavazuje přenechat nájemci k dočasnému užívání individuálně určenou, nezužitelnou věc, a kdy nájemce je naopak zavázán hradit za to pronajímateli nájemné<sup>2</sup>. Rozsah takto poskytnutého užívání může být obsahově stejně široký, nebo užší, než k jakému je oprávněn sám pronajímatel.

Ustanovení § 2215 OZ pak upravuje v obecné rovině závazkový právní vztah podnájem. Jak již sám název podnájem napovídá, jde v zásadě o stejný princip, kdy do role pronajímatele se zde dostává nájemce z původního nájemního vztahu. Nájemce své oprávnění užívat věc smluvně poskytuje další osobě – podnájemci. Podnájemce tak odvozuje své užívací právo k věci od nájemce.

Právní úprava tuto závislost podnájemce na nájemci reflektuje na několika místech. Ustanovení § 2215 odst. 3 OZ uvádí, že „*Užívací právo lze třetí osobě zříditi jen na dobu nájmu věcí*“ přičemž „*k odchylnému ujednání se nepřiblíží*“. Stejná myšlenka je vyjádřena i v části věnované podnájem bytu v první větě § 2277 OZ, která zní „*Podnájem končí společně s nájmem*“ a následně zopakováno také v § 2278 OZ větou „*Podnájem skončí nejpozději s nájmem*“.

Všechna tato ustanovení jsou podle literatury<sup>3</sup> i starší judikatury<sup>4</sup> projevem akcesority podnájemního vztahu na vztahu nájemním a také projevem zásady, že nikdo nemůže převést na jiného více práv, než sám má. Z toho plyne, že úprava reaguje na standardní situaci, kdy zánikem nájemního vztahu nájemce ztratí právo užívat věc a přirozeně i právo poskytnout užívací právo dalším osobám. Podnájem tak skončí a vlastník věci již není

<sup>1</sup> Tento příspěvek vznikl na námět JUDr. Zdeňka Buchty, za který mu tímto děkuji.

<sup>2</sup> RABAN, P a kol. *Občanské právo hmotné. Závazkové právo*. Brno: Václav Klemm – Vydavatelství a nakladatelství, 2014, s. 178.

<sup>3</sup> Srov. KABELKOVÁ, E., DEJLOVÁ, H. *Nájem a pacht v novém občanském zákoníku. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 55 a 302. Shodně též BAJURA, J., ŠALAČ, J. in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. Svazek V. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014, s. 1262 a HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055 – 3014). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 276 a 435.

<sup>4</sup> Např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 6. 3. 2003, sp. zn. 26 Cdo 877/2002.

dále ve svém užívacím právu omezen nikým jiným. Tato situace je zcela nesporná a jasná.<sup>5</sup> Tento příspěvek se však zaměřuje na situaci odlišnou, a to na situaci, že nájemce se stane vlastníkem pronajímané věci. Pak jeho právo k ní nezaniká, ale naopak se ještě dále rozšiřuje. Jaké však bude mít tato změna dopady na podnájemní vztah?

Tento příspěvek se zaměřuje na dvě základní otázky. První z těchto otázek je, zda v situaci, kdy se nájemce stane vlastníkem pronajímané věci, má původní podnájemce stále právo věc užívat, tedy zda stále trvá (pod) nájemní vztah? Druhou otázkou je pak obsah takového vztahu.

## 2 Existence právního vztahu

Základní otázkou je, zda zůstane v situaci, kdy se nájemce pronajímané věci (bez ohledu na to, zda je tou věcí věc movitá, nemovitá, byt či nebytový prostor) stane jejím vlastníkem, zůstane podnájemci zachováno jeho užívací právo. Zda tedy bude existovat nějaký právní vztah mezi ním a původním nájemcem v tuto chvíli již v pozici vlastníka věci.

Z formalistického hlediska<sup>6</sup> si lze vystačit s výše uvedenými ustanoveními § 2215 odst. 3 OZ, § 2277 OZ a § 2278 OZ. Nájemce se stal vlastníkem věci. Z toho důvodu zanikl nájemní vztah mezi vlastníkem v pozici pronajímatele a nájemcem. Při aplikaci uvedených ustanovení proto dojdeme poměrně jednoduše k závěru, že zaniká i podnájem.<sup>7</sup> Podnájemce tak zcela ztrácí oprávnění užívat věc a je povinen ji vydat nájemci (nyní již vlastníku) či vyklidit v případě věcí nemovitých. S tímto výsledkem bychom se pravděpodobně mohli setkat nejčastěji.

<sup>5</sup> Bez dalšího toto řešení konstatuje např. Selucká v FIALA, J., KINDL, M. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. II. díl*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009, s. 1274.

<sup>6</sup> Formalistickým pohledem je v tomto příspěvku nazýván výklad práva, který zohledňuje pouze text právního předpisu bez jakéhokoliv zamyšlení nad jeho účelem a smyslem. Tento přístup je konstantně odmítán ústavním soudem, když tento jazykový výklad setrvale uvádí jako pouhé „prvotní přiblížení k aplikované právní normě“, cit. z nálezu III. ÚS 258/03 ze dne 6. 5. 2004.

<sup>7</sup> Shodně s komentářem ad poznámka pod čarou č. 5.



Na celou záležitost se však lze podívat i materiálně<sup>8</sup> s odhlédnutím od formalismu, který je zapříčiněn aplikací ustanovení právního předpisu, které míří na odlišné situace. Uvedená pravidla míří na situace, kdy zanikne právo nájemce postoupit užívání věci jiné osobě. V takovém případě je jeho aplikace zcela legitimní. V tomto případě však toto konkrétní právo nájemce zůstává zachováno. Ba co více, rozsah práv původního nájemce k věci se ještě rozšiřuje. Je tedy zánik podnájmu bezpodmínečně nutný?

Pro tento případ nenalezneme v zákoně výslovné řešení. Stejně tak nepochodíme ani s komentářovou<sup>9</sup> či učebnicovou<sup>10</sup> literaturou, které se k otázce zániku podnájmu v souvislosti se zánikem nájmu vyjadřují pouze v tom smyslu, že jde o projev akcesority podnájmu a nijak neuvažují nad možností jiného řešení. Současně uvádí, že jde o projev soukromoprávní zásady *Nemo ad alium plus iuris transferre potest quam ipse habet*, tedy že nikdo nemůže převést na jiného více práva, než sám má.

Přistupme však již k onomu zmíněnému materiálnímu pohledu na celou otázku. Co je obsahem podnájemního vztahu? **Obsahem podnájemního vztahu je slib (závazek) nájemce poskytnout podnájemci úplatně užívání konkrétní věci, a to ve stejném nebo užším rozsahu, než v jakém je k tomu oprávněn sám**<sup>11</sup>. Jde tedy o jakési smluvní založení práva užívat věc dalšímu subjektu uzavřené mezi nájemcem a podnájemcem. Z tohoto

<sup>8</sup> Materiální náhled na obsah právních jednání zastává právě i Ústavní soud ČR ve svém nedávném nálezu sp. zn. II. ÚS 2732/15 ze dne 12. 1. 2016, ve kterém doslovně uvádí: „Z hlediska ústavně konformního výkladu je tedy třeba dbát o to, aby byly právní normy vykládány v souladu ne jen s jejich doslovným zněním, ale i s účelem zákona jako takového, historií jeho vzniku, systematickou souvislostí nebo s principy, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku.“ a dále také „V opačném případě se totiž mohou rozhodnutí soudů jevit jako příliš formalistická, což Ústavní soud setrvale odmítá, když zdůrazňuje, že obecný soud není absolutně vázán doslovným zněním zákona, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit, protože povinnost soudů nalezat právo neznamená pouze ryhledávat přímo a výslovně pokyny v zákonném textu, nýbrž i povinnost zjišťovat a formulovat, co je konkrétním právem i tam, kde jde o interpretaci abstraktních norem a ústavních zásad“.

<sup>9</sup> Ad poznámka pod čarou č. 3 a 5.

<sup>10</sup> Například výše zmíněný Raban se k otázce zániku podnájmu nijak nevyjadřuje. Z učebnicové literatury ke starší úpravě lze zmínit např. FIALA, J., KINDL, M. et al. *Občanské právo hmotné*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 485, kde se pouze uvádí, že „Byl-li podnájem bytu sjednán na dobu určitou, pak končí nejpozději se zánikem nájmu“, a shodně na straně 487 téhož „Stejně jako u bytů zaniká podnájem nebytových prostor také se zánikem nájmu, na který je podnájem vázán“.

<sup>11</sup> Srov. KABELKOVÁ, E., DEJLOVÁ, H. *Nájem a pacht v novém občanském zákoníku. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 56.

hlediska proto není důvod, proč by v případě, že se nájemce stane vlastníkem věci, měl být tento slib jakkoliv oslabován a podnájemní vztah měl zaniknout. Tím, že se nájemcovo oprávnění k věci rozšíří z mezí původního pouze nájemního vztahu na nový vztah vlastnický, není nijak dotčen onen rozsah práv, která jsou předmětem vztahu podnájemního, tedy která byla smluvně založena podnájemci. Není tak naplněn účel zákonných ustanovení příkazujících skončení podnájem.

Původní smluvní vztah založený podnájemní smlouvou nemusí nevyhnutelně zaznamenat přechodem či převodem vlastnictví k věci žádnou změnu<sup>12</sup>. Původní nájemce má stále právo věc užívat a tímto právem disponovat a původní podnájemce může mít i nadále zájem na tomto užívání. Obě tyto smluvní strany ze své vůle uzavřely podnájemní smlouvu ohledně užívání věci v rozsahu, v jakém toto není změnou vlastnictví dotčeno. Vůli smluvních stran k pokračování smluvního vztahu lze tedy v některých případech dovodit z uzavřené podnájemní smlouvy.

Samozřejmě je třeba důsledně zohlednit to, jak je v podnájemní smlouvě vymezena doba trvání nájemního vztahu. Pokud nebyla doba podnájemního vztahu výslovně ujednána, analogicky k § 2204 odst. 1 OZ platí tento sjednaný na dobu neurčitou. Nájemce tedy dává podnájemci věc do užívání na neomezenou dobu, takový slib může přetrvat i po změně vlastnictví věci na nájemce. Ještě zřetelnější je situace v případě, kdy bylo v podnájemní smlouvě smluvěno užívání na dobu, o které smluvní strany věděly, že přesahuje dobu nájemního vztahu, a přesto ujednaly podnájem na dobu delší. Příkladem může být podnájem věci, která je předmětem leasingu<sup>13</sup>, sjednaný na dobu i po odkupu či přechodu vlastnictví. Zde lze nepochybně vyvodit zájem smluvních stran na tom, aby podnájemcovu užívací právo trvalo i po této změně. Naopak jistě může nastat i situace, že nájemce bude mít zájem o podnájem pouze za situace, že nebude vlastníkem věci. Řešením takové situace bude zahrnutí nabytí vlastnictví věci do smlouvy jako rozvazovací podmínky.

<sup>12</sup> Tak, jako je tomu například u změny vlastnictví pronajaté věci dle § 2221 a násl. OZ.

<sup>13</sup> Tedy nájemního vztahu, u nějž je předem dojednan převod vlastnického práva po určité době a za určitou úplatou. Tento tzv. finanční leasing je vymezen v rozsudku NS sp. zn. 30 Cdo 2033/2002 ze dne 27. 11. 2003.

Je možné říci, že dopad v úvodu vyjmenovaných ustanovení OZ je dle jejich jazykového vyjádření širší, než jak by to bylo nutné k naplnění jejich účelu. K jejich výkladu je proto nutné přistupovat s teleologickou redukcí<sup>14</sup> a vztahovat tyto právní normy pouze na případy, kde mají své opodstatnění, k nimž posuzovaná situace nepatří<sup>15</sup>.

S teleologickou redukcí se však vždy nevyhnutelně pojí také otázka legitimního očekávání stran<sup>16</sup>. Je otázkou spíše skutkovou než právní, ze kterého z přístupů smluvní strany vycházely při uzavírání podnájemní smlouvy. Zda vycházely z přístupu, který je v tomto příspěvku označován jako formalistický, a součástí jejich podnájemní smlouvy je i ujednání o skončení podnájmu při skončení nájmu za všech okolností, nebo zda vycházely z přístupu zde označovaného za materiální, a obsahem jejich vůle nebylo ukončení podnájemního vztahu v případě, že se nájemce stane vlastníkem. Protože se jedná o otázku skutkovou, nelze toto tvrdit generálně a toto bude předmětem zkoumání a posuzování v každém jednotlivém případě. Zdrojem informací o přístupu stran k této otázce může být právě například výše uvedený způsob určení doby trvání podnájemního vztahu. Na posouzení této otázky pak závisí, zda zde existuje vůle stran pokračovat v takovém případě v nájemním vztahu. Pokud bude v konkrétním případě prokazatelné, že strany vycházely z přístupu materiálního, je zde vůle účastníků, která je schopna překonat i nešťastnou formulaci textu zákona a prosadí se tedy teleologický výklad.

Tímto také narážíme na problém legitimního očekávání stran v souvislosti s vývojem právní vědy. Ze zásady *Neznalost práva neomlouvá*<sup>17</sup> je možné dovodit, že strany vychází z toho výkladu, který je v době právního jednání v právní vědě převažující. Opačnou vůli lze presumovat pouze tehdy, plyne-li

<sup>14</sup> Blíže k teleologické redukcí MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 252.

<sup>15</sup> O legitimě teleologické redukce jakožto prostředku výkladu práva svědčí i fakt, že tato je užívána i v rozhodnutích našich nejvyšších soudů. Lze zmínit např. náleze Ústavního soudu sp. zn. I ÚS 318/06 ze dne 13. 12. 2007 či rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 28 Cdo 1548/2006 ze dne 7. 10. 2008.

<sup>16</sup> MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 253.

<sup>17</sup> Autor záměrně nepoužil rozšířenějšího znění této zásady jako „Neznalost zákona neomlouvá“, a to z toho důvodu, že tato znalost se vztahuje nejen na text právního předpisu jako takový, nýbrž i na jeho výklad, a také nejen na právní předpisy ve formě zákona, ale i v podzákoných formách.

to z jejich právního jednání, například z textu smlouvy. Pokud se pak právní věda svým vývojem přikloní k názoru, že určité ustanovení je nutno vykládat jiným způsobem (například aplikovat jej teleologickou redukcí pouze na užší okruh případů, než jak to plyne z čistě jazykového výkladu), je možné tento předpoklad pro futuro změnit<sup>18</sup>.

**Cílem tohoto příspěvku není a priori konstatovat, že podnájemní vztah vždy přetrvává, pokud se nájemce stane vlastníkem věci. Jeho cílem je pouze poukázat na skutečnost, že ustanovení § 2215 odst. 3 OZ, § 2277 OZ a § 2278 OZ dopadají podle svého textového znění na širší okruh případů, než jak by to odpovídalo jejich smyslu. Je poté na právní vědě, zda tento přístup přijme za svůj a bude tato ustanovení vykládat materiálně, čímž také dojde k obratu v legitimním očekávání adresátů práva.**

Nezbytně také vyvstává otázka, jak si tento názor odůvodnit s ohledem na aktuálně účinnou právní úpravu, tedy jak prolomit výše uvedené formalistické hledisko, které s poukazem na některý z § 2215 odst. 3 OZ, 2277 OZ či 2278 OZ dovozuje zánik podnájemního vztahu spolu se vztahem nájemním za všech okolností. V takových případech je nutno uchýlit se k obecným ustanovením. S ohledem na výše uvedené materiální hledisko lze pokračování nájemního vztahu v případech, že je dohledatelná vůle v podnájmu v takových případech pokračovat, dovozovat ze zásady závaznosti smluv vyjádřené v části čtvrté OZ v § 1724 odst. 1 či v části první v § 3 odst. 2 písm. d) OZ. Vzhledem k obecně přijímané akcesorické povaze podnájmu<sup>19</sup> a výše zmíněné zásadě, že nikdo nesmí na jiného převést víc práva, než sám má<sup>20</sup>, lze také snadno vyložit účel uvedených ustanovení o součas-

<sup>18</sup> K aplikaci novějších právních názorů i na dříve uzavřené smlouvy se opakovaně vyjádřil Nejvyšší soud ČR, když ve svém usnesení sp. zn. 29 Cdo 3725/2008 ze dne 31. 3. 2010 konstatuje, že cílem judikatury vyšších soudů je sjednocování právních názorů, a proto neobstojí argument, že je chráněn špatný výklad zákona. V takovém případě nejde o porušení zákazu retroaktivity. Shodný názor je vyjádřen také v usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 29 Odo 1319/2006 ze dne 12. 3. 2008.

<sup>19</sup> Vizte poznámky pod čarou č. 3 a 4.

<sup>20</sup> O významu této zásady se zmiňuje Ústavní soud již v usnesení sp. zn. IV. ÚS 346/99 ze dne 8. 11. 1999. Ačkoliv po rekodifikace soukromého práva se tato zásada dostává do stále větší kolize s principem dobré víry nabyvatele, pro účely tohoto příspěvku to není relevantní. V podrobnostech vizte DÁVID, R. *Nabytí vlastnické práva ke nemovitosti evidované v katastru nemovitostí od nevlastníka a ochrana dobré víry nabyvatele*. Rekodifikace a praxe, Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2015, roč. 3, č. 12, s. 31-32.

ném konci nájmu a podnájmu. Tímto je legální zakotvení ukončení nájemního vztahu v situaci, kdy nájemce přijde o své užívací právo, které smluvně postoupil podnájemci. Tato ustanovení však svůj účel neplní v situaci, kdy se právo nájemce rozšíří a jeho možnost dání věci k dalšímu užívání tak zůstává zachována. Z tohoto důvodu by bylo možné pro obhájení názoru o zachování užívacího práva použití § 2 odst. 2 in fine OZ, dle kterého se nikdo nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu. Jak uvádí Melzer<sup>21</sup> s odkazem Ústavní soud<sup>22</sup>, díky aplikaci tohoto ustanovení se může prosadit teleologický výklad i proti dikci příslušného zákonného ustanovení. Ke stejnému názoru se kloní i Lavický<sup>23</sup>, když uvádí, že „*teleologický výklad se snaží o nalezení ratio legis, tedy smyslu a účelu zákona*“ a následně rozvíjí myšlenku odpadnutí účelu zákona, kdy s tímto odpadá i zákon sám<sup>24</sup>.

Dílčí závěr této části je proto ten, že je nutno v konkrétním případě zkoumat, z jakého výkladu smluvní strany vycházely při vzniku podnájemní smlouvy. Pokud bude možno dovést zde prezentované materiální pojetí, například podle formulace doby trvání smluvního vztahu, bude možné i prolomení zákonných ustanovení a přetrvání právního vztahu.

### 3 Obsah právního vztahu

Po vyřešení otázky samotné existence právního vztahu po změně vlastnictví věci, která je předmětem nájmu, je třeba vyřešit ještě druhou, neméně důležitou otázku, kterou je obsah tohoto pokračujícího právního vztahu.

Není pochyb o tom, že se na právní vztah budou i nadále aplikovat ustanovení původní podnájemní smlouvy. Ostatně, především těmi je determinován obsah slibu (závazku) původního nájemce poskytnout původnímu podnájemci k úplatnému užívání věc. Právě v podnájemní smlouvě je tento slib vyjádřen a stanoveny jeho základní podmínky.

<sup>21</sup> MELZER F., TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013, s. 77.

<sup>22</sup> Nález sp. zn. Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. 12. 1997

<sup>23</sup> LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1 – 654). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 44.

<sup>24</sup> V souladu se zásadou *Cessante ratione legis cessat lex ipsa*, překládanou jako Sejde-li ze smyslu zákona, sejde i zákon jako takový.

Složitější situace však nastává u subsidiárního užití zákonné úpravy. Zda se tedy uplatní zákonná právní úprava nájmu, nebo i nadále zákonná úprava podnájmu. Toto rozlišování je důležité z toho důvodu, že zákonná úprava může rozlišovat v obsahu jednotlivých institutů (např. co do výpovědních důvodů<sup>25</sup>, povinnosti zajištění náhradního ubytování či dalších oprávnění<sup>26</sup>). Opět se zde nabízí dvě varianty řešení. První z nich je opět více méně formalistická. V tuto chvíli již se jedná o právní vztah, kdy vlastník dočasně dává věc do užívání jiné osobě za úplatu, jde tedy podle zákonné terminologie o nájem. Proto by měla být použita ustanovení o nájmu, a to bez ohledu na pravděpodobný nadpis smlouvy, kterou je tento právní vztah založen.

Autor článku se však kloní k jiné variantě, a tou je setrvání na ustanoveních původní subsidiární zákonné úpravy dopadající na podnájemní vztah. Důvod je nasnadě – smluvní strany při uzavírání kontraktu vycházely z toho, že v neupravených otázkách se uplatní zákonná regulace podnájmu. Tato zákonná regulace jim pak vyhovovala natolik, že smluvní strany neměly potřebu (ať již absolutně, či pouze vzhledem k transakčním nákladům či jakýmkoliv jiným důvodům) tuto zákonnou úpravu nahrazovat úpravou smluvní. Smluvní strany tedy do regulace svého smluvního vztahu takto imanentně vtáhly i zákonnou regulaci podnájmu<sup>27</sup>. V zájmu autonomie vůle by se stejná úprava měla uplatnit i po přechodu vlastnictví věci na nájemce. Opačný přístup by totiž znamenal změnu obsahu právního vztahu stranám tím, že by jim byla vnucena zákonná úprava, kterou předem nemohly předpokládat, a tudíž ani se na ni připravit například odlišnou smluvní úpravou. Navíc je nutno si uvědomit, že okamžikem přechodu vlastnictví zde nevzniká nový právní vztah nájmu, nýbrž původní podnájemní vztah zůstává ve svých

<sup>25</sup> Například dřívější právní úprava stanovovala možnost ukončit podnájem bytu bez udání důvodu dle § 719 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>26</sup> Lze jmenovat například možnost zápisu nájemního vztahu do katastru nemovitostí, kterou dává § 2203 OZ.

<sup>27</sup> Jde o tzv. teorii úplné a neúplné smlouvy, která je rozebrána například v publikaci FRYŠTENSKÁ, M. *Ekonomická analýza civilního práva*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2015, s. 100 a 101. Její podstatou je premisa, že strany při kontraktaci znají právní úpravu a z důvodu minimalizace nákladů na vyjednávání do smlouvy zahrnují pouze ta ujednání, ve kterých se chtějí od zákonné úpravy odchýlit. Počítají tedy s tím, že v ostatním se uplatní zákonná dispozitivní úprava, což je ostatně také její cíl.

konturách beze změny. Převodem či přechodem vlastnictví se pouze rozšiřuje právní panství nájemce nad věcí, což je však pro podnájemní vztah zcela nepodstatné.

V zájmu zachování autonomie vůle stran považuje autor za legitimní názor, že **právní vztah se bude i nadále řídit ustanoveními o podnájmu, i když fakticky vzato se bude jednat o vztah nájemní**. Toto bude samozřejmě platit pouze v rozsahu zvláštních ustanovení o podnájmu. Tam, kde se i pro běžný podnájem použije ustanovení o nájmu, zůstávají tato nedotčena.

Autor příspěvku nezastává, že tento přístup má i svou odvrácenou stranu v podobě faktu, že v tomto důsledku vznikne zvláštní skupina nájmu (tj. užívacích vztahů mezi vlastníkem a další osobou), které se budou subsidiárně řídit právní úpravou podnájmu. Ačkoliv tato situaci jistě může přinést praktické problémy, nejde dle názoru autora o nic nepřekonatelného, když tato skutečnost bude snadno zjištělná z původní podnájemní smlouvy. Tyto praktické problémy jsou však přijatelnou daní za zachování autonomie vůle smluvních stran.

Současně pak autor příspěvku přijímá i skutečnost, že mohou existovat situace, kdy má osoba v pozici nájemce zájem na postoupení svého užívacího práva, který však již nemá v okamžiku, kdy nabude vlastnictví věci. Může tomu tak být v případě, kdy se osoba snaží o maximální možné zpeněžení věci. U nájemce je toto představováno podnájmem, zatímco u vlastníka je nejrychlejší cestou prodej věci. Na tuto situaci lze reagovat dvěma způsoby. Prvním z nich je výše zmíněná možnost sjednání zániku podnájmu v situaci, kdy se nájemce stane vlastníkem věci (tím se smluvní strany také vyhnou případnému posuzování otázky, zda se pro další existenci smluvního vztahu použije formální či materiální výklad dle druhé části tohoto příspěvku). Druhou možností je pak obsahový korektiv závazků obsažený v § 1764 OZ označovaný jako změna okolností. V takových případech je však na soudu, aby zvážil, zda v konkrétním případě převáží zájem podnájemce na pokračování smluvního vztahu a závaznost smlouvy, nebo zájem nájemce a jeho např. potřeba rychlého zpeněžení věci.

## 4 Závěr

Je nepopíratelné, že výše popisovaná varianta změny vlastnictví pronajaté věci, kdy by se jejím vlastníkem stal nájemce, který dal věc dále do podnájmu, nebude v praxi zřejmě příliš častá. Pokud však již nastane, může přinést výrazný konflikt mezi formalistickým pojmáním práva, které by v tomto případě vedlo k závěru o zániku podnájemního vztahu v důsledku naplnění hypotézy § 2277, 2278 či 2215 odst. 3 OZ, a pojetím materiálním. Materiální pojetí podnájmu jakožto slibu nájemce převést své užívací právo další osobě však znamená, že podnájemní vztah tímto není dotčen, a s nezměněným obsahem pokračuje dál i v situaci, kdy již nejde o podnájem v pravém slova smyslu, protože zde chybí nadřazený nájemní vztah. **Jde tedy o průlom do akcesority podnájmu, který v tomto případě se zánikem nájmu nezaniká, ale nastupuje na jeho místo.** Jeho předpokladem je však zjištění, jaká byla skutečná vůle smluvních stran při uzavírání podnájemní smlouvy, a to například s ohledem na ujednání o trvání podnájmu nebo na převažující názor tehdejší právní vědy.

### Literature

- BAJURA, J., SALAČ, J. in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V.* Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014, 1700 s. ISBN 978-80-7478-638-9.
- DÁVID, R. *Nabytí vlastnické práva k nemovitosti evidované v katastru nemovitostí od nevladníka a ochrana dobré víry nabyvatele.* Rekodifikace a praxe, Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2015, roč. 3, č. 12, 32 s. ISSN 1805-6822.
- FIALA, Josef, KINDL, Milan et al. *Občanské právo hmotné.* 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, 650 s. ISBN 978-80-7380-228-8.
- FIALA, J., KINDL, M. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. II. díl.* 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009, 788 s. ISBN 978-80-7357-395-9.
- FRYŠTENSKÁ, M. *Ekonomická analýza civilního práva.* 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2015, s. 312. ISBN 978-80-210-7880-2.
- HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055 – 3014). Komentář.* 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 2072 s. ISBN 978-80-7400-287-8.



LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1 – 654). Komentář.* 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 2400 s. ISBN 978-80-7400-529-9.

MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace.* 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, 276 s. ISBN 978-80-7400-382-0.

MELZER F.; TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1 – 117.* Praha: Leges, 2013, 720 s. ISBN 978-80-87576-73-1.

KABELKOVÁ, E.; DEJLOVÁ, H. *Nájem a pacht v novém občanském zákoníku.* Komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, 596 s. ISBN 978-80-7400-524-4.

RABAN, P. a kol. *Občanské právo hmotné. Závazkové právo.* Brno: Václav Klemm – Vydavatelství a nakladatelství, 2014, 528 s. ISBN 978-80-87713-11-2.

### **Contact – e-mail**

*378442@mail.muni.cz*



### **Vědecká redakce MU**

prof. MUDr. Martin Bareš, Ph.D.; Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.;  
Mgr. Michaela Hanousková; doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.;  
doc. PhDr. Mgr. Tomáš Janík, Ph.D.; doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.;  
Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.; prof. PhDr. Petr Macek, CSc.;  
PhDr. Alena Mizerová; doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.;  
doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.; Mgr. David Povolný;  
Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.; prof. RNDr. David Trunec, CSc.;  
prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.; Mgr. Iva Zlatušková;  
doc. Mgr. Martin Zvonař, Ph.D.

### **Ediční rada PrF MU**

doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D. (předseda)  
prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.,  
doc. JUDr. Věra Kalvodová, Dr., prof. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc.,  
doc. JUDr. Petr Mrkývka, Ph.D., doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.,  
prof. JUDr. Petr Průcha, CSc., doc. JUDr. Markéta Selucká, Ph.D.

## **DNY PRÁVA 2015 – DAYS OF LAW 2015**

### **Část I. – Zákonná regulace v. smluvní úprava?**

**Eds.: prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.,  
JUDr. Jiří Valdhans, Ph.D.**

Vydala Masarykova univerzita, Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno

Spisy Právnické fakulty MU č. 545 (řada teoretická)

1. vydání, 2016

ISBN 978-80-210-8192-5